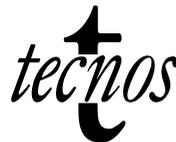


LA PARTICIPACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA
EN TRATADOS INTERNACIONALES
PARA LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS

J. RAFAEL MARÍN AÍS

LA PARTICIPACIÓN
DE LA UNIÓN EUROPEA
EN TRATADOS INTERNACIONALES
PARA LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS



Universidad de Granada

Diseño de cubierta:
Carlos Lasarte González

Esta publicación ha obtenido el VII Premio Andaluz de Investigación sobre Integración Europea de la Red de Información Europea de Andalucía.

Miembros:

- Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía
- Centro de Documentación Europea de la Universidad de Granada
- Centro de Documentación Europea de la Universidad de Córdoba
- Centro de Documentación Europea de la Universidad de Sevilla
- Europe Direct Almería de la Diputación Provincial de Almería
- Europe Direct Andújar del Ayuntamiento de Andújar
- Europe Direct Campo de Gibraltar de la Mancomunidad de Municipios del Campo de Gibraltar
- Europe Direct Granada de la Diputación Provincial de Granada
- Europe Direct Huelva de la Diputación Provincial de Huelva
- Europe Direct Málaga de la Diputación Provincial de Málaga
- Europe Direct San Fernando del Ayuntamiento de San Fernando
- Europe Direct Andalucía Rural de la Asociación para el Desarrollo del Guadajoz y Campiña Este de Córdoba Enterprise Europe Network – Ceseand de la
- Confederación de Empresarios de Andalucía (CEA)
- Consejo Andaluz de Cámaras de Comercio

Publicación subvencionada por la Secretaría General de Acción Exterior de la Consejería de la Presidencia e Igualdad de la Junta de Andalucía.

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeren, plagiaren, distribuyeren o comunicaren públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la preceptiva autorización.

© J. RAFAEL MARÍN AÍS, 2013
© EDITORIAL TECNOS (GRUPO ANAYA, S.A.), 2013
Juan Ignacio Luca de Tena, 15 - 28027 Madrid
ISBN: 978-84-309-6090-3
Depósito Legal: M-xxxxxxx-2013

Printed in Spain

*A mi abuela Rafaela.
A Polop de la Marina.*

ÍNDICE

PRÓLOGO	Pág.	13
NOTA PRELIMINAR.....		17
ABREVIATURAS		19
INTRODUCCIÓN		21

PARTE PRIMERA

VINCULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO I. LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....		27
I. ANTECEDENTES DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....		27
1. <i>La adhesión como «cuestión histórica» y la competencia externa de la Unión Europea.....</i>		27
2. <i>El control mediato del TEDH sobre el ordenamiento jurídico comunitario y la presunción de protección equivalente establecida por la jurisprudencia Bosphorus.....</i>		30
II. PROCEDIMIENTO PARA LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....		37
III. NEGOCIACIONES Y PRINCIPALES INTERROGANTES DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CEDH.....		39
1. <i>El respeto de la autonomía y especificidad del ordenamiento de la Unión Europea y la distribución de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros.....</i>		42
2. <i>La participación de la Unión Europea en la composición de los órganos de control del CEDH.....</i>		49
3. <i>El agotamiento previo de los recursos internos y la necesidad de pronunciamiento previo del TJUE en cuestiones que afectan al Derecho de la Unión..</i>		51
CAPÍTULO II. LA CONCLUSIÓN DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR LA UNIÓN EUROPEA		55
I. ANTECEDENTES E IDEAS PREVIAS.....		55

10	LA PARTICIPACIÓN DE LA UE EN TRATADOS INTERNACIONALES...	
	II. LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA NEGOCIACIÓN Y MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN OBLIGARSE EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	60
	III. CONCURRENCIA DE COMPETENCIAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y DE LA UNIÓN EUROPEA: EL CARÁCTER MIXTO DE LA CONVENCIÓN. LA INCORPORACIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE COMPETENCIAS	68
	IV. LA PARTICIPACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA NEGOCIACIÓN Y ADOPCIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	71
	V. AUTENTICACIÓN Y MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN OBLIGARSE EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA	73
	VI. REFLEXIONES SOBRE LA EXPORTACIÓN AL ÁMBITO UNIVERSAL DEL MODELO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA	77
	VII. PARTICIPACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN LOS MECANISMOS DE CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	81
	 CAPÍTULO III. LA COMPETENCIA EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA PARA CONVERTIRSE EN PARTE EN OTROS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. VENTAJAS Y DIFICULTADES DE SU VINCULACIÓN CONVENCIONAL	85
	I. POSIBLES RAZONES EN FAVOR DE LA VINCULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A OTROS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS .	88
	II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA COMPETENCIA EXTERNA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA CONCLUSIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	94
	III. ALGUNOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CUYA CONCLUSIÓN PODRÍA PLANTEARSE LA UNIÓN EUROPEA DENTRO DEL RESPETO AL PRINCIPIO DE COMPETENCIAS POR ATRIBUCIÓN	100
	IV. REFLEXIONES FINALES.....	111

PARTE SEGUNDA

RECEPCIÓN, JERARQUÍA Y EFICACIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

	CAPÍTULO IV. RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	119
	 CAPÍTULO V. RANGO JERÁRQUICO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	129
	I. PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS	130

II. PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO SOBRE EL DERECHO DERIVADO.....	144
1. <i>Primacía del Derecho internacional convencional de la Unión Europea sobre su derecho derivado</i>	144
2. <i>Una manifestación atenuada de la primacía del Derecho internacional convencional sobre el derecho derivado de la Unión Europea: el deber de interpretación conforme</i>	150
3. <i>Peculiaridades de la primacía del Derecho internacional consuetudinario de ámbito general sobre el derecho derivado de la Unión Europea...</i>	152
4. <i>Precisiones finales</i>	155
III. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL Y CONSUECUDINARIO Y EL DERECHO ORIGINARIO DE LA UNIÓN.....	156
 CAPÍTULO VI. EFICACIA DIRECTA DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES CONCLUIDOS POR LA UNIÓN EUROPEA	 175

PARTE TERCERA

LA EJECUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

 CAPÍTULO VII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA LA UNIÓN EUROPEA Y SU ORDENAMIENTO JURÍDICO...	 193
I. CONSIDERACIONES INICIALES: REPARTO DE LOS EFECTOS DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS	193
II. EXIGENCIAS DE LA UNIDAD DE REPRESENTACIÓN INTERNACIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA Y DIRECTRICES PARA LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN: LA ADOPCIÓN DE UN CÓDIGO DE CONDUCTA	197
III. EJECUCIÓN NORMATIVA Y JUDICIAL DE LA CONVENCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA	199
IV. CONSIDERACIONES FINALES	213
 CAPÍTULO VIII. EJECUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	 221
I. CONSIDERACIONES INICIALES.....	221
II. REPERCUSIONES PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA DERIVADAS DE SU ADHESIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS....	226
III. ¿DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PASIVA DERIVADA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS?	229

12	LA PARTICIPACIÓN DE LA UE EN TRATADOS INTERNACIONALES...	
	1. <i>La institución facultativa del codemandado</i>	232
	2. <i>La ejecución de las Sentencias del TEDH en el ordenamiento jurídico de la Unión</i>	241
	IV. ALGUNOS ÁMBITOS PROCESALES, INSTITUCIONALES Y MATERIALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN CUYA COMPATIBILIDAD CON EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SUSCITA DUDAS.....	248
	CONCLUSIONES	256

PRÓLOGO

Cuando Rafael Marín Aís vio la luz, el abajo firmante terminaba sus estudios de Derecho. Muchos años después, siendo él ya veinteañero y yo ya talludito, nuestras vidas se encontraron como profesor este prologuista y como magnífico alumno Rafael Marín.

Acabada en 2008 su doble licenciatura de Derecho y Administración de Empresas, en ambos casos con Premio Extraordinario, Rafael tuvo la idea peregrina, pero halagadora para la Universidad de Granada, de acometer una carrera universitaria. La beca de investigación obtenida en mi departamento le permitió llevar a término su doctorado internacional, bajo mi dirección y con la máxima calificación por parte de un prestigioso tribunal presidido por Diego Javier Liñán y también compuesto por Paz Andrés, Concepción Escobar, Christine Kaddous y Teresa Fajardo. El libro que tiene el amable lector entre sus manos es una versión muy aligerada y actualizada de aquel trabajo, defendido y leído el 25 de junio de 2013.

Dadas las actitudes y aptitudes intelectuales y humanistas del joven investigador, pensamos en que la tesis versara sobre un tema amplio, transversal, como es la protección de los derechos humanos, y con un enfoque interordinamental que permitiera estudiar la relación normativa entre el plano comunitario europeo y el internacional. Todo ello en la certidumbre de que la Unión Europea no es una mónada y que, cualquiera que sea su grado de autonomía y especificidad como ordenamiento jurídico, sus relaciones exteriores han de ser analizadas desde una perspectiva no sólo interna, sino también internacional. La interesante saga judicial en el asunto *Kadi* ilustra las tensiones que puede haber en materia de derechos humanos entre los mandatos internacionales y los principios europeos. Así pues, el doctorando ha tenido que adiestrarse en los fundamentos internos del derecho de la integración (por ejemplo, el alcance de sus competencias) y también en los entresijos del Derecho internacional, en asuntos tales como el derecho de los tratados o la responsabilidad internacional.

Naturalmente, la protección de los derechos fundamentales desde el ángulo exterior, objetivo llamado a presidir todas las relaciones internacionales de la Unión, era demasiado amplia para abarcarla en un trabajo doctoral, de modo que acotamos el tema, como reza el título de este libro, en *La partici-*

pación de la Unión Europea en los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos. Conviene precisar que los acuerdos internacionales celebrados por la Unión que afectan a los derechos humanos son muy numerosos, casi la totalidad podríamos decir, tanto para bien (piénsese en la condicionalidad democrática ínsita en todos los acuerdos de cooperación), como para mal (piénsese en los desafíos que para la causa ocasionan la lucha contra el terrorismo, las nuevas tecnologías o más reciente y significativamente la devastadora crisis económica).

En consecuencia, delimitamos aún más el objeto de estudio en torno a los dos acuerdos internacionales que la Unión Europea bien ha celebrado ya en el campo específico de la protección de los derechos humanos (la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), o bien se ha impuesto en su mismo derecho primario celebrar, con unas negociaciones ya avanzadas en tal dirección (el Convenio Europeo de Derechos Humanos). El cotejo arroja ciertamente conclusiones ilustrativas al tratarse, además, de dos tratados de características distintas: uno, de vocación universal, auspiciado por la ONU; y el otro, de ámbito regional, promovido por el Consejo de Europa. Uno atento a una categoría concreta de personas y atinente tanto a derechos de la primera como de la segunda generación; el otro, de carácter general en torno a los derechos civiles y políticos. Ambos con una trascendencia y complejidad jurídicas inéditas: el relativo a la discapacidad es el primer tratado del ramo concluido por la Unión Europea y por cualquier otra organización internacional; el otro (el de Roma de 1950), es todo un clásico en los estudios sobre el estado de los derechos fundamentales en la construcción europea y está llamado, una vez que se culmine la adhesión, a convertir al Tribunal de Estrasburgo en el último árbitro de los derechos humanos para todas las administraciones públicas europeas.

Los dos tratados son, de forma separada y relacionada, escrutados por lo que se refiere a su conexión europea, en todo su ciclo vital, ascendente y descendente, y ello a través de tres partes que sucesivamente dan buena cuenta: en primer término, de la vinculación de la Unión al acuerdo; en la segunda parte, de su recepción, jerarquía y eficacia directa en su ordenamiento; y, por último, de la ejecución normativa y administrativa a la que está obligada la Unión Europea. Aun a bote pronto es fácil de imaginar la concatenación de problemas jurídicos, de índole procedimental y material, acaecidos o venideros, que trae consigo la participación de la Unión en estos dos tratados emblemáticos. Otras cuestiones tratadas en la tesis han quedado fuera de este libro y reservadas, por tanto, para otras publicaciones. Es el caso de la Convención sobre los Derechos del Niño, a la que la Unión tiene vedada su adhesión, dado su carácter interestatal, pero que es objeto de aplicación *ad intra* a través del derecho derivado (otra forma, pues, de observar el contenido de un tratado internacional).

En definitiva, la obra lleva a cabo un concienzudo estudio de la apertura del ordenamiento europeo al ordenamiento internacional respecto a la protección de los derechos humanos. Si la Unión quiere en este campo dar lecciones, y hacerlo hasta coactivamente, primeramente ha de dar ejemplo y exponerse ella misma, en aras de su propia legitimidad interna, al control y a la sanción internacionales. El sometimiento a acuerdos y organismos internacionales en este ámbito es un factor indispensable de credibilidad del discurso europeo, de exportación de su modelo a otras regiones, así como un elemento adicional de garantía para la salvaguarda de los derechos fundamentales en el Viejo Continente.

Rafael Marín une su análisis minucioso con propuestas plausibles jurídicamente, y no basadas en un puro buenismo y angelismo, tales como la competencia, y la conveniencia, para la Unión de manifestar su consentimiento en obligarse por otros tratados internacionales en este sector. O bien la invitación al Tribunal de Justicia para que realice una mayor apertura, por vía interpretativa y al amparo del artículo 53 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, hacia el acervo jurídico-internacional referente a los derechos humanos. Los obstáculos para esta mayor porosidad del sistema europeo se encuentran en el Derecho internacional, pensado esencialmente por y para Estados, pero también en el mismo patio interno, con unos Estados miembros que han dejado constancia en el nuevo derecho primario de la Unión de su empeño por que el campo de los derechos humanos no se convierta en un instrumento encubierto para el ensanchamiento de las competencias europeas en detrimento de las estatales.

Nuestra Europa está ciertamente debilitada, pero confiemos en la firmeza, dentro y fuera de nuestras fronteras, de ese patrimonio político y axiológico inexcusable que es la democracia liberal. Un *achinamiento* del modelo europeo es un escenario indeseable.

Acabo: Rafael Marín Aís ha avanzado al mismo tiempo, y con éxito, en las cosas del saber y en las cosas del querer en los últimos años, demostrando que la razón y el corazón no están reñidos. ¡Ojalá que este libro simbolice el comienzo para él de una hermosa carrera universitaria en estos tiempos tan procelosos! Tal cosa sería para bien de nuestra querida, y herida, Universidad pública.

JAVIER ROLDÁN BARBERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales
Universidad de Granada

NOTA PRELIMINAR

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

Quiero destacar de forma muy especial al Prof. Dr. Roldán Barbero, quien ha hecho posible mi carrera universitaria e investigadora y ha facilitado con sus inteligentes y agudas observaciones un espíritu de reflexión científica y humana permanente. Agradezco el enorme privilegio que supone haber disfrutado de su dirección en la realización del presente trabajo, le agradezco por su permanente atención y generosidad que dan testimonio de una dedicación universitaria excepcional y poco usual en estos tiempos.

Hago extensiva dicha gratitud al resto de miembros del Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Granada, y en especial, al Prof. Dr. Liñán Noguerras, cuyo magisterio y afecto se han visto materializados en la formación de este excelente equipo profesional y humano.

Este agradecimiento también se dirige al Instituto Universitario de Florencia, a la Academia de Derechos Humanos de Venecia, a la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, y especialmente al Colegio de Europa de Brujas, lugares donde pude desarrollar mi labor investigadora de forma satisfactoria. De esta última institución me gustaría resaltar a los Profesores Tridimas y Mestre.

Un recuerdo a los buenos amigos tanto del Colegio de Europa como de la Universidad de Granada, en especial a los que lo siguen siendo a pesar de mi dedicación a la Universidad.

Dedico este trabajo a mis padres y a toda mi familia por los esfuerzos que también ellos han hecho para que éste sea posible. Mi agradecimiento y dedicación en gran medida van dirigidos a Alejandra por su compañía diaria, su paciencia y su cariño que son cruciales en la culminación de este trabajo.

JOSÉ RAFAEL MARÍN AÍS

Septiembre de 2013

ABREVIATURAS

ACP	Países de África, Caribe y Pacífico
ACTA	Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación
AGNU	Asamblea General de Naciones Unidas
AETR	Acuerdo europeo relativo al trabajo de los conductores de vehículos que efectúan transportes internacionales por carretera
APDIC	Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
CDDH	Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CDPD	Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CETS	Council of Europe Treaty Series
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
<i>DOUE</i>	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FRONTEX	Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
JAI	Justicia y Asuntos de Interior
KFOR	Kosovo Force
MINUK	Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo
OMC	Organización Mundial de Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte

PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PCSD	Política Común de Seguridad y Defensa
PNR	Passenger Name Record
<i>RDCE</i>	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
<i>RGDE</i>	<i>Revista General de Derecho Europeo</i>
SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommuni- cation
TC	Tribunal Constitucional de España
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Antiguo Tribunal de Primera Instancia (actualmente Tribu- nal General de la Unión Europea)
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La necesidad de que la Unión Europea sea parte en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos se comprende si se asume que vinculación a tratados internacionales de derechos humanos es indiciaria de una buena predisposición a su cumplimiento y respeto, y que además supone una objetivación de las conductas¹. Siguiendo este punto de partida no puede más que concluirse que la vinculación formal de la Unión a los tratados internacionales de derechos humanos existentes o futuros mejorará la credibilidad de su discurso de promoción del respeto universal a los derechos humanos frente a terceros Estados, y en su caso, terceras organizaciones internacionales. Este aspecto, el de la promoción del respeto universal a los derechos humanos en las relaciones exteriores de la Unión Europea, no es abordado en el presente trabajo más que de forma parcial: esto es, mediante el estudio de en qué medida la Unión Europea es/puede ser parte en tratados internacionales para la protección de los derechos humanos. Fuera del ámbito material de estudio queda la contribución de la Unión Europea a la promoción del respeto universal a la normativa internacional de derechos humanos en foros multilaterales de ámbito universal como es el caso de la Asamblea General de Naciones Unidas y del Consejo de Derechos Humanos; una contribución que no atraviesa precisamente por su mejor momento².

¹ HATHAWAY, O. A., «Do Human Rights Treaties Make a Difference?», *The Yale Law Journal*, vol. 111, n.º 8, 2002, pp. 1935-2042, donde se cuestiona la asunción de que exista una correlación entre la vinculación a tratados de derechos humanos y el comportamiento del Estado; dicho artículo es rebatido por GOODMAN, R. y LINKS, D., «Measuring the Effect of Human Rights Treaties», *European Journal of International Law*, vol. 14, n.º 1, 2003, pp. 171-183; este artículo generó una mayor precisión de la polémica y controvertida tesis inicial, véase HATHAWAY, O. A., «Testing Conventional Wisdom», *European Journal of International Law*, vol. 14, n.º 1, 2003, pp. 185-200. El presente trabajo se distancia de estos planteamientos escépticos.

² Véase FERRER LLORET, J., «La acción exterior de la Unión Europea en el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas: luces y sombras de la Política Exterior europea», en BLANC ALTEMIR, A. (dir.), *Las relaciones entre las Naciones Unidas y la Unión Europea: seguridad, cooperación y derechos humanos*, Tecnos, 2013, pp. 414-435; así como SALINAS ALCEGA, S., «La acción de la Unión Europea en la Asamblea General de las Naciones Unidas: un test de su condición de actor global en materia de derechos humanos», en BLANC ALTEMIR, A. (dir.), *Las relaciones entre las Naciones Unidas y la Unión Europea: seguridad, cooperación y derechos humanos*, Tecnos, 2013, pp. 436-463.

Dentro de los numerosos tratados internacionales para la protección de los derechos humanos auspiciados y adoptados tanto en el ámbito de Naciones Unidas como del Consejo de Europa en el presente trabajo hay dos que reciben una atención destacada. Se trata de los dos únicos tratados internacionales para la protección de los derechos humanos *stricto sensu* respecto de los cuales puede decirse que la Unión Europea ha manifestado intención de llegar a ser parte: en primer lugar se aborda el alambicado proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); en segundo lugar, la conclusión por parte de la Unión Europea de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (de la que la Unión Europea ya es parte). El CEDH es abordado en primer lugar no sólo por ser el primer supuesto en plantearse en un orden cronológico (en la década de los setenta), sino fundamentalmente debido al mayor perfeccionamiento e intensidad jurídica de su mecanismo de control: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por su parte, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, uno de los nueve principales tratados internacionales para la protección de los derechos humanos del ámbito de Naciones Unidas³, reúne dos distintivos inéditos: es el primer tratado internacional para la protección de los derechos humanos del que la Unión Europea se ha convertido en parte y es el primer tratado internacional para la protección de los derechos humanos del que cualquier otra organización internacional sea parte.

En el presente trabajo no se analiza en detalle la problemática ligada a otros tratados internacionales que puedan afectar a la protección de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en muchos casos con una incidencia negativa, éstos serían tanto en el caso de afectación positiva como negativa tratados de derechos humanos *lato sensu*: un ejemplo del primer tipo sería el Convenio de Aarhus, uno del segundo tipo cualquiera de los acuerdos internacionales relativos a la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR).

En su estructura el trabajo presenta tres partes: la primera parte corresponde a la denominada *fase ascendente* donde se analizan los pormenores tanto de la adhesión de la Unión Europea al CEDH como de la participación

³ Junto con los dos Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente, de 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990; y la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 20 de diciembre de 2006.

de la Unión Europea en la negociación y adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su posterior manifestación del consentimiento en obligarse en virtud de la misma. A partir de estos dos precedentes, uno de ámbito regional europeo y todavía pendiente y otro de ámbito universal ya concluido, se pretende determinar en qué medida la Unión Europea posee o no la competencia externa para convertirse en parte contratante de otros tratados internacionales destinados estrictamente a la protección de los derechos humanos tanto del ámbito universal como del ámbito regional europeo. Recuérdese que la Unión Europea, en sus relaciones exteriores, emplea de forma habitual en su diálogo sobre derechos humanos con terceros Estados estos tratados internacionales sin estar directamente sometida a ellos.

Las partes segunda y tercera de la presente obra se consagran a la denominada *fase descendente*. La parte segunda se dedica a un análisis de la recepción, posición jerárquica y eficacia directa en el ordenamiento jurídico de la Unión de las disposiciones de los acuerdos internacionales a los que la Unión Europea decida vincularse, con especial mención lógicamente tanto al CEDH como a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Finalmente, la tercera parte pretende realizar una exposición de las cuestiones que suscita la aplicación normativa y judicial, es decir, la ejecución, de las obligaciones derivadas de estos dos tratados internacionales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Dentro de las repercusiones y consecuencias jurídicas que presenta la participación de la Unión Europea tanto en el CEDH como en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cuestión de la responsabilidad internacional pasiva y su distribución entre la Unión Europea y sus Estados miembros presenta sumo interés.

Fuera del objeto del presente estudio queda también la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sin desmerecer por ello la indudable mejora del modelo de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea que ha supuesto que la Carta haya adquirido bajo la vigencia del Tratado de Lisboa un valor jurídicamente vinculante equivalente al del propio Derecho originario de la Unión. Tampoco hay que desconocer los progresos que la práctica y el empleo jurisprudencial de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea supondrán para el Derecho internacional de los Derechos humanos. Sin embargo, la perspectiva del trabajo está enfocada predominantemente hacia las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos propias de la Unión Europea y hacia su inserción en su ordenamiento jurídico.

Una premisa de partida es que habida cuenta de la magnitud e intensidad de las competencias cuyo ejercicio ha sido transferido por los Estados miembros a la Unión Europea —en áreas cada vez más sensibles desde el punto de

vista de los derechos fundamentales— resulta necesario que la Unión Europea se someta a un escrutinio externo en materia de derechos humanos para que los Estados miembros puedan cumplir con sus obligaciones internacionales en esta materia sin tener que atentar contra la primacía y aplicación uniforme del Derecho de la Unión.

Una cuestión que sobrevuela tanto el planteamiento como el desarrollo del presente trabajo de investigación es la relativa a determinar si la adhesión de la Unión Europea al CEDH junto con la conclusión de otros tratados internacionales en materia de derechos humanos refuerza la tendencia al desarrollo de un modelo autónomo de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea o si por el contrario es un síntoma de la estrecha dependencia y conexión del Derecho de la Unión con respecto al Derecho internacional, también, en materia de derechos humanos.

Por último, fuera del objeto de este trabajo está también la aplicación que mediante actos jurídicos autónomos puede hacer en su ordenamiento jurídico la Unión Europea de otros tratados internacionales destinados a la protección de los derechos humanos, ante los inconvenientes de llegar a convertirse en parte o ante la ausencia de voluntad política para ello: el caso más palpable es el de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989⁴.

⁴ Véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño, de 15 de febrero de 2011, COM(2011) 60 final.

PARTE PRIMERA

VINCULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA
A LOS TRATADOS INTERNACIONALES
PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS

CAPÍTULO I

LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

I. ANTECEDENTES DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. LA ADHESIÓN COMO «CUESTIÓN HISTÓRICA» Y LA COMPETENCIA EXTERNA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹ (Convenio Europeo de Derechos Humanos o simplemente CEDH) ha sido desde la década de los setenta, a partir del asunto *Rutili*², un texto normativo privilegiado en la jurisprudencia del TJUE³ para la identificación de los derechos fundamentales tutelados bajo la categoría de principios generales en el ordenamiento jurídico comunitario. Tanto su empleo en la jurisprudencia como la introducción del debate sobre una posible adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH aparecen con la clara intención de vencer las reticencias de los tribunales constitucionales alemán e italiano a aceptar la primacía del derecho comunitario sobre sus ordenamientos constitucionales internos; dicha negativa a aceptar la prevalencia del derecho comunitario europeo fue formulada por los tribunales constitucionales en tanto no quedase garantizada en aquél una protección de los derechos fundamentales de sus nacionales como mínimo equivalente

¹ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y que entró en vigor el 21 de septiembre de 1970.

² Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, asunto C-36/75, Rec. 1975, p. 1219, apartado 32. Nótese que el TJUE emplea el CEDH por primera vez a partir del momento en que no sólo éste se encontraba en vigor en el orden internacional, sino fundamentalmente a partir del momento en que todos los Estados miembros habían procedido a su ratificación, siendo Francia el último (3 de mayo de 1974).

³ Con esta denominación nos referiremos tanto a la institución (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) como al órgano jurisdiccional principal del sistema jurisdiccional de la Unión Europea (Tribunal de Justicia), véase la redacción del artículo 19 TUE.

a la dispensada por el derecho constitucional nacional⁴. Esta rebeldía intenta también ser calmada por medio de un compromiso interinstitucional manifestado en la célebre Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los derechos fundamentales, de 5 de abril de 1977, en la que las tres instituciones destacan la importancia de proteger los derechos fundamentales, en particular como resultan de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y del CEDH. Aparece así la *histórica* cuestión de la adhesión que se remonta al Memorándum de la Comisión de 1979⁵, donde ésta por primera vez considera que la adhesión debe complementar la labor de protección de los derechos fundamentales llevada a cabo por el TJUE en su jurisprudencia. El *Proyecto Spinelli*⁶, de 14 de febrero de 1984, contenía la ambiciosa propuesta de debatir en un plazo de cinco años desde su adopción sobre la adhesión de la Unión Europea tanto a la CEDH como a la Carta Social Europea, así como a los Pactos de 1966 de Naciones Unidas relativos a derechos civiles y políticos por un lado, y relativos a los derechos económicos, sociales y culturales por otro; igualmente este proyecto de reforma del Derecho originario preveía que la Unión adoptase en idéntico plazo su propio catálogo de derechos fundamentales. De modo que la apuesta por un texto normativo propio de la Unión Europea destinado a la protección de los derechos fundamentales se ha barajado como no excluyente y sí como compatible y complementaria con respecto a la adhesión de la Unión Europea a tratados internacionales de derechos humanos. Hasta la fecha no ha existido ninguna propuesta concreta tan avanzada ni tan decidida de reformar el Derecho originario para favorecer la adhesión de la Unión Europea a múltiples tratados internacionales de derechos humanos que encarnase como el *Proyecto Spinelli* las ideas de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Desde que la Comisión abordó por vez primera la cuestión de la adhesión de la Unión al CEDH en su Memorándum de 1979, tanto el

⁴ Véase RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y WOELKER, U., «Derecho Comunitario, Derechos Fundamentales y control de constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 14, n.º 3, 1987, pp. 667-686. Igualmente revelador para comprender por qué se decide incorporar los derechos fundamentales al proceso de integración europea resulta, LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «Derechos Humanos y Unión Europea», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 373-381.

⁵ Propuesta de la Comisión al Consejo de Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de abril de 1979 (vols. 2-79 del *Boletín de las Comunidades Europeas*: Suplemento), Bruselas, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1983.

⁶ Proyecto de Tratado de Unión Europea y Resolución adoptados por el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984 en Estrasburgo.

Parlamento Europeo como la Comisión han abogado firmemente porque ésta sea llevada a cabo⁷.

Ante la inexistencia de una atribución competencial expresa para que la Unión llevase a cabo la adhesión, la posible existencia de competencia externa para la celebración del CEDH suscitaba dudas que llevaron al Consejo a solicitar al Tribunal de Justicia un dictamen previo al amparo del entonces apartado 6 del artículo 228 TCE acerca de la compatibilidad de la adhesión con el Derecho originario. En su Dictamen 2/94 el TJUE señaló que ninguna norma atribuía a la Comunidad, con carácter general, la facultad para adoptar normas en materia de derechos humanos o celebrar convenios internacionales en este ámbito⁸. Pese a esta afirmación del Tribunal, los derechos humanos progresivamente se fueron convirtiendo en un importante elemento de las relaciones exteriores: de la Política Comercial Común y de la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión Europea desde el comienzo de los años noventa⁹. Finalmente, el TJUE señaló que debido a la *envergadura constitucional* que implicaría que la Unión se integrase en el sistema institucional del CEDH, la adhesión únicamente sería posible a través de una modificación del Tratado que otorgase a la Unión la competencia expresa, siendo de todo punto insuficiente el recurso a la doctrina de las competencias implícitas así como el uso de la cláusula de imprevisión competencial entonces recogida en el artículo 235 TCE (actual art. 352 TFUE)¹⁰.

⁷ Véase CHUECA SANCHO, A. G., «Por una Europa de los Derechos Humanos: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en FERNÁNDEZ SOLA, N. (coord.), *Unión Europea y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 40.

⁸ Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec. 1996, p. I-1759, apartado 27.

⁹ Véanse ROSAS, A., «The European Union and Fundamental rights/Human rights», en KRAUSE, C. y SCHEININ, M. (eds.), *International Protection of Human Rights: A Textbook, Turku/Åbo*, Institute for Human Rights of the Åbo Akademi Universitet, 2009, pp. 464-474; WEILER, J. H. H. y FRIES, S. C., «A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences», en ALSTON, P., BUSTELO, M. y HEENAN, J. (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 147-166.

¹⁰ Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, cit. *supra*, apartado 35. Véase un comentario sobre esta decisión del Tribunal en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJUE de 28 de marzo de 1996)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, n.º 3, 1996, pp. 817-838. Weiler y Fries presentan una visión crítica de esta decisión del Tribunal de Justicia, preguntándose por qué la adhesión al CEDH implica esa presunta relevancia constitucional que no se observó respecto de la pertenencia a la OMC con sus mecanismos de solución de controversias comerciales, así como se señala el hecho de que la mayoría de Estados miembros se hayan convertido en partes contratantes del CEDH sin tener por ello que proceder a una expresa reforma constitucional, véase WEILER, J. H. H. y FRIES, S. C., «A Human Rights Policy for the European Community and Union: The Question of Competences», *op. cit.*, p. 150.

Finalmente, las dudas en cuanto a la competencia externa de la Unión para la adhesión quedaron despejadas con el mandato que contenía el fallido Proyecto de Tratado constitucional en su artículo I-7.2: «*La Unión procurará adherirse al Convenio...*», este mandato comportaba una obligación de conducta¹¹, que en el Tratado de Lisboa recibe una redacción más tajante, formulándose como obligación de resultado en el artículo 6.2 TUE: «*La Unión se adherirá al Convenio Europeo...*»¹². Por su parte, el obstáculo que suponía para la Unión su condición de organización internacional, a la hora de convertirse en parte contratante del CEDH, ha sido superado con el nuevo artículo 59.2 CEDH reformado por el Protocolo n.º 14 CEDH, en vigor desde junio de 2010, y que muestra la voluntad política para llevar a cabo la adhesión desde el lado del Consejo de Europa: «*La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio*». El sustrato político de esta aceptación por todos los Estados miembros del Consejo de Europa de que la Unión pueda adherirse al sistema del CEDH indica que no hay ningún Estado que tenga una objeción fundamental a la misma, ni tan siquiera Rusia que fue el último Estado en ratificar el Protocolo n.º 14. Desde luego la aceptación de la Duma de la posibilidad de adhesión inaugura un nuevo escenario posible en el diálogo Unión Europea-Rusia en materia de derechos humanos.

2. EL CONTROL MEDIATO DEL TEDH SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO Y LA PRESUNCIÓN DE PROTECCIÓN EQUIVALENTE ESTABLECIDA POR LA JURISPRUDENCIA BOSPHORUS

Al margen de que la Unión pueda estar obligada internacionalmente por el CEDH antes de la adhesión, bien por la vía de sus propios actos bien debido al carácter de norma consuetudinaria del CEDH o como se ha llegado a decir por sucesión¹³, lo cierto es que el no haberse procedido a la adhesión formal entraña un doble perjuicio puesto que los Estados miembros son responsables del respeto a las obligaciones del Convenio aun en áreas donde el ejercicio de la competencia se ha transferido a la organización supranacional: a) por un lado el TEDH ha controlado de forma mediata, de forma indirecta, en algunos supuestos el respeto al CEDH en la aplicación y ejecución

¹¹ ROLDÁN BARBERO, J., «La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su Estatuto Constitucional», *RDCE*, n.º 16, 2003, p. 987.

¹² No obstante, no debe obviarse, como se verá más adelante, que la culminación de dicha obligación de resultado no depende por entero de los Estados miembros de la Unión Europea, sino que se hace depender en última instancia de la voluntad del conjunto de Estados que integran el Consejo de Europa.

¹³ Véase, PESCATORE, P., «Treaty-making by the European Communities», en JACOBS, F. y ROBERTS, S., *The effects of Treaties in domestic law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1987, p. 187.

del Derecho de la Unión por parte de sus Estados miembros, aun en ámbitos donde apenas existe margen de apreciación para éstos, sin posibilidad de que la Unión pueda concurrir como parte litigante para defender su posición¹⁴; b) ante la inexistencia de una legitimación pasiva de la Unión en el sistema de control del CEDH, los individuos que han entendido sus derechos vulnerados por alguna decisión o actuación de las instituciones de la Unión Europea han interpuesto una demanda contra todos sus Estados miembros, que en ningún caso ha sido admitida por el TEDH y que deja abierta la cuestión de si deben ser considerados los Estados miembros colectivamente responsables por actos de la Unión Europea que resulten directamente aplicables en los órdenes jurídicos internos¹⁵.

¹⁴ En el asunto *Cantoni* el TEDH no excluyó que Francia pudiera infringir el principio de legalidad penal al trasponer a su derecho penal «casi palabra a palabra» una directiva comunitaria, Sentencia del TEDH de 15 de noviembre de 1996, *Cantoni c. Francia*, Recurso n.º 17862/91, apartado 30. En la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. R. Unido*, Recurso n.º 24833/94, el TEDH considerando que no respetaba el derecho recogido en el artículo 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH condenó a Reino Unido por no permitir a una ciudadana británica residente en Gibraltar ejercer el derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo. Un comentario crítico puede verse en: SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Sobre el Derecho internacional de los Derechos humanos y Comunitario Europeo (A propósito del asunto *Matthews C. Reino Unido*)», *RDCE*, n.º 5, 1999, pp. 95-108. Asimismo, DE SCHUTTER, O. y L'HOEST, O., «La Cour européenne des droits de l'homme, juge du droit communautaire: Gibraltar, l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme», *Cahiers de Droit Européen*, n.º 2, 2000, pp. 141-214. En este caso el TEDH constató que la violación por la que se condena a Reino Unido emana de la conjunción del Anexo II al Acto de 1976 junto con la reforma del Derecho originario de la Unión operada por el Tratado de Maastricht que consolida al Parlamento Europeo como cuerpo legislativo. En su opinión, el Acto de 1976 constituye un tratado internacional concluido libremente en el marco del ordenamiento jurídico comunitario por Reino Unido, pero éste no goza de un nivel de escrutinio suficiente por parte del TJUE para garantizar un nivel de protección adecuado al derecho contenido en el artículo 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH (véase el apartado 33 de la Sentencia). Con posterioridad el TJUE, con ocasión de un recurso por incumplimiento tuvo ocasión de constatar que Reino Unido no había infringido el Derecho de la Unión Europea: el TJUE tomó nota de la intención de Reino Unido de dar pleno cumplimiento a la Sentencia del TEDH en el asunto *Matthews*, manifestada en un acuerdo bilateral entre Reino Unido y España, en el que el primero se comprometía a introducir los cambios necesarios para permitir que el electorado gibraltareño vote en las elecciones al Parlamento Europeo, véase, la Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *España c. Reino Unido*, asunto C-145/04, Rec. 2006, p. I-7961.

¹⁵ Véase, por ejemplo, la Decisión del TEDH de 4 de julio de 2000 que declara inadmisibile *ratione materiae* un recurso contra una decisión de la Comisión Europea en materia de competencia en el asunto *Société Guérin Automobiles c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recurso n.º 51717/99. Resulta interesante también la decisión del TEDH de inadmitir una demanda contra los 15 Estados miembros en 2002 en el asunto *Segi*: se trataba de una demanda presentada contra la Posición Común del Consejo n.º 2001/931/PESC, de 27 de diciembre de 2001, sobre la Aplicación de medidas específicas para combatir el terrorismo, *DOUE* Serie L 344/93, de 28 de diciembre de 2001. El TEDH consideró que la Posición Común no añadía nuevos poderes a los Estados miembros que pudieran ser ejercidos contra los

Cuestión distinta y que no resuelve esta cuestión, es que el TEDH se haya declarado incompetente con posterioridad *ratione personae* respecto de una demanda interpuesta en relación con acciones u omisiones atribuibles a sendas misiones establecidas en el seno de la ONU para Kosovo: la MINUK como órgano subsidiario de la organización, y la KFOR, creada sobre la base de una autorización del Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y con la responsabilidad operacional delegada a la OTAN. Lógicamente en este caso los demandantes no podían —como sí ocurre en el caso de la Unión Europea— dirigir su reclamación contra todos los miembros de dichas organizaciones internacionales, ya que todos ellos a los que cabría imputar una hipotética autoría mediata no son en su totalidad partes contratantes en el CEDH (algo que sí es común en cambio a todos los miembros de la Unión Europea)¹⁶.

demandantes, véase la Decisión de 23 de mayo de 2002, *Segi y otros, y Gestoras Pro-Amnistía y otros c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recursos acumulados n.º 6422/02 y 9916/02. En el asunto *Senator Lines* esta sociedad de navegación marítima demandó a los quince ante el TEDH a resultas de una multa interpuesta contra ella y otras sociedades por la Comisión Europea el 16 de septiembre de 1998 por infracción de las reglas de competencia; en este caso de forma muy astuta el TEDH esperó para pronunciarse sobre la admisibilidad de la demanda a que el TPI (ahora Tribunal General) se pronunciase sobre el recurso interpuesto ante él por la misma sociedad, y éste anuló la multa impuesta a Senator Lines. De este modo el TEDH declaró la demanda inadmisibile al no poder sostenerse la cualidad de víctima de la sociedad demandante. Véanse la Sentencia del TPI de 30 de septiembre de 2003, *Atlantic Container Line AB y otros c. Comisión*, asuntos acumulados T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Rec. 2003, p. 3275 y la Decisión de la Gran Sala del TEDH de 10 de marzo de 2004 en el asunto *Senator Lines c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recurso n.º 56672/00. Véase, SANZ CABALLERO, S., «El control de los actos comunitarios por el TEDH», *RDCE*, año 5, n.º 10, 2001, pp. 473-513. Asimismo, SANZ CABALLERO, S., «Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo *versus* Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)», *RDCE*, n.º 17, 2004, pp. 117-160.

¹⁶ Decisión de la Gran Sala del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, Recursos acumulados n.º 71412/01 y n.º 78166/01. Sobre este asunto: MILANOVIC, M. y PAPIĆ, T., «As Bad as It Gets: The European Court of Human Rights Behrami and Saramati Decision and General International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, 2009, pp. 283-286. Del mismo modo, en la desesperada demanda interpuesta por el antiguo Presidente iraquí Saddam Hussein, en relación con su detención y posterior juicio tras el traspaso de poderes al Gobierno provisional, el TEDH se declaró incompetente al no establecerse por el demandante suficientemente el grado de jurisdicción de los Estados demandados que formaban parte de una coalición internacional de fuerzas capitaneada por Estados Unidos (los demandados eran miembros del Consejo de Europa y entre ellos abundantes miembros de la Unión Europea en el momento de acaecer los hechos). Véase la Decisión del TEDH de 14 de marzo de 2006, *Saddam Hussein c. Albania, Bulgaria, Croacia y otros 18 Estados*, Recurso n.º 23276/04. Gaja ha señalado que en lugar de considerar que el control y autoridad última sobre la KFOR residía en el Consejo de Seguridad puesto que sólo la responsabilidad operacional había sido delegada, el TEDH debería haber aplicado el criterio sugerido por la CDI del control efectivo que habría permitido atribuir la

De igual modo la adhesión permitiría despejar, entre otras muchas que planean sobre el ordenamiento de la Unión, la incógnita que el asunto *Connolly*¹⁷ planteó: es decir, si se ajustaría a las exigencias del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH), en el caso concreto, la denegación de la posibilidad de formular observaciones escritas a las conclusiones presentadas por el Abogado General¹⁸ para la sustanciación de un recurso de casación que el recurrente había interpuesto contra una Sentencia del Tribunal General de la Unión; lógicamente en este caso el TEDH no ostentaba competencia *ratione personae* para pronunciarse sobre la existencia de tal violación al no ejercer ninguno de los Estados miembros su jurisdicción, en el sentido que contempla el CEDH, dentro del procedimiento sustanciado ante los órganos jurisdiccionales de la Unión¹⁹. Sin embargo, en un asunto posterior sustancialmente idéntico pero en el que una de las partes en el procedimiento ante el TJUE era un Estado miembro, el TEDH consideró como suficiente, y no como meramente teórica, la garantía que contiene el artículo 61 de las reglas de procedimiento del TJUE que prevé que éste pueda ordenar la reapertura del juicio oral una vez oído el Abogado General; no obstante, la cuestión sigue sin clarificar puesto que el TEDH evitó entrar de lleno en ella²⁰, y ade-

conducta de los contingentes nacionales asignados a la KFOR bien a los Estados aportantes, bien a la propia OTAN (caso este último en el que se habría llegado igualmente a un resultado de inadmisibilidad *ratione personae*): GAJA, G., *Séptimo Informe del Relator Especial sobre la responsabilidad de Organizaciones internacionales*, adoptado por la CDI en su 61.º Período de Sesiones, Ginebra 4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009, apartado 26.

¹⁷ Decisión del TEDH de 9 de diciembre de 2008, *Connolly c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recurso n.º 73274/01. La misma fue confirmada por la Decisión de 16 de junio de 2009, *Rambus Inc. c. Alemania*, Recurso n.º 40382/04.

¹⁸ Pueden verse sendas Conclusiones del recordado Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 19 de octubre de 2000, *B. Connolly c. Comisión*, en los asuntos acumulados C-273/99 y C-274/99, Rec. 2000, p. I-1575 y p. I-1611, respectivamente.

¹⁹ Sobre este asunto relativo al antiguo funcionario de la Comisión Europea, autor del libro *The rotten heart of Europe. The dirty war for Europe's Money* que le valió la apertura de un procedimiento disciplinario y la suspensión, puede verse, LOCK, T., «Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order», *Common Market Law Review*, vol. 48, n.º 4, 2011, pp. 1025-1054.

²⁰ Decisión del TEDH de 20 de enero de 2009, *Kokkelvisserij c. Países Bajos*, Recurso n.º 13645/05. El TEDH declaró inadmisibile la demanda, al considerar que el demandante no había logrado demostrar la existencia de una protección «*manifiestamente deficiente*» de su derecho a un proceso equitativo. Este elevado estándar de prueba fue establecido en aplicación de la presunción rebatible de que el ordenamiento de la Unión consagra una protección equivalente a la del CEDH. En su razonamiento, al no ser la Unión parte contratante en el CEDH, el TEDH imputó el procedimiento prejudicial al Estado miembro, que habría sido el responsable en caso de apreciarse vulneración del derecho a un proceso equitativo. Esta atribución de responsabilidad se debe, según el TEDH, al inexorable nexo que existe entre el procedimiento prejudicial y el procedimiento principal ante los órganos judiciales nacionales que están obligados a seguir la opinión autoritativa del TJUE. Para mantener la presunción de

más, es indicativa de hasta qué punto puede haber matices interpretativos entre la jurisprudencia de ambos tribunales si se tiene en cuenta que el TJUE había señalado con anterioridad, con ocasión del asunto *Emesa Sugar*, que la jurisprudencia del TEDH en el caso *Vermeulen* no resulta aplicable a las conclusiones de los Abogados Generales, precisamente debido al vínculo orgánico y funcional que existe entre el TJUE y el Abogado General²¹.

Dejando al margen estas y otras áreas de incertidumbre que aportan fundamento a la necesidad de que la Unión culmine la adhesión, se constata que a pesar de que en los últimos años asistimos a una progresiva aproximación recíproca y deferencia entre las jurisprudencias de Estrasburgo y de Luxemburgo²², no puede descartarse que en el futuro y sobre todo una vez completada la adhesión aparezca alguna colisión puntual entre el TJUE y el TEDH²³.

protección equivalente, el TEDH dio gran peso a las Conclusiones de la Abogada General Sharpston, presentadas el 28 de junio de 2007, *Gouvernement de la Communauté Française y Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, asunto C-212/06, Rec. 2007, p. I-01683, en las que según la interpretación del TEDH la posibilidad de que el TJUE ordene la reapertura del juicio oral una vez oído el Abogado General es aceptada como factible, véase su apartado 157. Véase igualmente la Versión Consolidada del Reglamento de Procedimiento del TJUE, *DOUE* Serie C 177/1, de 2 de julio de 2010.

²¹ El TJUE consideró que el hecho de que las partes no puedan formular observaciones en respuesta a las conclusiones presentadas por el Abogado General no supone infracción de los derechos recogidos en el artículo 6.1 CEDH. El TJUE se apartó de la línea seguida por el TEDH en el asunto *Vermeulen*, debido a la diferente naturaleza jurídica del Abogado General que forma parte de la propia institución del Tribunal, a diferencia de la figura existente en Derecho belga del *ministère public* que encarna una autoridad ajena a la del órgano judicial. Véanse, la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 20 de febrero de 1996, *Vermeulen c. Bélgica*, Recurso n.º 19075/91; así como el Auto del TJUE de 4 de febrero de 2000, *Emesa Sugar c. Aruba*, asunto C-17/98, Rec. 2000, p. I-665, apartados 2 y 16 especialmente. En mayor profundidad, BENOÎT-ROHMER, F., «L'affaire Emesa Sugar: l'institution de l'avocat général de la Cour de justice des Communautés Européennes à l'épreuve de la jurisprudence Vermeulen de la Cour européenne des droits de l'homme», *Cahiers de droit européen*, vol. 37, n.ºs 3-4, 2001, pp. 403-426.

²² Rodríguez Iglesias y Del Valle Gálvez han minimizado la importancia de los conflictos interpretativos existentes entre ambas jurisdicciones y que durante la década de los noventa fueron exagerados por un cierto sector de la doctrina, véase RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y DEL VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *RDCE*, vol. 1, n.º 2, 1997, pp. 329-376. Este fenómeno ha sido descrito por Rosas como *gradual rapprochement* entre ambos sistemas, véase: ROSAS, A., «Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg courts», en BAUDENBACHER, C. *et al.* (eds.), *The EFTA Court: Ten Years On*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 168-172. Asimismo: CALLEWAERT, J., «The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way to Harmony», *European Human Rights Law Review*, n.º 6, 2009, pp. 768-783. La Declaración 2 aneja al Acta Final de la Conferencia que adoptó el Tratado de Lisboa, relativa al artículo 6.2 TUE, hace constar la existencia de un *diálogo* regular entre el TJUE y el TEDH, *que podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera* al CEDH.

²³ Especialmente durante la década de los noventa se han registrado algunas interferencias entre los dos altos tribunales internacionales. Así mientras que el TJUE consideró en el

Una delicada manifestación de esta deferencia mutua se encuentra en la decisión del TEDH en el asunto *Bosphorus*²⁴ adoptada en un momento en que el proceso de ratificación del Tratado Constitucional europeo atravesaba un momento crítico y que muestra una clara voluntad del TEDH de no entorpecer la entrada en vigor de este Tratado que por primera vez incorporaba una base jurídica expresa para la adhesión: el TEDH precisó que mediante la transferencia del ejercicio de sus poderes soberanos a una organización internacional como la Unión Europea los Estados parte en el CEDH no quedan exentos de respetar las obligaciones jurídicas derivadas de éste y, por tanto, los actos de la UE no son

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

²⁴ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, Recurso n.º 45036/98. El TJUE tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el mismo asunto años atrás en cuestión prejudicial y no encontró violación de ningún derecho recogido en el CEDH, véase la Sentencia de 30 de julio de 1996, *Bosphorus Hava*, asunto C-84/95, Rec. 1996, p. I-3953. No en vano la doctrina se ha referido a la decisión del Tribunal de Estrasburgo calificándola de *Solange II* evocando de forma análoga la confianza que el Tribunal Constitucional alemán depositó en este caso en el sistema comunitario de protección de derechos fundamentales, véase, JACQUÉ, J. P., «Droit Communautaire et Convention européenne des droits de l'homme, L'Arrêt Bosphorus, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme?», *Revue Trimestrielle de Droit Européenne*, vol. 41, n.º 3, 2005, pp. 749-767.

inmunes al escrutinio jurisdiccional del TEDH²⁵. En este caso, la sociedad demandante atacaba la ejecución por parte de Irlanda de un Reglamento comunitario que se limitaba a implementar una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativa a sanciones adoptadas contra la República Federal Yugoslava en 1993. Irlanda había realizado un acto de apresamiento de una aeronave que se encontraba en su territorio y que había sido arrendada por una compañía turca (Bosphorus) a la compañía aérea nacional yugoslava (JAT). El Estado miembro se limitó a ejecutar un Reglamento comunitario que no dejaba margen de apreciación y que a su vez implementaba una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas²⁶. El TEDH estableció una presunción *iuris tantum* de que el sistema de protección de los derechos fundamentales establecido en el pilar comunitario de la Unión Europea ofrecía una protección que podía ser considerada equivalente a la ofrecida por el sistema del CEDH. El TEDH estableció a favor del Derecho comunitario un trato más indulgente y privilegiado en relación con los demás Estados parte en el CEDH, requiriendo un estándar más elevado de prueba para apreciar que un acto de Derecho comunitario supone una violación de uno de los derechos del CEDH. Únicamente es rebatible esta presunción en aquellos casos donde se aprecia que la protección ofrecida por el Derecho comunitario es *manifestamente deficiente*²⁷. Hasta la fecha no ha sido constatada por el TEDH dicha deficiencia manifiesta en el modelo de protección de derechos fundamentales establecido por el Derecho comunitario. Como ha quedado patente en asuntos posteriores sustanciados ante el Tribunal de Estrasburgo, éste no se ocupa *motu proprio* de examinar la existencia de tal deficiencia, más bien, la carga de la prueba de la misma parece pesar sobre la parte recurrente²⁸. Una vez se haya producido la adhesión de la UE al CEDH no habrá razón para mantener este privilegio injustificado hacia el Derecho de la Unión que supondría la ruptura de la igualdad en las condiciones de aplicación del CEDH en relación con las demás partes contratantes²⁹. El TEDH eludió en este asunto

²⁵ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, cit. *supra*, apartado 154.

²⁶ En más detalle: HOFFMEISTER, F., «Case note on Bosphorus v. Ireland», *American Journal of International Law*, vol. 100, n.º 2, 2006, pp. 442-449.

²⁷ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, cit. *supra*, apartados 156 y 165. Nótese que esta presunción trae causa de la establecida por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos en relación con el ordenamiento comunitario tratándose de la ejecución a nivel nacional de una medida sobre Derecho de la competencia, véase la Decisión de 9 de febrero de 1990, *M & Co. c. Francia*, Recurso n.º 13258/87.

²⁸ LOCK, T., «Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, vol. 10, n.º 3, 2010, p. 541.

²⁹ DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation», *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, vol. 21, n.º 83, 2010, p. 544.

pronunciarse acerca de si esta presunción de protección equivalente al sistema del CEDH podría predicarse o no del sistema de Naciones Unidas o de otras organizaciones internacionales. A través de dicha presunción, el TEDH ha mostrado una especial sensibilidad hacia el proceso de integración puesto en marcha por el ordenamiento de la Unión³⁰. Esta jurisprudencia que permitiría un *levantamiento del velo* en casos de una deficiencia manifiesta en la protección de los derechos recogidos en el CEDH, no fue seguida por el TEDH en los asuntos *Behrami y Saramati* respecto de acciones finalmente atribuibles a la ONU en el marco del Capítulo VII de la Carta de San Francisco³¹.

En vísperas de que se complete la adhesión, la presunción establecida en *Bosphorus* sigue generando jurisprudencia interesante a los efectos de delimitar la responsabilidad entre los Estados miembros y la Unión en relación con las obligaciones del CEDH³²: en el reciente asunto *M.S.S.*, decidido tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el TEDH ha mantenido la presunción de *protección equivalente*, matizando que ésta se refiere al *primer pilar* del Derecho de la Unión. No obstante, esta sentencia ha sido el detonante para que los Estados miembros de la Unión y las instituciones hayan tomado más *en serio* la necesidad de reabrir el diseño no sólo del conocido como *Reglamento Dublín II*, sino también de todo el planteamiento y filosofía que sostiene al sistema europeo común de asilo: este caso ha puesto de manifiesto que no puede mantenerse la asunción de que el traslado de demandantes de asilo entre Estados miembros sea siempre seguro³³.

II. PROCEDIMIENTO PARA LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

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

³⁰ CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *RGDE*, n.º 22, 2010, p. 7.

³¹ Decisión de la Gran Sala del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, cit. *supra*, apartado 151.

³² BENOÎT-ROHMER, F., «Bienvenue aux enfants de Bosphorus: la Cour européenne des droits de l'homme et les organisations internationales», *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, vol. 21, n.º 81, 2010, pp. 19-38.

³³ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, Recurso n.º 30696/09, apartado 338. Véase MALLIA, P., «Case of *M.S.S. v. Belgium and Greece*: a Catalyst in the Re-Thinking of the Dublin II Regulation», *Refugee Survey Quarterly*, vol. 30, n.º 3, pp. 107-128.

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

B) Del lado del Consejo de Europa, el acuerdo de adhesión deberá ser aprobado por el Comité de Ministros y ratificado por sus 47 Estados miembros. El Comité de Ministros también deberá aprobar aquellas enmiendas que se introduzcan en el texto del CEDH y que requerirán igualmente la ratificación por parte de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa. Obviamente, entre ellos se encuentran los 28 Estados miembros de la Unión Europea³⁴.

La aquiescencia al acuerdo de adhesión deberá ser expresada por el Comité de Ministros por mayoría de dos tercios de acuerdo con los artículos 4, 5, 15 y 20 del Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949.

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

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

³⁴ Como veremos más adelante, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que la Unión también pueda adherirse a aquellos protocolos al CEDH que hayan sido ratificados por todos los Estados miembros, por tanto debe respetarse la atribución competencial externa, de modo que esto complica considerablemente un proceso de adhesión que se prevé extraordinariamente complejo y que arroja numerosas dudas de índole técnico-jurídica, véase SANZ CABALLERO, S., «Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *RDCE*, n.º 38, 2011, p. 105.

cisión del Consejo relativa a la celebración del acuerdo; por tanto, hay doble necesidad de confirmación para los Estados miembros de la Unión. Por parte del Consejo de Europa, la adhesión requiere que el Comité de Ministros adopte el acuerdo de adhesión³⁵, y que hagan lo propio los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (28 de los cuales son los Estados miembros de la Unión), pero a su vez los mismos 47 Estados parte en el CEDH (de nuevo entre ellos los 28) deben prestar su consentimiento a todas aquellas modificaciones que puedan derivarse para el texto del CEDH del proceso de adhesión.

III. NEGOCIACIONES Y PRINCIPALES INTERROGANTES DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CEDH

El negociador en nombre de la Unión Europea es la Comisión Europea, su mandato de negociación fue aprobado por el Consejo JAI de 4 de junio de 2010³⁶. Dicho mandato es para negociar con los 47 Estados parte en el CEDH. Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de mayo de 2010 dio mandato de negociación *ad hoc* a su Comité Director de Derechos Humanos (CDDH). El Consejo de Europa designó un equipo negociador compuesto por un grupo de catorce Estados, entre los cuales se encontraban siete Estados miembros de la UE en aquel momento³⁷. Ésta es una singularidad más de la adhesión que hace que pueda resultar paradójico e incluso incómodo³⁸ para la Comisión tener que negociar frente a los Estados miembros, acostumbrada a negociar los acuerdos internacionales en nombre de la Unión sin que haya representación de los Estados miembros en la contraparte y teniendo atribuciones para coordinar la posición de los Estados miembros. Cabe preguntarse hasta qué punto los Estados miembros de la Unión

³⁵ Por mayoría de dos tercios, si se aplican analógicamente las reglas de voto del Estatuto de Londres relativas a la invitación de un nuevo Estado a convertirse en miembro del Consejo de Europa o relativas a la conclusión de acuerdos internacionales en nombre del Consejo de Europa.

³⁶ Decisión del Consejo de 4 de junio de 2010 autorizando a la Comisión para que negocie un acuerdo de adhesión al CEDH [Doc. 10817/10, EXT 2 (27.09.2010)]. Véase la Recomendación para una Decisión del Consejo autorizando a la Comisión a negociar la adhesión al CEDH [SEC (2010) 305 final/2], de 17 de marzo de 2010.

³⁷ Alemania, Finlandia, Francia, Letonia, Países Bajos, Reino Unido y Rumanía. Los otros Estados que componen el grupo negociador sin ser entonces miembros de la Unión Europea son: Albania, Armenia, Croacia, Noruega —a quien correspondió la presidencia del grupo—, Rusia, Suiza y Turquía.

³⁸ SANZ CABALLERO, S., «Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *loc. cit.*, p. 105.

que integran el grupo de negociación designado por el Consejo de Europa están obligados por el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE) a coincidir o facilitar la posición de la Comisión Europea y no contravenir las líneas rojas de su mandato de negociación, más aún si cabe tratándose la adhesión de la Unión al CEDH en el nuevo artículo 6.2 TUE de una obligación de resultado. Tras la primera reunión del CDDH durante los días 15 a 17 de junio de 2010, a la vista queda que no existió coordinación de forma previa a nivel de la UE entre las posiciones de los Estados miembros presentes en el grupo negociador, y además, ciertas delegaciones individuales de Estados miembros mostraron en la primera reunión su discrepancia respecto de algunas de las directrices de negociación que había adoptado el Consejo de la UE³⁹. Entre los meses de junio de 2010 y julio de 2011, el grupo negociador compuesto por catorce Estados del lado del Consejo de Europa (CDDH-UE) y su contraparte, la Comisión Europea, han mantenido hasta ocho reuniones de trabajo que han desembocado en junio de 2011 en la redacción de un Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión de la UE al CEDH⁴⁰ con vistas a ser adoptados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

En junio de 2012, siguiendo las instrucciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el CDDH ha acordado la reapertura de las negociaciones para la adhesión⁴¹ con el objeto de abordar el estudio de ciertas modificaciones propuestas por la Comisión Europea al Proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión que había sido acordado en 2011. Dichas negociaciones, que no se limitan a tales modificaciones, han sido llevadas a cabo mediante un nuevo grupo *ad hoc* (47 + 1), compuesto por los 47 Estados miembros del Consejo de Europa autorizados por el CDDH, junto con la Comisión Europea que ha dado su visto bueno a este proceso⁴². El mandato de

³⁹ Nota transmitida por la Presidencia del Consejo a las Delegaciones de 22 de junio de 2010, *Outcome of discussions in the CDDH, Council of Europe, on 15-17 June 2010; coordination in International Organizations*, Doc. 11394/10, Bruselas, 22 de junio de 2010.

⁴⁰ Véase la versión final: *Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH-UE (2011)16, Estrasburgo 19 de julio de 2011. Asimismo, puede consultarse el informe que el CDDH remite al Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre estos instrumentos jurídicos tras haber examinado durante los días 12 a 14 de octubre de 2011 el trabajo llevado a cabo por el grupo de catorce Estados y la Comisión Europea a lo largo de sus ocho reuniones: *Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, CDDH(2011)009, Estrasburgo, 14 de octubre de 2011.

⁴¹ Véanse: CDDH, Report from the 75th meeting, 19-22 June 2012, CDDH (2012) R75, Estrasburgo 1 de julio de 2012; asimismo, Comité de Ministros del Consejo de Europa, «1145th meeting, 13 June 2012-Decisions Adopted, item 4.5», CM/Del/Dec (2012) 1145, Estrasburgo, 15 de junio de 2012.

⁴² First Negotiation Meeting Between the CDDH and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Doc 47+1(2012)R01, Estrasburgo, 21 de junio de 2012.

este nuevo grupo sería finalizar los instrumentos jurídicos necesarios para la adhesión sobre la base del trabajo del anterior grupo CDDH-UE. Para ello las delegaciones participantes han podido someter a consideración otras propuestas de modificación del Proyecto de acuerdo de adhesión hasta el 1 de septiembre de 2012. Las reuniones segunda, tercera y cuarta de este nuevo grupo *ad hoc* han tenido lugar en Estrasburgo durante los días 17 a 19 de septiembre, 7 a 9 de noviembre de 2012, y 21 a 23 de enero de 2013, respectivamente. Durante los días 2 a 5 de abril de 2013 ha tenido lugar la quinta reunión⁴³. Dicha reunión pone fin a un segundo período de negociaciones tendentes a la adopción de los instrumentos jurídicos necesarios para la adhesión de la Unión Europea al CEDH. Del mismo modo se ha previsto que los instrumentos jurídicos negociados por este grupo sean rendidos en primer lugar al CDDH que los examinará en reunión ordinaria (éstas tienen lugar dos veces por año) antes de transmitirlos al Comité de Ministros⁴⁴. Por su parte, el representante de Rusia ha mostrado claramente su preferencia por el anterior Proyecto de acuerdo de 2011, que a su juicio contiene un justo equilibrio entre las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión y su incorporación al CEDH en igualdad de condiciones con el resto de partes contratantes.

Este nuevo proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión de 2013 comprende: *a)* un proyecto de acuerdo de adhesión; *b)* un proyecto de declaración de la Unión Europea; *c)* un proyecto de regla que debe ser añadida a las reglas del Comité de Ministros relativas a la supervisión de la ejecución de sentencias y de los términos de los arreglos amistosos en aquellos casos en que la Unión sea parte en un litigio; *d)* un proyecto de memorándum de entendimiento para que la Unión pueda participar como tercera parte en procedimientos donde los demandados son terceros Estados asociados a determina-

⁴³ Véanse igualmente, *Second Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Doc 47+1(2012)R02, Estrasburgo, 19 de septiembre de 2012; *Third Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Doc 47+1(2012)R03, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2012; *Fourth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Doc 47+1(2013)R04, Estrasburgo, 23 de enero de 2013; *Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Doc 47+1(2013)R05, Estrasburgo, 5 de abril de 2013, todos ellos disponibles en: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports_en.asp

⁴⁴ Véase Final report to the CDDH, 47+1(2013)008rev2, Estrasburgo, 10 de junio de 2013, disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents_en.asp

dos sectores del ordenamiento jurídico de la Unión en virtud de acuerdos internacionales separados o específicos (Schengen o el Espacio Económico Europeo, por ejemplo); y finalmente, e) un proyecto de informe explicativo del acuerdo de adhesión⁴⁵.

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

1. EL RESPETO DE LA AUTONOMÍA Y ESPECIFICIDAD DEL ORDENAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS

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

⁴⁵ Véanse: I-Draft Revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; II-Draft declaration by the European Union to be made at the time of signature of the Accession Agreement; III-Draft Rule to be added to the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in cases to which the European Union is a party; IV-Draft model of Memorandum of Understanding between the European Union and X; V-Draft Explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, en *Fifth Negotiation Meeting Between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Estrasburgo, 5 de abril de 2013, Doc. 47+1(2013)008, disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports_en.asp.

Otro punto sobre el que llama la atención el Protocolo n.º 8 al Tratado de Lisboa es el relativo a la necesidad de garantizar que los recursos sean interpuestos de forma adecuada bien contra la Unión, bien contra sus Estados miembros o contra ambos. Uno de los principales motivos que justifican y aconsejan la adhesión de la UE al CEDH radica en la necesidad de someter de forma adecuada al control jurisdiccional externo del TEDH el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados parte en el CEDH en todas aquellas áreas pertenecientes a su competencia soberana; es decir, se pretende evitar que mediante la transferencia progresiva del ejercicio de dichas competencias de titularidad soberana a una organización de carácter supranacional se produzca una disminución en el nivel de protección de los derechos contenidos en el CEDH en aquellos dominios cuyo ejercicio es transferido: en estas áreas correspondientes a competencias cuyo ejercicio había sido transferido a la Unión, los Estados miembros han seguido siendo internacionalmente responsables debido a que el TEDH no tiene competencia *ratione personae* para conocer de una demanda formulada en la que la Unión Europea sea el demandado⁴⁶.

Finalmente, para evitar la intromisión del TEDH en el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros, sin necesidad de efectuar una compleja declaración de competencias similar a la que el Consejo de la Unión presentó en el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o sin remitirse a la vaga delimitación competencial que efectúa el propio TFUE, se ha optado por articular el principio de responsabilidad conjunta y solidaria⁴⁷ entre la Unión y sus Estados miembros en ciertos asuntos que puedan tener relación con el ordenamiento jurídico de la Unión. Para ello el Proyecto de acuerdo de adhesión introduce la institución facultativa del codemandado que distingue dos supuestos:

A) En aquellas demandas presentadas contra uno o varios Estados miembros, la Unión podrá concurrir como codemandada junto con los Estados

⁴⁶ La ausencia de jurisdicción *ratione personae* respecto de las Comunidades Europeas en relación con el ejercicio de poderes soberanos transferidos por los Estados contratantes en el CEDH fue decretada por vez primera por la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos en su Decisión de 10 de julio de 1978, *Confédération française démocratique du travail c. Comunidades Europeas*, Recurso n.º 8030/77.

⁴⁷ Debe tenerse en cuenta asimismo que la responsabilidad solidaria y conjunta es la solución que la Convención de Montego Bay sobre Derecho del Mar de 1982 preveía para el caso en que la organización internacional y sus Estados miembros no efectuasen una comunicación relativa a sus respectivas competencias en un plazo razonable o si lo hacían de forma contradictoria, véase: GARZÓN CLARIANA, G., «L'Union européenne et la Convention de 1982 sur le droit de la mer», *Revue belge de droit international*, 1995, pp. 36-45.

miembros, tras ser notificada por el TEDH, en aquellos casos donde se plantee la compatibilidad con el CEDH de algún precepto de Derecho de la Unión, o dicho de otro modo: cuando la violación de un derecho recogido en el CEDH sea evitable ignorando una obligación dimanante del Derecho de la Unión.

B) En aquellas demandas en que la Unión Europea sea la demandada, podrán incorporarse como codemandados los Estados miembros, siempre y cuando se plantee la compatibilidad del CEDH con una norma perteneciente al Derecho originario de la Unión. En caso de que una disposición del Derecho originario estuviera en contradicción con el CEDH se entiende que la responsabilidad alcanzaría a los 28 Estados miembros: aunque la virtualidad práctica de un procedimiento con tal número de codemandados es difícilmente imaginable.

El principal fallo de este mecanismo es precisamente su carácter facultativo, puesto que tal y como se ha diseñado aun cuando el TEDH invita a participar como codemandados bien sea a la Unión, bien a uno o varios Estados miembros, éstos tienen siempre la posibilidad de rechazar personarse en la causa. Este diseño podría mermar la eficacia de las sentencias del TEDH y además podría llevar al TEDH a tener que pronunciarse sobre quién es el responsable de una vulneración del CEDH, pudiendo inmiscuirse, por tanto, en el reparto competencial entre Estados miembros y Unión y pudiendo atentar contra la autonomía de este ordenamiento. Para evitar este riesgo y consolidar un verdadero sistema de responsabilidad conjunta y solidaria (desde el punto de vista procesal) compatible con la autonomía del Derecho de la Unión que permita una mayor eficacia del sistema del TEDH, debería articularse también el derecho de la parte demandada (sea la Unión o alguno o varios de sus Estados miembros) a solicitar que las otras partes se incorporen como codemandadas según un mecanismo de *intervention forcée*⁴⁸. Dicho mecanismo obligatorio no entrañaría una atribución de responsabilidad solidaria y conjunta desde el punto de vista sustantivo, sino que permitiría evitar que el TEDH hiciese responsable a una Parte por el ejercicio de competencias que no le pertenecen o no controló de forma efectiva⁴⁹. Como se ha dicho, este mecanismo podría desarrollarse mediante una regulación interna en el seno del ordenamiento de la Unión con base en el principio de cooperación leal, o bien incorporarse al acuerdo de adhesión directamente: de este modo, será posible crear una verdadera responsabilidad solidaria y conjunta en sen-

⁴⁸ DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation», *loc. cit.*, p. 556.

⁴⁹ CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *loc. cit.*, p. 34.

tido procesal⁵⁰ que permita reglar dentro del ordenamiento de la Unión —respetando su autonomía— los conflictos que puedan surgir entre ésta y sus Estados miembros respecto del alcance de sus respectivas responsabilidades con respecto a las obligaciones dimanantes del CEDH (para dichas cuestiones nos remitimos a la Parte tercera del presente trabajo).

En un sentido más específico, cabe hablar de la autonomía interpretativa del Derecho de la Unión que parece derivarse tanto del Protocolo n.º 8 al Tratado de Lisboa como de los artículos 19 TUE y 344 TFUE⁵¹: ésta conlleva que el TJUE tenga la última palabra en la interpretación del Derecho de la Unión, tanto originario como derivado, y que el TEDH no se atribuya la facultad de inmiscuirse en la interpretación del contenido de principios estructurales del Derecho de la Unión o de afectar al monopolio jurisdiccional del TJUE en el enjuiciamiento de la validez de los actos de derecho derivado⁵². Este temor fue uno de los elementos centrales en la decisión que el TJUE adoptó en el Dictamen 2/94. Como es sabido, el Dictamen 1/91 no excluyó la posibilidad de que la Unión como resultado de su actividad convencional en sus relaciones internacionales quedase sometida a la opinión de un órgano jurisdiccional creado para la interpretación y aplicación de las disposiciones de un acuerdo internacional en el que la Unión es parte⁵³. Desde el punto de

⁵⁰ Se trataría de maximizar la eficacia de la demanda individual y sus posibilidades reforzando la seguridad jurídica sin prejuzgar la responsabilidad de la Unión y de sus Estados miembros en cuanto al fondo. No es de extrañar (sin perjuicio del deber de cooperación leal y de las exigencias de la unidad de representación internacional de la Unión) que en áreas de competencia compartida entre los Estados miembros y la Unión Europea la discrepancia entre ellos en cuanto a la atribución del hecho ilícito se residencie ante el propio TEDH. En tal caso como Cortés Martín propone: «*Si la violación del Convenio se refiere a un ámbito en los que las competencias de la organización y sus miembros concurren sin que sea posible establecer una línea divisoria, tal vez el TEDH debería hacer responsables a ambos y que después dilucidaran de común acuerdo las consecuencias concretas del fallo del TEDH*», *ibid.*, pp. 33-34. Un supuesto tal supondría admitir en sentido sustantivo la responsabilidad solidaria y conjunta de la Unión Europea y Estados miembros con carácter excepcional, de modo que las exigencias de la autonomía del Derecho de la Unión les impondrían a ambos la obligación de acordar en el seno del ordenamiento de la Unión el modo apropiado para dar ejecución a la Sentencia del TEDH, de forma acorde con las competencias asumidas y ejercidas por aquéllos en el caso concreto.

⁵¹ SCHELLING, T., «The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations», *Harvard International Law Journal*, vol. 37, n.º 2, 1996, p. 389; «*Interpretive autonomy means that only the institutions of the particular legal order are competent to interpret the constitutional legal rules of that order*».

⁵² Éste fue reconocido explícitamente en la Sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, asunto C-314/85, Rec. 1987, p. 4199.

⁵³ Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. 1991, p. I-6079, apartado 40. Un comentario al mismo puede verse en DEL VALLE GÁLVEZ, A., «La especificidad del ordenamiento comunitario. Comentario a los Dictámenes 1/91 y 1/92 del TJCE sobre el Espacio Económico Europeo», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, n.º 1, 1993, pp. 155-193.

vista del Derecho internacional se ha dicho que el derecho interno puede ser abordado como un simple hecho desprovisto de significación normativa⁵⁴: esto da perfecto sentido a la posición del TEDH que en reiteradas ocasiones ha señalado que la responsabilidad primordial de interpretar y aplicar el derecho interno corresponde a las autoridades nacionales y singularmente a los tribunales nacionales⁵⁵, limitándose el rol del TEDH, una vez completada la adhesión, a comprobar la compatibilidad de las disposiciones de Derecho de la Unión con el articulado del CEDH y los Protocolos Adicionales a que finalmente se adhiera la UE, sin interpretar en ningún caso el Derecho de la Unión ni afectar a su autonomía⁵⁶.

Por último, el Proyecto de acuerdo de adhesión prevé que la Unión acceda al CEDH, así como a su Protocolo Adicional y a su Protocolo n.º 6, para ello se propone la pertinente reforma del artículo 59.2 CEDH. Ambos son protocolos ratificados por todos los Estados miembros, pero contienen derechos (como el derecho a la educación o la abolición de la pena de muerte que constituye uno de los ejes prioritarios de lucha en la acción exterior de la Unión Europea) respecto de los cuales pese a estar también recogidos en la CDFUE no resulta una tarea fácil *a priori* determinar la competencia externa de la Unión. Por su parte, la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo había recomendado —con independencia de su ratificación por los Estados miembros— que la Unión acceda a todos los protocolos relativos a derechos recogidos en la CDFUE (en particular los Protocolos 1, 4, 6, 7, 12 y 13)⁵⁷. En cualquier caso, parece garantizado, como señala el Protocolo n.º 8 al Tratado de Lisboa relativo a la adhesión, que la situación interna de los Estados miembros respecto del CEDH, en particular en relación con sus protocolos, no se verá afectada por la adhesión. En la medida en que el Proyecto de acuerdo de adhesión contempla que la Unión quede vinculada a los Protocolos Adicionales n.º 1 y n.º 6, una vez seguido el enjundioso procedimiento previsto en el artículo 218 TFUE para la adopción global del acuerdo de adhesión bastaría y no debería repetirse este procedimiento en relación con la adhesión a cada uno de los Protocolos señalados.

⁵⁴ Sentencia de la CPJI, de 25 de mayo de 1926, *Intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (fondo)*, Serie A, n.º 7.

⁵⁵ Sentencia del TEDH de 24 de abril de 1990, *Huvig c. Francia*, Recurso n.º 11105/84, apartado 28.

⁵⁶ TULKENS, F., «Pour et vers une organisation harmonieuse», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 47, n.º 1, 2011, pp. 29-31.

⁵⁷ Véase, Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo, Ponente Ramón Jáuregui Atondo, Informe sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [2009/2241 (INI)] A7-0144/2010, Bruselas, 6 de mayo de 2010.

La adhesión no implica un sometimiento jerárquico del TJUE al TEDH: el TJUE y sus decisiones quedarían sometidos al control jurisdiccional externo del TEDH⁵⁸. En nada se ve mermada la necesidad de la adhesión por la existencia de la CDFUE: ésta resulta análoga en su situación a la de los catálogos de derechos fundamentales que en su orden interno presentan otros Estados parte en el CEDH y por tanto, complementaria su función; mientras que la posición del TJUE frente al TEDH, sería *prima facie* análoga a la de un Tribunal Constitucional o Supremo de los restantes Estados que son parte en el CEDH⁵⁹.

La adhesión implicará una necesaria cooperación más frecuente y regular entre TEDH y TJUE, y supondrá que el CEDH sea para el TJUE algo más que una *fuerza de inspiración*, una verdadera obligación internacional, cuyo respeto será exigible a todas las medidas, acciones u omisiones atribuibles a las instituciones de la Unión, a sus órganos, oficinas o agencias, así como a las personas que actúen en nombre de aquélla⁶⁰. Pese a que el mandato de negociación dado a la Comisión recuerda que no se verán afectados por la adhesión ni el limitado *locus standi* de las personas físicas y jurídicas en el recurso de anulación (art. 263.4 TFUE), ni el limitado alcance de la jurisdicción del TJUE en materia de PESC (art. 275 TFUE)⁶¹ o de Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (arts. 276 TFUE y 10.1 del Protocolo n.º 36 sobre disposiciones transitorias), lo cierto es que ninguna referencia se recoge en el proyecto de acuerdo de adhesión a las particularidades de estas áreas; y en ningún caso puede interpretarse que las instituciones, órganos y agencias de la Unión o sus Estados miembros estén exentos de respetar las disposiciones del CEDH en tales áreas, ni mucho menos puede interpretarse que la jurisdicción del TEDH en estas áreas estará sujeta a constricciones similares a las que experimenta el TJUE una vez se produzca la adhesión.

⁵⁸ Así lo permite el propio TJUE en el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, cit. *supra*, apartado 39.

⁵⁹ Como se verá, a favor del TJUE se han barajado durante las negociaciones del acuerdo para la adhesión ciertos privilegios, que no se contemplan respecto de los altos tribunales de las restantes partes contratantes en el CEDH.

⁶⁰ TIZZANO, A., «Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention EDH», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 47, n.º 1, 2011, pp. 9-19.

⁶¹ Un ejemplo donde el TJUE ha confirmado recientemente en virtud de este precepto la conformidad de medidas restrictivas con los derechos fundamentales a la defensa, a la tutela judicial efectiva y a la propiedad, se encuentra en el asunto relativo a las medidas restrictivas selectivas adoptadas por la Unión en el ámbito PESC y dirigidas contra las personas que obstaculizasen el proceso de paz y reconciliación nacional en Costa de Marfil. Dichas personas habían sido designadas de forma autónoma por la Unión y no a expensas del Consejo de Seguridad ni de su Comité de Sanciones. Véase la Sentencia de 15 de noviembre de 2012, *Consejo c. N. Bamba*, asunto C-417/11 P (pendiente de publicación), Rec. 2012.

No debe pasarse por alto el hecho de que el TJUE no tiene atribuciones para verificar la validez del Derecho originario de la Unión a la luz de las normas de derechos fundamentales, únicamente puede en caso de conflicto buscar una interpretación conciliadora o instar a los Estados miembros a la revisión de los tratados de acuerdo con el artículo 48 TUE. El TEDH podrá, en cambio, pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición de los Tratados de la Unión con el CEDH. Pretender lo contrario sería tanto como defender un privilegio hacia la Unión Europea del que no gozan las restantes partes en el CEDH, cuyas normas incluso de rango constitucional están sujetas al escrutinio del TEDH.

Existe la posibilidad de que la Comisión Europea, el Consejo, el Parlamento Europeo o cualquier Estado miembro decida someter el acuerdo de adhesión a dictamen del TJUE, de acuerdo con el artículo 218.11 TFUE, para que éste se pronuncie sobre su compatibilidad con el Derecho originario de la Unión (una vez sea aprobado el proyecto de acuerdo por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y quede por tanto fijado su texto de forma definitiva): existe igualmente el riesgo de que el Proyecto de acuerdo de adhesión no satisfaga las exigencias de la autonomía del Derecho de la Unión que el TJUE ha erigido en sus dictámenes 1/91⁶², 1/00⁶³ y 1/09⁶⁴, y por tanto, para completar la adhesión deba ser revisado. Ello debido a que el TJUE rechaza la posibilidad de que un órgano jurisdiccional ajeno al sistema jurisdiccional de la Unión se atribuya la posibilidad de interpretar y determinar el contenido del Derecho originario y derivado de la Unión⁶⁵. Aunque debe quedar claro que éste no es el caso del TEDH: éste no se encargará de interpretar y aplicar el Derecho de la Unión, sino únicamente de verificar si la interpretación y aplicación tanto del Derecho originario como del derecho derivado de la Unión que realizan sus instituciones, órganos y agencias o sus Estados miembros vulnera o no alguna de las obligaciones dimanantes del CEDH.

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

⁶² Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, cit. *supra*.

⁶³ Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, Rec. 2002, p. I-3493.

⁶⁴ Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, Rec. 2011, p. I-1137.

⁶⁵ Véase el Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, cit. *supra*, apartados 11-13.

facultativo por las instituciones de la Unión en un acto legislativo se convierte en obligatorio en el caso concreto por exigencias del CEDH⁶⁶. Prueba de la relativa autonomía del Derecho de la Unión es su permeabilidad al razonamiento del TEDH en este asunto: ésta se manifiesta en las conclusiones presentadas por el Abogado General en un asunto sustancialmente idéntico que ha llegado por vía prejudicial al TJUE procedente de los órganos jurisdiccionales de Reino Unido y que recogen íntegro el razonamiento del TEDH, que, además, ha sido seguido de forma rigurosa y escrupulosa por el propio TJUE⁶⁷.

2. LA PARTICIPACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL DEL CEDH

El Proyecto de acuerdo de adhesión ha previsto que una delegación del Parlamento Europeo participe con derecho de voto ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa cuando ésta ejerza sus funciones de elección de los jueces bajo el artículo 22 CEDH. Se atribuye al Parlamento Europeo el mismo número de representantes que tenga atribuidos la parte más representada de acuerdo con el artículo 26 del Estatuto del Consejo de Europa. El proyecto de acuerdo se ha decantado porque la Unión tenga un juez permanente en el TEDH y, dedicado en exclusividad, no puede tratarse de un juez que ejerza sus funciones además en el sistema jurisdiccional de la Unión. Dicho juez, que tendrá idéntico estatus y deberes al resto de jueces de los demás Estados parte en el CEDH, será elegido de una lista presentada por la Unión Europea por mayoría de votos en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa donde participará una delegación de la Unión. La Unión tendrá un juez permanente en el sistema del TEDH, y no un juez que interviniera únicamente en aquellos asuntos en los que estuviera involucrada la

⁶⁶ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit. *supra*. Sobre este importante asunto, MORGADES GIL, S., «TEDH - Sentencia de 21.01.2011 (Gran Sala), *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, 30696/09 - Artículos 3 y 13 CEDH - Prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes - Reglamento (CE) n.º 343/2003 de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (Dublín II) - El funcionamiento efectivo de la política europea de asilo ante la garantía del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del CEDH», *RDCE*, n.º 41, 2012, pp. 183-204.

⁶⁷ Véanse las Conclusiones de la Abogada General Trstenjak, presentadas el 22 de septiembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C-411/10 (pendiente de publicación), Rec. 2011; así como la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department y M. E. y otros c. Refugee Applications Commissioner*, asuntos acumulados C-411/10 y 493/10 (pendiente de publicación), Rec. 2011. Un comentario en GARCÍA ANDRADE, P., «La responsabilidad de examinar una solicitud de asilo en la UE y el respeto a los derechos fundamentales: comentario a la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos N. S. y M. E. y otros», *RGDE*, n.º 27, 2012.

aplicación del Derecho de la Unión. Queda por decidir a nivel interno de la Unión cuál será el procedimiento para designar a los componentes de la terna de candidatos a juez; el Parlamento Europeo ya ha manifestado su deseo de tener un papel similar en su designación al que ostenta de acuerdo con el artículo 255 TFUE respecto de los candidatos a ejercer funciones de juez en el TJUE. Se ha advertido del riesgo de que un Estado miembro cuente con dos representantes de su nacionalidad en la formación del TEDH debido a que probablemente el juez elegido en representación de la Unión Europea ostente la nacionalidad de uno de sus Estados miembros. En tal supuesto deberían arbitrarse los mecanismos procesales que impidan que en la formación del Tribunal puedan aparecer dos jueces que ostenten la nacionalidad del Estado parte demandado⁶⁸.

El Proyecto de acuerdo de adhesión establece que la Unión Europea participará en el Comité de Ministros para desempeñar aquellas funciones que le son propias en relación con el CEDH: principalmente la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH, los arreglos amistosos y la solicitud de dictámenes consultivos. En la Parte Tercera de este trabajo se examinan las cautelas introducidas en el Proyecto de acuerdo de adhesión para evitar que la Unión Europea y sus Estados miembros puedan neutralizar las funciones del Comité de Ministros.

Como el Parlamento Europeo constata, la adhesión de la UE no resuelve el mayor problema que amenaza al sistema de demandas individuales del TEDH: el elevadísimo número de asuntos pendientes ante el TEDH y el crecimiento de las demandas individuales. Sin embargo, el mayor rigor introducido para la admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo n.º 14 al CEDH el 1 de junio de 2010, puede ayudar a frenar y corregir esta tendencia que amenaza la sostenibilidad del sistema⁶⁹. En cualquier caso, no parece que la adhesión de la Unión pueda resultar nociva desde este punto de vista.

⁶⁸ «*Since the EU judge will most probably have the nationality of an EU Member State that fortunate Member State will have two of its nationals represented on the ECtHR. This may lead the Strasbourg Court to revise its internal procedures in order to avoid a situation where two judges of the same nationality sit on the same case brought against the High Contracting Party in respect of which these judges have been elected*», véase, GROUSSOT, X., LOCK, T. y PECH, L., «EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011», *European issues, Fondation Robert Schuman, Policy Paper*, n.º 218, 2011, p. 8.

⁶⁹ De los cuatro Estados que aglutinan un 54 por 100 de los asuntos pendientes ante el TEDH (Rusia, Turquía, Italia y Ucrania) sólo uno de ellos es miembro de la Unión Europea. Los datos sobre el rendimiento del TEDH en 2012 apuntan una disminución progresiva del número de asuntos pendientes (en torno a 128.000) como consecuencia del aumento de la capacidad de detección y filtrado de demandas manifiestamente inadmisibles, véase *Bulletin Quotidien Agence Europe* de 26 de enero de 2013, punto 30.

3. EL AGOTAMIENTO PREVIO DE LOS RECURSOS INTERNOS Y LA NECESIDAD DE PRONUNCIAMIENTO PREVIO DEL TJUE EN CUESTIONES QUE AFECTAN AL DERECHO DE LA UNIÓN

De conformidad con la idea de subsidiariedad⁷⁰, el TEDH sólo podrá conocer de aquellas demandas que sean presentadas una vez el sistema interno de recursos del Derecho de la Unión haya sido agotado. Obviamente, en aquellos casos en que la demanda de un individuo se dirige directamente contra un acto de las instituciones europeas el pronunciamiento previo del Tribunal General de la Unión Europea y del TJUE —en casación— será necesario para que la demanda sea admisible por el TEDH. Los problemas aparecen, como los presidentes de ambos tribunales Costa y Skouris señalaron en enero de 2011, en aquellos casos en que el Derecho de la Unión no admite acción directa ante las jurisdicciones comunitarias: cuando la posible violación de un derecho garantizado en el CEDH aparece en un acto de aplicación o de implementación del Derecho de la Unión realizado por un Estado miembro⁷¹. En este caso de acciones indirectas, existe el riesgo de que una demanda llegue al TEDH sin que la última instancia jurisdiccional del sistema de la Unión —el TJUE— haya tenido la oportunidad de pronunciarse de forma previa, ello es debido al carácter básicamente facultativo del planteamiento de una cuestión prejudicial para los órganos judiciales nacionales que sólo en última instancia están obligados a formularla: pudiendo éstos en esta fase incluso eludir tal obligación mediante el recurso y abuso de la doctrina

⁷⁰ PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La subsidiariedad, principio estructural del Derecho internacional de los Derechos humanos», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004/2005, pp. 37-50. Cuestión distinta y que ha suscitado preocupación desde el punto de vista de la Unión es si su sistema de legitimación activa para acceder al sistema jurisdiccional de la UE satisface en todos los casos los requisitos del artículo 13 CEDH relativos a la obligación de establecer un sistema de recursos nacionales efectivos frente a las violaciones de los derechos recogidos en el CEDH, en este sentido Pastor Ridruejo expone sus dudas cuando dice «habrá que examinar cuidadosamente si el sistema procesal de la Unión Europea dispone en todos los casos de ese tipo de recursos. De no ser así, esos recursos deberán ser instaurados», véase PASTOR RIDRUEJO, J. A., «La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel-AEPDIRI, Madrid, 2008, pp. 154-155. Por otra parte, la responsabilidad principal en el establecimiento de vías de recurso efectivo en el sentido del artículo 13 CEDH recae en los órganos jurisdiccionales nacionales dentro del sistema jurisdiccional de la Unión Europea. Esta idea se refleja en el nuevo artículo 19 TUE y fue anticipada por el TJUE en la Sentencia de 25 de julio de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, asunto C-50/00 P, Rec. 2002, p. I-6677, apartado 42.

⁷¹ Comunicación conjunta de los presidentes Costa y Skouris, Estrasburgo y Luxemburgo, 24 de enero de 2011. Disponible en: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf

de *l'acte clair* o de la ausencia de duda razonable⁷². Debe tenerse en cuenta que en este tipo de supuestos el TEDH ha considerado que cuando el órgano judicial nacional no formula la petición prejudicial el mecanismo de control de respeto a los derechos fundamentales instaurado en el seno del sistema jurisdiccional de la Unión no goza de la presunción de protección equivalente a la del CEDH, ya que ante la ausencia de pronunciamiento del TJUE dicho mecanismo se ve privado de la posibilidad de desplegar todo su potencial⁷³. En este sentido, el TEDH en su jurisprudencia ha censurado el rechazo de elevar la cuestión prejudicial al TJUE, por parte de un órgano jurisdiccional nacional llamado a pronunciarse en última instancia, cuando es efectuado de forma arbitraria, por ser contrario a la equidad del proceso (art. 6.1 CEDH)⁷⁴.

Esta peculiar situación del ordenamiento de la Unión llevó a Timmermans a plantear la introducción de algún mecanismo que sin necesidad de reformar los Tratados existentes permitiera realizar una consulta con carácter previo al control externo llevado a cabo por el TEDH para permitir al TJUE realizar un control interno en aquellos casos en que la jurisdicción nacional

⁷² El propio TEDH, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2011, *Ullens de Schooten y Rezabek c. Bélgica*, Recursos n.º 3989/07 y n.º 38353/07, ha constatado que el artículo 6.1 CEDH no consagra un derecho al planteamiento de la cuestión prejudicial por los órganos jurisdiccionales nacionales cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso. Éstos pueden recurrir a los supuestos previstos en la jurisprudencia *Cilfit* para eludir tal obligación (es decir, cuando estimen que la cuestión no es pertinente, la disposición de Derecho de la Unión haya sido objeto de interpretación previa por el TJUE, o bien cuando la aplicación de la disposición controvertida de Derecho de la Unión no dé lugar a duda razonable alguna, véase la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1982, *Cilfit*, asunto C-283/81, Rec. 1982, p. 3415). El TEDH se hace eco de esta importante jurisprudencia del TJUE y la reafirma en este asunto extendiendo a los órganos jurisdiccionales en última instancia el deber de motivar cuando consideren que la petición prejudicial no es pertinente (véanse los apartados 56-60). Por otra parte, el TJUE se ha opuesto recientemente a una normativa nacional que configure el incidente de constitucionalidad con un carácter prioritario en la medida en que tenga por efecto limitar el ejercicio de la facultad o de la obligación del resto de órganos jurisdiccionales de elevar la cuestión prejudicial al TJUE con arreglo al artículo 267 TFUE, véase la Sentencia de 22 de junio de 2010, *Melki*, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, Rec. 2010, p. I-5667, apartado 55.

⁷³ Véase la Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia*, n.º 12323/11, apartados 105-116.

⁷⁴ Sentencia del TEDH de 22 de junio de 2000, *Coëme et autres c. Belgique*, Recursos n.ºs 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, apartado 114. Debe recordarse que de modo similar, en su Sentencia 58/2004, de 19 de abril, el Tribunal Constitucional español estimó un recurso de amparo debido a la decisión del Tribunal de la instancia de inaplicar el Derecho interno por supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario. El Tribunal Constitucional consideró que dicha decisión, sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial, suponía desconocer las garantías que integran el contenido del derecho fundamental a un proceso debido. Sobre este particular, MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional del Derecho Comunitario. (A propósito de la STC 58/2004, de 19 de abril, asunto tasa fiscal sobre el juego)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, n.º 72, 2004, pp. 315-346.

en última instancia no hubiese accedido a realizar la remisión prejudicial⁷⁵. Timmermans descartaba la introducción de un mecanismo formal que otorgara al TEDH la posibilidad de realizar una remisión prejudicial al TJUE en aquellos casos donde la conformidad del Derecho de la Unión con el CEDH estuviese en entredicho, puesto que tal mecanismo podría llevar a una colisión directa entre jurisdicciones al no quedar obligado el TEDH por la opinión del TJUE. El Proyecto de acuerdo de adhesión se ha decantado por introducir una opción acorde con las visiones de Timmermans, Costa y Skouris: precisamente, teniendo en cuenta que las partes en un litigio pueden sugerir únicamente la cuestión prejudicial, no es ésta considerada como uno de los recursos previos que necesitan agotar a los efectos del artículo 35 CEDH, y por tanto se prevé que en aquellos asuntos donde la Unión interviene como codemandada, el TJUE tenga la oportunidad de pronunciarse con carácter previo al TEDH sobre la conformidad con el CEDH de la provisión de Derecho de la Unión de que se trate. Este procedimiento interno de carácter informal y flexible deberá ser puesto en marcha por la Unión, garantizando que puedan formular sus observaciones ante el TJUE las partes en el litigio principal. En ningún caso vinculará al TEDH la opinión vertida por el TJUE aunque el primero se comprometería a tenerla en cuenta. Este mecanismo deberá sustanciarse en un corto período de tiempo para evitar dilaciones innecesarias en el procedimiento ante el TEDH (seis a ocho meses)⁷⁶. El principal escollo jurídico radica en cómo atribuir una nueva función al TJUE sin necesidad de modificar el Derecho originario⁷⁷ y sin contravenir la disposición del propio artículo 6.2 TUE que recuerda que la adhesión no modificará las competencias de la Unión tal y como resultan de los tratados. Finalmente, se ha dicho que este mecanismo para permitir el pronunciamiento previo del TJUE no es realmente necesario para preservar la autonomía del ordenamiento de la

⁷⁵ TIMMERMANS, C., *The Court of Justice of the EU, a Human Rights Court?*, Annual Lecture King's College, Londres, 6 de mayo de 2010.

⁷⁶ La base jurídica del mecanismo podría hallarse en el desarrollo reglamentario tanto del procedimiento acelerado, así como del procedimiento de urgencia (para la tramitación de peticiones prejudiciales relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia) que han sido previstos en el artículo 23 bis del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *DOUE* Serie C 83/210, de 30 de marzo de 2010. De este modo se evitaría tener que reformar el Derecho originario.

⁷⁷ Según Martín y Pérez de Nanclares, sería posible regular esta cuestión en el propio acuerdo de adhesión ya que el TJUE ha admitido la posibilidad de que en un acuerdo internacional concluido por la Unión se otorguen nuevas competencias al TJUE, véase el Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, cit. *supra*. En este sentido MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Viejos y nuevos problemas en el espacio europeo de los derechos humanos: reflexiones a propósito de la necesaria cooperación judicial efectiva entre el TJUE y el TEDH», *op. cit.*, p. 803.

Unión⁷⁸: no debe olvidarse que los órganos jurisdiccionales nacionales son órganos del sistema jurisdiccional de la Unión encargados de la aplicación ordinaria del Derecho de la Unión —incluyendo a nuestro Tribunal Constitucional—⁷⁹; y no debe desdeñarse que aunque el TJUE no se haya pronunciado con carácter previo, los órganos judiciales nacionales lo habrán hecho necesariamente como requisito para el agotamiento de los recursos internos. Los detalles de este mecanismo están por perfilar puesto que el Proyecto de acuerdo de adhesión guarda silencio acerca de si el mismo se activaría o no previa notificación e invitación del TEDH: lo lógico sería que el TEDH en el mismo momento en que notifica a la Unión —sobre la existencia de un asunto en que se plantea si el acto de aplicación por parte de un Estado miembro del Derecho de la Unión es compatible o no con el CEDH— para que pueda personarse como codemandada, invite al TJUE también a pronunciarse para poner en marcha este mecanismo de *revisión interna*. En cualquier caso, este pronunciamiento previo del TJUE podría aprovecharse para que éste arrojase luz sobre el reparto de competencias y responsabilidades entre Unión y Estados miembros en el asunto concreto.

⁷⁸ LOCK, T., «Walking on a tightrope: The draft ECHR accession agreement and the autonomy of the EU legal order», *loc. cit.*

⁷⁹ En el caso del ordenamiento jurídico español, en aquellos asuntos relativos a derechos fundamentales recogidos en el CEDH susceptibles de amparo constitucional —como es el caso de la tutela judicial efectiva— el agotamiento previo de los recursos internos debe necesariamente incluir al Tribunal Constitucional, que recientemente ha admitido su condición de órgano encargado de la aplicación ordinaria del Derecho de la Unión al elevar una cuestión prejudicial al TJUE sobre la entrega de los detenidos juzgados en rebeldía, véanse las Conclusiones del Abogado General Bot presentadas el 2 de octubre de 2012, *Melloni*, asunto C-399/11 (pendiente de publicación), Rec. 2013, así como la Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C-399/11 (pendiente de publicación), Rec. 2013.

CAPÍTULO II

LA CONCLUSIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR LA UNIÓN EUROPEA

I. ANTECEDENTES E IDEAS PREVIAS

La adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹ (CDPD en adelante) supone un importante paso en la llamada «*pluralización de los derechos humanos*» como tendencia hacia la creciente atención que el Derecho internacional de los Derechos humanos presta a las necesidades de grupos o categorías humanas específicas: ésta sigue la línea iniciada entre otros para la eliminación de la discriminación racial y la discriminación contra la mujer, la protección de los derechos del niño, los derechos de los trabajadores migratorios y los derechos de los pueblos indígenas².

En los tratados internacionales destinados a la protección de derechos humanos se manifiesta una ausencia de mención explícita a los derechos de las personas con discapacidad —tan sólo el Convenio sobre los derechos del Niño se refiere al niño «*mental o físicamente impedido*» en su artículo 23³— que ocasiona una incompleta realización de sus derechos al estar basado el paradigma de los tratados de derechos humanos «*en la norma de la persona sin discapacidad*»⁴.

En la aparición de un régimen internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad ha tenido gran influencia el denominado enfoque

¹ Adoptada por unanimidad junto con su Protocolo Facultativo mediante Resolución de la AGNU 61/611, el 13 de diciembre de 2006, A/RES/61/611.

² MÉGRET, F., «The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?», *Human Rights Quarterly*, n.º 30, 2008, p. 495.

³ KAYNESS, R. y FRENCH, P., «Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities», *Human Rights Law Review*, vol. 8, n.º 1, 2008, pp. 12-13. Véase también, BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 102.

⁴ KAYNESS, R. y FRENCH, P., «Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities», *loc. cit.*, p. 14.

social hacia la discapacidad cuyo origen se ubica en el activismo por los derechos de las personas con discapacidad en Reino Unido durante los años sesenta⁵. En el histórico modelo *médico* las personas con discapacidad quedaban relegadas a ser objeto de la caridad y de un tratamiento paternalista, de modo que el énfasis recaía en la aflicción generada por su particular condición de impedimento, así como en tratar de cambiar a estas personas para adecuarlas a la norma social y sus estructuras⁶. El modelo *social*, tendente al logro de la igualdad sustantiva, sostiene que las desventajas que reducen la calidad de vida de las personas con discapacidad derivan no de su diferente condición física, mental o emocional —es decir, no son intrínsecas al ser humano—, sino que son evitables consecuencias derivadas de su percepción social y de patrones discriminatorios que tienden a perpetuar tanto las instituciones como las estructuras de la sociedad.

Los primeros desarrollos relativos a la discapacidad en Derecho internacional de los Derechos humanos tuvieron lugar en los dominios del *soft law*⁷ y reflejaban aún el enfoque *médico* hacia la discapacidad. Las instituciones europeas se hicieron eco y comenzaron a aumentar progresivamente su interés por la situación de las personas con discapacidad a través de la política social⁸.

El vuelco hacia el enfoque *social* tiene lugar con el establecimiento del Programa de Acción Mundial para los Impedidos en 1982⁹. En la década de los noventa¹⁰, encontramos dos textos internacionales de diversa índole que

⁵ Según De Búrca, el origen de esta concepción se sitúa en Estados Unidos en movimientos por los derechos civiles, expandiéndose hasta el Reino Unido donde fue ampliamente aceptada durante los años setenta y ochenta. La legislación *American with Disabilities Act* de 1990 fue un gran exponente de este enfoque en Estados Unidos, véase DE BÚRCA, G., «The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention», *European Law Review*, vol. 35, n.º 2, 2010, pp. 183-184.

⁶ KAYNESS, R. y FRENCH, P., «Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities», *loc. cit.*, pp. 5-7.

⁷ Resolución de la AGNU 2856 (XXVI), *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, de 20 de diciembre de 1971, A/RES/2856 (XXVI); y Resolución de la AGNU 3447 (XXX), *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, de 9 de diciembre de 1975, A/RES/3447 (XXX).

⁸ BIEL PORTERO, I., «El primer Tratado de Derechos Humanos celebrado por la Unión Europea: La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *RGDE*, n.º 21, 2010, p. 3.

⁹ Resolución de la AGNU 37/52, de 3 de diciembre de 1982, A/RES/37/52.

¹⁰ Indicativo del creciente interés por la discapacidad y de su consideración como un asunto de derechos humanos es el informe final preparado en 1993 por el Sr. Leandro Despouy, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Los derechos humanos y las personas con discapacidad* (E/CN.4/Sub.2/1991/31), publicación de las Naciones Unidas, número de venta: S.92.XIV.4. En este informe se proponía la creación de un *ombudsman* internacional.

van a ser fundamentales para inspirar la acción de las instituciones comunitarias europeas en pro de los derechos de las personas con discapacidad: se trata de la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993¹¹ y de las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad del mismo año¹². La reacción consistió en la adopción en julio de 1996 por parte de la Comisión Europea de la Comunicación sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía¹³, así como en diciembre del mismo año en la adopción de una Resolución por parte del Consejo sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía¹⁴. En 1997 el Tratado de Ámsterdam introdujo en el artículo 13 TCE el poder para que las instituciones pudieran combatir la discriminación por una serie de motivos que incluían por primera vez en el Derecho originario la discapacidad; ésta fue la base jurídica para la adopción en 2000 de una Directiva dirigida a combatir la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, entre otros motivos por razón de discapacidad¹⁵.

En la introducción de la diferenciación entre «*discriminación directa*» y «*discriminación indirecta*» que efectúa la Directiva 2000/78/CE resulta claro el influjo del Derecho internacional de los Derechos humanos: en particular, de la Observación General n.º 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales cuando habla de discriminación *de jure* o *de*

¹¹ «*Es menester prestar especial atención a la no discriminación y al disfrute, en igualdad de condiciones, por parte de los discapacitados de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluida su participación activa en todos los aspectos de la sociedad*», apartado 22, la Declaración y el Programa de Acción de Viena fueron aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

¹² Resolución de la AGNU 48/96, de 20 de diciembre de 1993, A/RES/48/96.

¹³ Comunicación de la Comisión sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía de 30 de julio de 1996, COM (96) 406 final. Nótese que el término *Minusvalía* es el resultante de la traducción, en la versión inglesa se habla de *Persons with Disabilities*. Asimismo las Normas Uniformes de Naciones Unidas hablan de *persons con discapacidad*. En este documento puede apreciarse que el Consejo había adoptado diversas recomendaciones con anterioridad para promover la igualdad de oportunidades en el empleo y la formación profesional de personas con discapacidad, y la integración de niños con discapacidad en la enseñanza. Asimismo, existieron diversos programas (HELIOS) de cooperación entre Estados miembros y el Fondo Social Europeo también había contribuido a la promoción de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Véase la Decisión del Consejo 93/136/CEE, de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las personas minusválidas (HELIOS II 1993-1996), *DOUE* Serie L 56/30, de 9 de marzo de 1993.

¹⁴ Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías, *DOUE* Serie C 12/1, de 13 de enero de 1997.

¹⁵ 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, *DOUE* Serie L 303/16, de 2 de diciembre de 2000.

facto, de discriminación directa y de formas más «*sutiles*» de discriminación¹⁶. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece una obligación general de eliminar la discriminación por razón de discapacidad, remarca las especiales dificultades que hallan las personas con discapacidad en la realización de sus derechos y explicita un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales¹⁷. Mientras que el Comité de Derechos Humanos, sin referirse explícitamente a la aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos a las personas con discapacidad, se posicionó en su Observación General n.º 18 a favor de la igualdad sustantiva exigiendo a los Estados Parte la adopción de «*disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación*»¹⁸.

Por su parte, dentro del derecho propiamente europeo de los derechos fundamentales, en diciembre del año 2000, puede verse reflejada la influencia en las instituciones comunitarias de toda esta actividad y debate en el plano internacional al ser solemnemente proclamada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁹ donde se reitera en su artículo 21 la prohibición de discriminación por razón de discapacidad y se introduce el derecho a la integración social y profesional de las personas discapacitadas en su artículo 26. De este modo la Carta corrige la tradicional omisión a los derechos de las personas con discapacidad en los tratados internacionales de derechos humanos²⁰. Pese a ser la Carta un instrumento de *soft law* hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, sí que influyó en el compromiso de las instituciones europeas con el modelo *social* de discapacidad que terminó de fraguarse en el Plan de Acción Europeo para las personas con discapacidad²¹ y

¹⁶ Observación General n.º 5, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Las Personas con Discapacidad*, 11.º Período de Sesiones, 1994, HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 29-39, apartado 15.

¹⁷ *Ibid.*

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

¹⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *DOUE* Serie C 83/389, de 30 de marzo de 2010.

²⁰ Ahora bien, como afirma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Las Personas con Discapacidad*, cit. *supra*, apartado 6, otros instrumentos regionales de derechos humanos habían recogido estos derechos con anterioridad: «... *la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (párrafo 4 del art. 18)*; y *el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (art. 18)*...».

²¹ Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, COM (2003) 650 final, 4. Véase WADDINGTON, L., «A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications of the United Nations' Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community», *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, n.º 4, 2007, p. 10.

supuso la integración de la dimensión de discapacidad en las políticas comunitarias²².

Naciones Unidas estima que aproximadamente un 10 por 100 de la población mundial está afectada de algún tipo de discapacidad²³, presumiendo que haya una relación directamente proporcional entre la edad media de una población y el número de personas con discapacidad se comprende que ésta no es una cuestión baladí para los Estados desarrollados²⁴ ni tampoco para los Estados miembros de la Unión Europea. ¿De dónde surgió la necesidad de un instrumento jurídico vinculante? A lo largo del tiempo se puso de manifiesto la insuficiencia de los tratados de derechos humanos con ambiciones de abarcar a todo el género humano para lograr la plena realización de los derechos que las personas con discapacidad tenían en ellos reconocidos²⁵. Por tanto, un instrumento jurídico internacional vinculante dirigido a combatir en origen los problemas estructurales que generan discriminación buscando la plena y efectiva inclusión y participación de las personas con discapacidad se presentaba como ineludible²⁶. Ello explica que en diciembre de 2001 la Asamblea General decidiera abrir el proceso para el diseño de una propuesta de Convención amplia para proteger los derechos de las personas con discapacidad siguiendo la iniciativa presentada por la delegación mexicana²⁷. Para ello la misma Resolución estableció un Comité Especial abierto a la participación de cualquier Estado miembro u observador de Naciones Unidas interesado²⁸. En esta situación la Comisión Europea manifestó su intención de que la entonces Comunidad Europea²⁹ participara en la nego-

²² Debe señalarse que con anterioridad la Comisión ya había comunicado su intención de que la Comunidad Europea participase activamente en la consecución de un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante para tutelar de forma adecuada los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad: véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 24 de enero de 2003, COM (2003) 16 final.

²³ Véase la DISTAT, la base de datos de estadísticas de Naciones Unidas sobre discapacidad, disponible en <http://unstats.un.org/UNSD/Demographic/sconcerns/disability/disab2.asp>

²⁴ Observación General n.º 5, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cit. *supra*, apartado 1.

²⁵ MÉGRET, F., «The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?», *loc. cit.*, pp. 497 y 500.

²⁶ *Ibid.*, pp. 508-510.

²⁷ Resolución de la AGNU 56/168, de 19 de diciembre de 2001, *Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*, A/RES/56/168.

²⁸ *Ibid.*, punto 1.

²⁹ La Comunidad Europea fue quien negoció y firmó la CDPD, pero con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la Unión Europea sucedió a la Comunidad Europea en todos sus derechos y obligaciones, y fue ésta quien depositó el instrumento de confirmación oficial de

ciación e impulsó a la Convención como forma de dar contenido a los preceptos de su reciente Carta de Derechos Fundamentales y como estímulo y complemento a la actividad de sus Estados miembros y candidatos a la adhesión.

II. LA COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA NEGOCIACIÓN Y MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN OBLIGARSE EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En este punto cabe comenzar recordando el célebre Dictamen 2/94 del TJUE³⁰ relativo a la posible adhesión de la entonces Comunidad Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde el Tribunal señaló que ninguna norma del Derecho originario otorgaba, *con carácter general*, a las instituciones europeas la facultad de celebrar convenios internacionales en materia de derechos humanos³¹. Igualmente el Tribunal denegó tanto la posibilidad de que el CEDH pudiera celebrarse a través de competencias implícitas³² como de que pudiera concluirse a través del uso de la cláusula de imprevisión competencial prevista hoy en el artículo 352 TFUE debido a que la *envergadura constitucional* de la adhesión implicaba que ésta únicamente podría ser llevada a cabo mediante la modificación del Derecho originario³³. Pese a que el Tribunal no se posicionó a favor del reconocimiento de una competencia externa amplia de la Unión en el área de los derechos humanos, su razonamiento no permite extraer conclusiones definitivas que cierren la puerta a la futura celebración de acuerdos internacionales de derechos humanos³⁴.

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

la Convención tras el reconocimiento de su personalidad jurídica internacional en el artículo 47 TUE. Con anterioridad al Tratado de Lisboa la personalidad jurídica se atribuía a la Comunidad Europea (antiguo art. 281 TCE). En lo sucesivo entiéndase que bajo las menciones y referencias a la Unión Europea se incluye a la antigua Comunidad Europea.

³⁰ Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, cit. *supra*.

³¹ *Ibid.*, apartado 27.

³² *Ibid.*, apartado 28.

³³ *Ibid.*, apartado 35.

³⁴ ECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2011, p. 100.

Por lo tanto, la competencia de la Unión Europea para participar en la negociación y celebración de la CDPD debe buscarse mediante la *doctrina de las competencias implícitas y del paralelismo entre las competencias internas y externas*³⁵ en el marco de las competencias internas atribuidas a la Unión en el ámbito de la lucha contra la discriminación (art. 13 TCE). Dichas competencias ya habían sido ejercidas en el plano interno al adoptarse la Directiva 2000/78 del Consejo³⁶ en el momento en que la Comisión anunció su intención de que la Unión participara impulsando activamente el desarrollo de un texto jurídico internacional para garantizar el ejercicio efectivo y real de los derechos de las personas con discapacidad³⁷. Parece clara la aplicación aquí de la jurisprudencia *AETR* para otorgar a la Unión la autoridad de participar en la negociación y manifestación del consentimiento en obligarse en virtud de la Convención para evitar que los Estados miembros pudieran, actuando al margen de las instituciones comunitarias, contraer compromisos internacionales que hicieran peligrar la consecución de los fines del Tratado al alterar o afectar el alcance de las reglas comunes fijadas en materia de no discriminación³⁸. Como señala Louis, pervive del Dictamen 2/91³⁹ que no haya lugar a requerir que las reglas comunitarias hayan cubierto la totalidad del dominio material sobre el que recaen para que la jurisprudencia *AETR* despliegue sus efectos⁴⁰. Con arreglo a esta jurisprudencia los Estados miembros no tienen autoridad para entrar en compromisos internacionales que *afecten* o *alteren* el alcance de las reglas comunes; pero ello no

³⁵ Véase PÉREZ BERNÁRDEZ, C., *Las Relaciones de la Unión Europea con Organizaciones Internacionales: Análisis Jurídico de la Práctica Institucional*, Madrid, 2003, pp. 166-194.

³⁶ Directiva 2000/78/CE del Consejo, cit. *supra*.

³⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, cit. *supra*, pp. 5 y 9.

³⁸ Sentencia de 31 de marzo de 1971, *Comisión c. Consejo*, asunto 22/70, Rec. 1971, p. 263, apartados 17-18 y 22. La doctrina de las competencias implícitas es una vieja conocida del Derecho internacional general, que la CIJ formuló en su Opinión Consultiva de 11 de abril de 1949, *Reparación de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, Rec. 1949, p. 182: «*Selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont, par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci*».

³⁹ Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, Rec. 1993, p. I-01061. Véase sobre el mismo, OLESTI RAYO, A., «La competencia comunitaria para concluir convenios en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (Comentario al dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, n.º 3, 1993, pp. 945-971.

⁴⁰ LOUIS, J.-V., «Parallélisme des compétences et compétences explicites», en FRANCK, C. y DUCHENNE, G. (dirs.), *L'action extérieure de l'Union européenne, Rôle global, dimensions matérielles, aspects juridiques, valeurs*, Bruylant-Academia, 2005, p. 262.

quiere decir necesariamente que el carácter exclusivo de la competencia comunitaria prive a los Estados miembros de su capacidad para negociar y concluir el acuerdo internacional⁴¹, en este caso la CDPD.

En el plano internacional la posible participación de la entonces Comunidad Europea en la futura Convención había quedado abierta con las recomendaciones que el Comité Especial tras su primera reunión dirigió a la Asamblea General en las que se invitaba a las organizaciones intergubernamentales a transmitir sus sugerencias a la Asamblea con vistas a la preparación del nuevo texto jurídico vinculante⁴².

La Comisión solicitó al Consejo la autorización para participar en nombre de la Comunidad Europea en las negociaciones conducentes a la elaboración de la CDPD poniendo especial cautela en las directrices de negociación propuestas al Consejo en que el texto jurídicamente vinculante resultante de las negociaciones fuera compatible con la legislación comunitaria y en especial con la Directiva 2000/78 del Consejo⁴³. El Consejo en su Decisión de 24 de mayo de 2004 autorizó a la Comisión a participar en la negociación en nombre de la Comunidad aprobando las directrices de negociación propuestas⁴⁴. Una vez fueron adoptados los textos de la Convención y de su Protocolo Facultativo el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General, la Comisión propuso al Consejo que su Presidente designara a la persona facultada para firmar —a reserva de la manifestación del consentimiento en un momento posterior— en nombre de la Comunidad tanto la Convención como su Protocolo Facultativo; para ello en este caso la Comisión invocaba no sólo el artículo 13 TCE, sino también el artículo 95 TCE relativo al establecimiento y funcionamiento del mercado interior, así como el artículo 300.2 TCE que señala que el Consejo debía decidir por unanimidad sobre la firma y la celebración del Convenio⁴⁵.

⁴¹ KOUTRAKOS, P., *EU International Relations Law*, Hart Publishing, 2006, p. 88.

⁴² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, cit. *supra*, p. 4.

⁴³ De igual modo entre las directrices de negociación propuestas se encontraba el asegurar que el proyecto de texto resultante de la negociación contuviera las disposiciones que permitieran a la Comunidad convertirse en parte contratante del mismo, véase la Recomendación de la Comisión al Consejo para que se autorice a la Comisión a participar en las negociaciones dirigidas a la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 31 de enero de 2003, SEC (2003) 116 final, p. 6.

⁴⁴ Esta decisión del Consejo se basa en la anterior Recomendación de la Comisión y no es un documento públicamente disponible según WADDINGTON, L., «A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications of the United Nations' Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community», *loc. cit.*, p. 8.

⁴⁵ Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con

En agosto de 2008 la Comisión presentó al Consejo sendas propuestas para la celebración por la Comunidad de la Convención y de su Protocolo Facultativo, en ellas se hacía referencia a nuevas bases jurídicas susceptibles de otorgar la competencia externa a la Comunidad: relativas a la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, el establecimiento del arancel aduanero común, formación y condiciones de acceso a las profesiones (establecimiento), libre circulación de servicios, transportes⁴⁶, ayudas otorgadas por los Estados, impuestos indirectos, mercado interior y estadísticas⁴⁷. En cualquier caso la Comisión señaló que tanto la Convención como su Protocolo Facultativo afectan a competencias que pertenecen tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros de modo que en conformidad con el principio de subsidiariedad la Comisión propuso que la Comunidad y sus Estados miembros se adhirieran conjuntamente tanto a la Convención como a su Protocolo Facultativo⁴⁸.

La existencia de la competencia de la Unión para concluir la CDPD y su Protocolo Facultativo resulta por tanto innegable con independencia de que las competencias internas hayan sido o no objeto de ejercicio previo⁴⁹ tal y como se deriva de la opinión del TJUE en su Dictamen 1/76⁵⁰ confirmada en

Discapacidad y su Protocolo Facultativo, de 27 de febrero de 2007, COM (2007) 77 final, p. 3. Véase también la Decisión del Consejo de 27 de marzo de 2007 (ST7404/07). En ella el Consejo únicamente aceptó que la Comunidad firmara la Convención, no así su Protocolo Facultativo, cuya firma también había sido prevista en la Propuesta de la Comisión.

⁴⁶ En este ámbito la Comunidad había adoptado el Reglamento 1107/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, *DOUE* Serie L 204/1, de 26 de julio de 2006. Sobre el mismo, BIEL PORTERO, I., «Los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida en el transporte aéreo. Comentario al Reglamento (CE) n.º 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006», *RGDE*, n.º 13, 2007.

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

⁴⁸ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁹ TRIDIMAS, T. y EECKHOUT, P., «The external competence of the Community and case-law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism», *Yearbook of European Law*, n.º 14, 1994, pp. 151-152.

⁵⁰ Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, Rec. 1977, p. 741, apartados 3 y 4.

*Kramer*⁵¹. Resulta obvia la competencia implícita externa de la Unión en las materias donde la competencia interna se ha ejercido (es el caso de la Directiva 2000/78), pero aún en el caso de aquellas competencias internas que no se hubieran ejercido la competencia externa de la Unión Europea puede existir⁵².

Finalmente, el Consejo únicamente autorizó a que la Comunidad celebrara la CDPD pero no su Protocolo Facultativo⁵³ tras haber consultado al Parlamento Europeo⁵⁴ y en esta ocasión únicamente invocó como bases jurídicas que otorgaran competencia a la Comunidad los artículos 13 TCE y 95 TCE⁵⁵ (al margen del art. 300 en sus apartados 2 y 3 relativos al procedimiento). En este caso el artículo 13 TCE en la medida en que confiere una competencia que ha sido ejercida por la Comunidad a nivel interno es suficiente para otorgar la competencia externa a la Comunidad⁵⁶; por tanto, la Comunidad es competente para negociar y celebrar la CDPD aun cuando la invocación del artículo 95 TCE pueda resultar dudosa a la luz de la decisión que el Tribunal de Justicia alcanzó en el caso relativo a la celebración del *Acuerdo PNR — Passenger Name Record*— con Estados Unidos⁵⁷: en ella el Tribunal denegó la posibilidad de que el acuerdo pudiera adoptar como base jurídica el artículo 95 TCE, de forma consistente con la opinión del Abogado General Léger quien cuestionó que dicho acuerdo internacional fuera adecuado para satisfacer los objetivos del establecimiento y funcionamiento del mercado inte-

⁵¹ Sentencia de 14 de julio de 1976, *Kramer*, asuntos acumulados 3/76, 4/76 y 6/76, Rec. 1976, p. 1279.

⁵² «Thus, the Court seems to require that in order for an implied external competence to exist, in the absence of any prior exercise of internal competence, there must be an inextricable link between the exercise of this external competence and the attainment of a Community objective; a link that makes the prior establishment of autonomous internal rules practically impossible or meaningless», HOLDGAARD, R., *External Relations Law of the European Community. Legal Reasoning and Legal Discourses*, Kluwer Law International, 2008, p. 65.

⁵³ Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, *DOUE* Serie L 23/35, de 27 de enero de 2010.

⁵⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2009, sobre la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, P6_TA(2009)0334. El Parlamento pidió a la Comunidad y a sus Estados miembros que *ratificaran* e implementaran tanto la Convención como su Protocolo Facultativo.

⁵⁵ Actualmente artículos 19 y 114 TFUE.

⁵⁶ En el Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, cit. *supra*, apartados 9-11, el TJUE dejó claro que la atribución de competencia con carácter exclusivo a la Unión una vez se han adoptado reglas comunes no se limita a aquellos supuestos en que la competencia interna se ha ejercido dentro del marco de una Política Común, sino que se extiende a cualquier tipo de norma.

⁵⁷ Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-317/04 y 318/04, Rec. 2006, p. I-4721.

rior⁵⁸. De todos modos, como Cremona señala en la determinación de la base jurídica es apropiado no sólo tener en cuenta los objetivos del acuerdo, sino también sus efectos, esto es: si los efectos del acuerdo contribuyen a realizar el objetivo del Tratado citado en la base jurídica (en este caso el art. 95 TCE) ello será suficiente para que la base jurídica escogida sea adecuada⁵⁹.

Sin menoscabo de esta apreciación doctrinal, que tiene en cuenta no sólo el objeto y contenido del acuerdo para concluir la adecuación de la base jurídica, sino también en qué medida sus efectos contribuyen al logro de objetivos contenidos en el Derecho originario, no debe soslayarse que forma parte de una jurisprudencia constante del TJUE, iniciada en el célebre asunto *Dió-xido de Titanio*, la exigencia de que la elección de la base jurídica repose sobre elementos objetivos, susceptibles de control jurisdiccional, en especial sobre el contenido y la finalidad del acto⁶⁰. De igual modo constituye jurisprudencia reiterada que cuando un acto jurídico que la Unión pretende celebrar tiene una doble vertiente o persigue una pluralidad de objetivos susceptibles de enmarcarse en más de una base jurídica, si hay uno de ellos que sea el preponderante éste determinará la base jurídica a seguir, mientras que el resto de elementos u objetivos accesorios seguirán la suerte del objetivo principal⁶¹. El TJUE únicamente permite la conclusión de un acuerdo internacional fundado en dos bases jurídicas, cuando no puede establecerse que uno de los ámbitos sobre los que recaen los objetivos o los efectos del mismo sea preferente y otro meramente accesorio, y ambos están ligados de forma indisoluble: ahora bien, la acumulación de bases jurídicas está expresamente vedada cuando existe una incompatibilidad procedimental entre

⁵⁸ Conclusiones del Abogado General Léger, presentadas el 22 de noviembre de 2005, en *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-317/04 y 318/04, Rec. 2005, p. I-4724. Téngase en cuenta que «[...] el Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de una competencia exclusiva de la Comunidad, en particular, cuando la celebración de un acuerdo por los Estados miembros es incompatible con la unidad del mercado común y con la aplicación uniforme del Derecho comunitario [...]», véase el Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, Rec. 2006, p. I-1145, apartado 122.

⁵⁹ CREMONA, M., «External Relations of the EU and the Member States: Competence, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law», *EUI Working Papers, Law* n.º 2006/22, Florencia, 2006, p. 12.

⁶⁰ Sentencia de 11 de junio de 1991, *Comisión c. Consejo*, asunto C-300/89, Rec. 1991, p. I-2867, apartado 10. El TJUE ha recordado que todo acto jurídico debe indicar su base jurídica para permitir su control jurisdiccional así como que la elección de base jurídica reviste naturaleza constitucional por ser consustancial al respeto del principio de competencias de atribución tanto para la acción interior como para la acción internacional de la Unión, véase la Sentencia de 1 de octubre de 2009, *Comisión c. Consejo*, asunto C-370/07, Rec. 2009, p. I-8917.

⁶¹ Sentencia de 10 de enero de 2006, *Comisión c. Parlamento y Consejo (Convención de Rotterdam)*, asunto C-178/03, Rec. 2006, p. I-107, apartado 42.

ellas o cuando su adición menoscaba las prerrogativas del Parlamento Europeo en la adopción del acto interno de aprobación del acuerdo internacional⁶². En el presente caso, dado que ninguno de los Estados miembros ni de las instituciones de la Unión, han cuestionado *a posteriori* el empleo conjunto de los artículos 13 y 95 TCE (actuales arts. 19 y 114 TFUE) para autorizar que la Unión pueda obligarse en relación con la CDPD, cabe entender que todos los requisitos expuestos para la acumulación de bases jurídicas han sido satisfechos.

Ateniéndose a una interpretación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realizada con arreglo a los criterios hermenéuticos que suministra el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁶³, es decir, una interpretación que conjugue los criterios literal, contextual y teleológico, sólo puede alcanzarse la conclusión de que el *centro de gravedad* de este tratado internacional recae sobre la plenitud en el disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad, la prohibición de discriminación debida a este motivo, así como la dignidad, participación y accesibilidad de estas personas en todas las dimensiones de la vida social, profesional, económica, política y cultural. Ahora bien, desde la perspectiva comunitaria y dada la limitada naturaleza de las competencias por atribución que la Unión había recibido en el momento de concluir la CDPD, el énfasis fue puesto en el ineluctable nexo existente entre la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad y la necesaria armonización de normativas de los Estados miembros en aras del perfeccionamiento del mercado interior. No debe olvidarse que el ámbito material de las disposiciones de la CDPD y sus reglas de no discriminación tienen un alcance transversal susceptible de *afectar* a la legislación comunitaria ya adoptada en ámbitos tan variopintos como la homologación de vehículos de motor y sus componentes, la prestación y recepción de los servicios de transporte ferroviario transeuropeo, telecomunicaciones o comunicación electró-

⁶² Véanse *inter alia*, Sentencia de 11 de junio de 1991, *Comisión c. Consejo*, cit. *supra*, apartados 17-21; y la Sentencia de 25 de febrero de 1999, *Parlamento c. Consejo*, asuntos acumulados C-164/97 y C-165/97, Rec. 1999, p. I-1139, apartado 14. Véase, ADAM, S., DEVISSCHER, P. y VAN ELSUWEGE, P., «Chronique de Jurisprudence Communautaire. Les relations extérieures (1er janvier 2006-31 décembre 2008)», *Cahiers de Droit Européen*, n.ºs 3-4, 2009, p. 472.

⁶³ El TJUE recurrió a esta provisión en su calidad de norma consuetudinaria internacional (aunque sin decirlo expresamente) para interpretar las disposiciones del Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología. De este modo llegó a la conclusión de que en este acuerdo internacional los Estados miembros y la Unión Europea compartían su competencia al ser predominante en el acuerdo la dimensión de la protección del medioambiente sobre la dimensión de política comercial común, véase el Dictamen 2/00, de 6 de diciembre de 2001, Rec. 2001, p. I-9713. En esta resolución el TJUE reafirmó su jurisprudencia relativa a la necesidad de elección de una base jurídica objetiva.

nica, o los derechos de las personas con discapacidad en el marco del transporte aéreo⁶⁴. Hasta la fecha de conclusión de la CDPD, la mayoría de medidas adoptadas por la Unión que podían verse afectadas presentan una relación con la actividad de los operadores económicos en cuanto a la accesibilidad o la igualdad en el ámbito de la ocupación y del empleo. También se había legislado de forma incipiente en el ámbito de la vida independiente y la inclusión social, así como en el ámbito de la movilidad personal, el acceso a la información o la producción de datos estadísticos. No obstante, debe tenerse en cuenta que la reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Lisboa permite a la Unión Europea ser más ambiciosa y decidida que hasta la fecha en lo que respecta a la lucha activa contra la exclusión social y la discriminación padecida por las personas con discapacidad, sin estar constreñida únicamente al ámbito del empleo y la ocupación: en este sentido resulta relevante la redacción de los nuevos artículos 3.3 TUE y 10 TFUE. Este último contiene un mandato transversal para que la Unión intente erradicar en la definición y ejecución de todas sus políticas y acciones la discriminación entre otras por razón de discapacidad. En cualquier caso, parece improbable que las instituciones o algún Estado miembro decidan someter a la apreciación del Tribunal de Justicia la legalidad del acto de celebración de la Convención atacando su base jurídica. En tal caso, una vez que la Convención ya ha desplegado plenos efectos en el ordenamiento internacional sólo se derivarían consecuencias para el acto interno de celebración y la delimitación de competencias entre la Unión y sus Estados miembros⁶⁵. Otra cuestión que debe tenerse presente es que la doble base jurídica que la Unión ha empleado para la conclusión de la CDPD no constituye la única opción que tie-

⁶⁴ Véase un listado de toda la legislación comunitaria adoptada en el momento de autorizarse la celebración de la CDPD susceptible de verse afectada por sus respectivas disposiciones en el Apéndice referido a los actos comunitarios relativos a las materias regidas por la CDPD, publicado junto con la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la conclusión de la CDPD, cit. *supra*, DOUE Serie L 23/57, de 27 de enero de 2010. En cualquier caso, este listado está sujeto a la evolución de la legislación comunitaria así como a la previsible ampliación de la competencia externa de la Unión debido al efecto de ocupación del terreno que dicha legislación interna produce.

⁶⁵ La CDPD entró en vigor el 3 de mayo de 2008 de acuerdo con su artículo 45.1 al transcurrir 30 días desde el depósito del vigésimo instrumento de ratificación o adhesión. El control judicial posterior a la entrada en vigor del acuerdo internacional para la Unión (23 de diciembre de 2010) podría suponer la anulación del acto interno de celebración, que en caso de suponer la inaplicabilidad del acuerdo podría desencadenar la responsabilidad internacional de la Unión. En caso de detectarse una incompatibilidad *intrínseca*, podría surgir la responsabilidad internacional a menos que el acuerdo fuera renegociado —algo factible en el caso de acuerdos bilaterales pero no de la CDPD—, véanse, NEFRAMI, E., *L'Action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, LGDJ, Lextenso éditions, París, 2010, p. 169; asimismo DIEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, McGraw-Hill, 1998, pp. 121-122.

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

Puede concluirse que pese a ser la preservación del modelo legislativo interno de la Unión en materia de lucha contra la discriminación, entre otras por razón de discapacidad, el principal motivo que impulsó a la Unión a participar en las negociaciones tendentes a la elaboración de la CDPD, no puede predicarse el carácter exclusivo de su competencia sobre la totalidad de las áreas materiales que la integran de conformidad con la jurisprudencia *AETR*: los Estados miembros no se ven desprovistos de su competencia externa puesto que ni las reglas comunes susceptibles de verse afectadas o alteradas cubren ampliamente el contenido final de la CDPD ni el ámbito sobre el que se sustanciaron las negociaciones, ni la Unión Europea había llevado a cabo una armonización completa en dicha materia⁶⁶. Un argumento suplementario a favor de la existencia de la competencia externa de la Unión para negociar y concluir la CDPD puede hallarse de un modo suficiente en la necesidad de que la Unión asuma obligaciones internacionales para la consecución del objetivo de erradicar la discriminación por razón de discapacidad, objetivo para el cual las instituciones comunitarias ya habían recibido competencias en el ámbito interno cuando se planteó la participación de la Unión en el presente tratado internacional.

III. CONCURRENCIA DE COMPETENCIAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y DE LA UNIÓN EUROPEA: EL CARÁCTER MIXTO DE LA CONVENCIÓN. LA INCORPORACIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE COMPETENCIAS

En el Anexo II de la Decisión del Consejo⁶⁷ se contiene una declaración en conformidad con el artículo 44.1 CDPD en la cual la Comunidad, en tanto que organización regional de integración, explicita su grado de competencia con respecto a las cuestiones regidas por la Convención: entendemos que la declaración no tiene efectos a la hora de determinar la competencia externa de la Comunidad para celebrar la CDPD. Tanto la Unión como los Estados miembros en la medida en que se conviertan en partes de la Convención

⁶⁶ Véanse, el Dictamen del TJUE, 1/94, de 15 de noviembre de 1994, Rec. 1994, p. I-5267, apartado 96; y la Sentencia del TJUE de 5 de noviembre de 2002, *Comisión c. Dinamarca*, asunto C-467/98, Rec. 2002, p. I-9519, apartado 72.

⁶⁷ Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, cit. *supra*.

quedan obligados por la totalidad de la misma, pero la finalidad de esta declaración explícita de competencias es determinar con arreglo a la delimitación interna de competencias Unión-Estados miembros cuáles de las competencias que entran en el ámbito material de la Convención han sido transferidas por los Estados miembros a la Unión, y en consecuencia, a quién corresponde y en qué grado (exclusivo, concurrente, complementario) la implementación de la Convención y la responsabilidad internacional pasiva en caso de infracción de las obligaciones que ésta conlleva⁶⁸. En caso de no haberse precisado con exactitud a quién corresponden las competencias y de no haberse previsto en el artículo 44.1 CDPD que las organizaciones regionales de integración efectuasen tal declaración, la responsabilidad derivada del acuerdo internacional sería concurrente⁶⁹. La declaración señala:

— Como materias de competencia exclusiva, la compatibilidad de las ayudas públicas con el mercado común, y el arancel aduanero común, así como lo relativo a la administración pública de la Comunidad (hoy Unión).

— La competencia compartida en la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, agricultura, transporte por ferrocarril, carretera, y navegación marítima y aérea, fiscalidad, mercado interior, igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, política relativa a las redes transeuropeas y estadísticas.

— Por último se contempla una serie de materias donde la competencia de la Unión es meramente de apoyo o complemento: educación, políticas de empleo, cohesión económica y social, cooperación al desarrollo, formación profesional, o cooperación financiera y técnica con terceros países.

Asimismo, se indica en la declaración de conformidad con la jurisprudencia *AETR* y con el actual artículo 3.2 TFUE que la competencia de la Unión en adherirse a la Convención será exclusiva respecto de aquellas ma-

⁶⁸ No es la primera vez en que la Unión con ocasión de la celebración de un acuerdo internacional de carácter mixto formula una declaración de competencias: existe el precedente del Convenio sobre Derecho del Mar de 1982, en aquel caso igual que en el de la CDPD se trata de desvelar el reparto interno de funciones para satisfacer el interés de terceros por conocer los respectivos espacios funcionales; de igual modo, la competencia externa queda sujeta a la mutación y a las incógnitas del reparto de competencias interno entre Unión y Estados miembros. Véase, ROLDÁN BARBERO, J., «La CEE y el Convenio sobre Derecho del Mar de 1982. Consideraciones sobre la relación entre el derecho comunitario y el derecho internacional», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, n.º 2, 1991, pp. 555-560.

⁶⁹ Según el parecer de un buen sector de la doctrina. Véase, ROLDÁN BARBERO, J., «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de relaciones exteriores», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, 1993, p. 325.

terias mencionadas para las cuales las disposiciones de la Convención o las disposiciones adoptadas en su aplicación afecten a normas comunes previamente establecidas por la Unión. En el caso de que las normas comunes no se vean afectadas, como es el caso de las normas mínimas —aquí se aprecia el influjo del Dictamen 2/91⁷⁰— los Estados miembros tienen competencia, sin perjuicio de la competencia de la Unión Europea: siempre y cuando dichas normas mínimas permitan la adopción de normas más rigurosas. En el resto de casos la competencia será de los Estados miembros: una vez se adopta la decisión de que la Unión concluya el acuerdo internacional, la participación de los Estados miembros sólo es permisible si hay algunas partes o disposiciones del acuerdo en absoluto cubiertas por la competencia de la Unión⁷¹; éste es el caso de la CDPD y por tanto se trata de un acuerdo mixto. Finalmente, la Decisión del Consejo recoge una lista de actos comunitarios adoptados referentes al ámbito material de la Convención que deberá emplearse como criterio para determinar la extensión de las competencias de la Unión Europea: ésta deberá evaluarse a la luz de las disposiciones concretas de la Convención correspondientes a materias sobre las que la Unión haya adoptado actos/normas internos (o tenga atribuidos poderes internos), y en particular, deberá estudiarse la amplitud con que éstos establecen normas comunes. El alcance de la competencia de la Unión Europea respecto de las disposiciones de la CDPD está por tanto sujeto a la evolución⁷² de las medidas y de la legislación adoptada por las instituciones comunitarias: la consolidación de poderes implícitos exclusivos de la Unión en el plano externo es análoga al principio de *pre-emption* en el plano legislativo interno. Por tanto, en el ámbito material de la Convención resultará enormemente difícil tanto probar que la Unión Europea no dispone de ninguna competencia como demostrar el verdadero carácter exclusivo de la misma una vez probada su existencia.

⁷⁰ Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, cit. *supra*.

⁷¹ EECKHOUT, P., *EU External Relations Law*, loc. cit., p. 81.

⁷² La Unión deberá informar al depositario del instrumento de confirmación de toda modificación sustancial a que pueda estar sujeto su grado de competencia respecto de las materias a que afecta la Convención.

IV. LA PARTICIPACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA NEGOCIACIÓN Y ADOPCIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En un primer momento, en el primer período de sesiones del Comité Especial encargado de la preparación de la Convención⁷³, la Unión Europea se mostró ambivalente⁷⁴ acerca de la necesidad de un nuevo instrumento legal vinculante que pudiera iniciar una tendencia segregacionista y se mostraba más partidaria de reforzar los ya existentes poniendo el énfasis en la igualdad de oportunidades y la no discriminación⁷⁵. En segundo lugar, una vez se había convenido que se adoptaría un instrumento jurídicamente vinculante, la Unión manifestó su oposición a un instrumento basado en un esquema de derechos subjetivos mostrando su preferencia por un instrumento general antidiscriminación acorde con el modelo establecido por la legislación comunitaria⁷⁶. Por lo tanto, la Comisión, como apunta De Búrca, habría cambiado su táctica; una vez se decidió que se adoptaría un instrumento jurídicamente vinculante, ésta decidió participar activamente en su redacción y apostar con fervor por un instrumento jurídicamente vinculante que reflejara una aproximación *social* hacia el fenómeno de la discapacidad en consonancia con la postura que las instituciones comunitarias venían manteniendo y ello con la finalidad de aprovechar la doble oportunidad que suponía: por un lado, que la Unión Europea se convirtiera en la primera organización internacional en ser parte de un tratado sobre derechos humanos y, por otro, que la posición de la Unión Europea en su legislación antidiscriminación se viera reflejada en el texto final de la Convención⁷⁷.

En la medida en que el ámbito material de la Convención que se estaba negociando recaía en parte sobre competencias compartidas por los Estados miembros y la Unión, junto con la Comisión Europea intervinieron los representantes de los Estados miembros: tratándose por tanto de un *acuerdo mixto* su negociación fue llevada a cabo conjuntamente por la Unión y los Estados miembros. Esta participación conjunta imponía con arreglo al principio de cooperación leal (art. 10 TCE —4.3 TUE hoy—) un deber de coordinación

⁷³ Los archivos de la negociación y los documentos correspondientes a las diferentes sesiones del Comité Especial pueden consultarse en: http://www.un.org/spanish/esa/social/disabled/adhoc_committee.htm

⁷⁴ Véase la posición de la Unión Europea tras la primera sesión del Comité Especial: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhocmeetaac265w2s.htm>

⁷⁵ DE BÚRCA, G., «The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention», *loc. cit.*, pp. 178-179.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 179.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 179-180.

de las posiciones de los Estados miembros con las de la Comunidad para permitir la realización de los objetivos de los Tratados así como de los actos ya adoptados por las instituciones⁷⁸. Los Estados miembros debían abstenerse durante las negociaciones de cualquier medida o posición que pudiera frustrar la misión negociadora de la entonces Comunidad. En ocasiones debido a la compleja dificultad de las negociaciones, no fue fácil determinar cuál era realmente la posición de la Unión Europea, en otras ocasiones hubo discusión entre la Comunidad y los representantes de los Estados miembros respecto a la distribución de competencias, y en algún caso las delegaciones de diferentes Estados miembros presentaron posiciones divergentes respecto de la Convención⁷⁹. La Comisión trató de buscar el consenso entre las posiciones de los diferentes Estados miembros, en alguna ocasión hubo dudas acerca de quién debía hablar en nombre de la Comunidad si la Comisión o la Presidencia del Consejo de la Unión, y también se señala que el hecho de que la Unión hablara con una voz única debilitaba su posición en aquellas cuestiones donde se suscitaba un alto grado de oposición a la misma por parte de Estados no europeos⁸⁰. La Unión se opuso firmemente a la pretensión de algunos países latinoamericanos de vincular la elevación de los derechos subjetivos de las personas con discapacidad en los países en vías de desarrollo por medio de la cooperación internacional con una obligación para los Estados desarrollados de suministrar ayuda internacional⁸¹.

Los trabajos del Comité Especial encargado de preparar la Convención se caracterizaron por un enorme grado de participación de ONG, personas con discapacidad⁸², académicos, agencias de Naciones Unidas e instituciones nacionales de derechos humanos; ello supone una enorme novedad en los procesos de elaboración de tratados internacionales tradicionalmente limitados a la participación de delegaciones estatales⁸³. Diversos Estados miembros incluyeron a perso-

⁷⁸ El TJUE ha tenido ocasión de precisar recientemente el alcance del principio de cooperación leal en su Sentencia de 20 de abril de 2010, *Comisión c. Suecia*, asunto C-246/07, Rec. 2010, p. I-3317, apartado 73.

⁷⁹ DE BÚRCA, G., «The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention», *loc. cit.*, p. 181.

⁸⁰ De Búrca señala que en las negociaciones sin embargo el principal portavoz de la UE no fue la Comisión sino con mayor frecuencia la Presidencia del Consejo de la Unión; igualmente como resultado de una serie de entrevistas llevadas a cabo esta autora concluye que gran parte de los entrevistados describieron a la UE como un actor dominante durante las negociaciones, que participó activamente en todas sus etapas, aunque sus posiciones se veían atemperadas por la necesidad de alcanzar consenso entre sus Estados miembros. *Ibid.*, pp. 181-182.

⁸¹ *Ibid.*, p. 180.

⁸² El Comité Especial alentó a los Estados a incorporar personas con discapacidad en sus delegaciones oficiales para las sesiones del Comité, además de consultar al colectivo a nivel doméstico con carácter previo a la formulación de sus posiciones y prioridades.

⁸³ Como precedentes de esta nueva tendencia *participativa* en la elaboración de tratados internacionales encontramos asimismo la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Alma-

nas con discapacidad en sus delegaciones estatales. A pesar de respaldar estas iniciativas la Unión Europea no fue uno de sus principales estandartes, algo que sí puede decirse de México o Nueva Zelanda⁸⁴. Tras la celebración de las dos primeras sesiones del Comité Especial en 2002 y 2003, se decidió continuar los trabajos en un Grupo de Trabajo de expertos encargado de preparar un proyecto de texto sobre el que se trabajaría en las siguientes sesiones del Comité Especial⁸⁵: éste estaba compuesto por 27 representantes gubernamentales designados por los grupos regionales; por 12 representantes de ONG —seleccionados por dichas organizaciones teniendo en cuenta la diversidad de la discapacidad, y la necesidad de asegurar una representación adecuada de las ONG de los países en desarrollo y de todas las regiones— ; así como por un representante de las instituciones nacionales de defensa de los derechos humanos⁸⁶. Estas sesiones se desarrollaron con un grado de transparencia, entusiasmo, ausencia de politización y cooperación sin parangón en las negociaciones de tratados auspiciados bajo el seno de Naciones Unidas⁸⁷. El proceso de negociación, considerado como el más rápido de la historia para un tratado de derechos humanos⁸⁸, finalizó con la fijación por consenso de los textos finales de la Convención y del Protocolo Facultativo por el Comité Especial en agosto de 2006: los mismos fueron adoptados por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006, quedando abiertos a la firma a partir del 30 de marzo de 2007.

V. AUTENTICACIÓN Y MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN OBLIGARSE EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA

El mismo día de su apertura a la firma la Convención fue firmada por 81 Estados y por la Unión Europea, siendo éste el mayor número de firmas que

cenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción (Convención de Ottawa) de 1997, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

⁸⁴ DE BÚRCA, G., «The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention», *loc. cit.*, p. 189.

⁸⁵ MELISH, T. J., «The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify», *Human Rights Brief*, vol. 14, n.º 2, 2007, p. 3.

⁸⁶ Véase el Informe del Comité Especial tras su Segundo período de sesiones, Nueva York, 16 al 27 de junio de 2003, A/58/118 en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/420/17/PDF/N0342017.pdf?OpenElement>

⁸⁷ MELISH, T. J., «The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify», *loc. cit.*, p. 3.

⁸⁸ KAYNESS, R. y FRENCH, P., «Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities», *loc. cit.*, p. 2.

un tratado de derechos humanos ha recibido hasta hoy en su día de apertura a la firma⁸⁹. Igualmente, el Protocolo Facultativo fue firmado por 44 Estados en su día de apertura, pero el Consejo sólo autorizó la firma de la Convención pese a que la Comisión solicitó autorización para la firma tanto de la Convención como de su Protocolo⁹⁰. Claramente la ausencia de firma del Protocolo Facultativo parece de todo punto inconsistente con la posición que la Unión Europea había mantenido a favor de un «*mecanismo de vigilancia eficaz*» para la Convención que «*viniera a complementar y fortalecer la labor realizada por los órganos encargados de vigilar el cumplimiento de los seis tratados principales de derechos humanos*»⁹¹. La entrada en vigor en el plano internacional tanto de la Convención como de su Protocolo Facultativo tuvo lugar el 3 de mayo de 2008⁹². La actitud del Consejo contrasta con la de España que en la fecha de entrada en vigor ya había ratificado tanto la Convención como su Protocolo Facultativo⁹³. El 26 de noviembre de 2009, antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo⁹⁴ autorizó a su Presidente para designar a la persona encargada de depositar ante el Secretario General de Naciones Unidas en nombre de la Comunidad Europea el instrumento de confirmación oficial de la Convención con arreglo a sus artículos 41 y 43.

Por tanto, mientras que la negociación y firma de la Convención tuvieron lugar bajo la vigencia del Tratado de Niza y fueron llevadas a cabo por la Comunidad Europea; el depósito del instrumento de confirmación oficial ha

⁸⁹ BIEL PORTERO, I., «El primer Tratado de Derechos Humanos celebrado por la Unión Europea: La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *loc. cit.*, p. 7.

⁹⁰ Véanse la Propuesta de Decisión del Consejo, de 27 de febrero, COM (2007) 77 final y la Decisión del Consejo, de 27 de marzo de 2007, cit. *supra*. El TJUE había tenido ocasión de señalar previamente que el acto por el cual se autoriza la firma de un tratado internacional y el acto relativo a su celebración, constituyen dos actos jurídicos distintos, véase el Dictamen 2/00, de 6 de diciembre de 2001, cit. *supra*, apartado 12.

⁹¹ Posición de la Unión Europea tras la primera sesión del Comité Especial, cit. *supra*, disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhocmeetaac265w2s.htm>.

⁹² La Convención entró en vigor al trigésimo día del depósito del vigésimo instrumento de ratificación o adhesión de acuerdo con su artículo 45, mientras que el Protocolo Facultativo hizo lo propio de acuerdo con su artículo 13 al trigésimo día del depósito de su décimo instrumento de ratificación o adhesión.

⁹³ Véase el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, *BOE* n.º 96, de 21 de abril de 2008, p. 20648; así como el Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, *BOE* n.º 97, de 22 de abril de 2008, p. 20750. El depósito de los instrumentos de ratificación fue efectuado el 3 de diciembre de 2007.

⁹⁴ Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, cit. *supra*.

tenido lugar bajo la vigencia del Tratado de Lisboa siendo presentado por la Unión Europea que ha adquirido personalidad jurídica con la reforma del Derecho originario (art. 47 TUE⁹⁵) y que se ha erigido en sucesora de la Comunidad Europea. Esta reforma del Derecho originario tiene una repercusión evidente en el proceso de celebración de la CDPD: mientras que en el régimen anterior bastaba con la consulta al Parlamento Europeo (antiguos arts. 13 y 300 TCE), bajo la vigencia del Tratado de Lisboa se requiere la aprobación del Parlamento Europeo para celebrar la Convención [arts. 19 y 218.6.a).v) TFUE]. Al ser adoptada la decisión de celebración de la Convención con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el Parlamento Europeo sólo fue consultado, pero instó a la Comunidad y a los Estados miembros a ratificar e implementar la Convención; así como a firmar, ratificar, e implementar su Protocolo Facultativo⁹⁶.

Se pensó inicialmente que la Unión esperaba a que todos los Estados miembros hubiesen ratificado la Convención para depositar el instrumento de confirmación oficial⁹⁷, pero finalmente la Unión depositó el instrumento de confirmación oficial el día 23 de diciembre de 2010⁹⁸: de ese modo la UE

⁹⁵ Téngase en cuenta la *Declaración n.º 24 relativa a la personalidad jurídica de la Unión Europea*, aneja al Tratado de Lisboa, «[...] el hecho de que la Unión Europea tenga personalidad jurídica no autorizará en modo alguno a la Unión a legislar o actuar más allá de las competencias que los Estados miembros le han atribuido en los Tratados».

⁹⁶ Junto a ello el Parlamento pidió a los Estados miembros y a la Comisión que informasen al Consejo y al propio Parlamento cada tres años sobre la aplicación del Protocolo Facultativo dentro de su respectiva área de competencia. Sobre la consulta al Parlamento Europeo véanse: la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2009, sobre la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, P6_TA(2009)0334; así como la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de abril de 2009, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, del Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, *DOUE* Serie C 184 E/414, de 8 de julio de 2010.

⁹⁷ En cualquier caso la UE firmó la Convención el día de su apertura a la firma aun cuando algunos Estados miembros no lo hicieron. La Comisaria de Derechos Fundamentales, Justicia y Ciudadanía, Viviane Reding, urgió durante el período previo al depósito del instrumento de confirmación a que aquellos Estados miembros que no lo hubiesen hecho ratificaran la Convención, véase la nota de prensa de 18 de mayo de 2010, disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/10/198&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

⁹⁸ En la Unión Europea la proporción de personas con discapacidad estimada (una de cada seis, unos 80 millones de personas en total) es mayor que la proporción mundial estimada por Naciones Unidas (una de cada diez, 650 millones en total); además esta cifra aumentará previsiblemente dado el relativo envejecimiento de la población de la Unión Europea. Véase la nota de prensa de 5 de enero de 2011, disponible en: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/4&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en>

se convirtió en la 97.^a parte contratante del Convenio siendo la primera organización internacional en convertirse en parte de un tratado de derechos humanos; además, en dicha fecha la Convención contaba con 120 signatarios, habiendo sido firmada por todos los Estados miembros pero ratificada únicamente por dieciséis de ellos.

Incluso antes de depositar el instrumento de confirmación oficial de la Convención, la Comisión ya había presentado la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020⁹⁹ orientada a la aplicación efectiva de la CDPD. En ella nuevamente se insta a una implementación conjunta de la Convención que requiere que todos los Estados miembros la ratifiquen. Como soporte jurídico a esta estrategia la Comisión invocó además de la propia Convención, la disposición transversal del artículo 10 TFUE que obliga a luchar contra la discriminación por razón de discapacidad en la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión, el artículo 19 TFUE y los artículos 21 y 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Actualmente, aún encontramos tres Estados miembros¹⁰⁰ que no han ratificado la Convención junto con ocho Estados miembros que no se han obligado en relación con el Protocolo Facultativo¹⁰¹: a pesar de que la situación ha mejorado desde que la Unión depositó su instrumento de confirmación, en la medida en que las obligaciones que la Convención impone recaen sobre competencias compartidas es necesario para su ejercicio conjunto que todos los Estados miembros procedan a la ratificación. Se antoja incongruente que habiendo decidido el Consejo por unanimidad que la Unión celebre la Convención, no hayan procedido todos los Estados miembros a su ratificación.

⁹⁹ Según la Comisión las personas con discapacidad registran un índice de pobreza un 70 por 100 superior a la media, debido a su menor acceso al empleo. Además, un tercio de las personas con más de 65 años sufren algún tipo de discapacidad y más del 20 por 100 tienen capacidades muy limitadas. Véase, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras, de 15 de noviembre de 2010, COM (2010) 636 final.

¹⁰⁰ Finlandia, Irlanda y Países Bajos. Desde el depósito del instrumento de confirmación oficial se observa una tendencia a que los Estados miembros vayan comprometiéndose con el texto de la Convención. Con fecha de 30 de enero de 2013, la Convención cuenta con 155 signatarios y 127 ratificaciones, véase: <http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?navid=18&pid=578>

¹⁰¹ Bulgaria, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Países Bajos, Polonia, República Checa y Rumanía. El Protocolo Facultativo ha tenido menor éxito que la Convención: 91 signatarios y 76 ratificaciones, algunos Estados miembros siguiendo el ejemplo de la Unión ni siquiera lo han firmado, con fecha de 30 de enero de 2013, véase: <http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?navid=18&pid=578>

VI. REFLEXIONES SOBRE LA EXPORTACIÓN AL ÁMBITO UNIVERSAL DEL MODELO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA

A continuación, y a la luz del texto final de la Convención resultante de las negociaciones, vamos a intentar identificar en qué medida la Unión Europea ha logrado la expansión de su propio régimen de protección de los derechos de las personas con discapacidad al ámbito internacional así como en qué medida ha contribuido a aquellos de los aspectos más innovadores que la Convención presenta desde el punto de vista del Derecho internacional de los Derechos humanos: *a priori* vemos que el derecho a la integridad personal del artículo 17 CDPD, que aparece por primera vez incluido con carácter autónomo en un tratado de derechos humanos, tiene su inmediato precedente en el artículo 3 CDFUE; igualmente la CDPD recoge un derecho de acceso a la justicia en su artículo 13 que a diferencia de los artículos 14 PIDCP o 6 CEDH no se limita a causas penales y civiles, y que parece más acorde al artículo 47 CDFUE¹⁰² —o al artículo 9 de la Directiva 2000/78¹⁰³— al extenderse a todo tipo de procedimientos judiciales; y, por último, el artículo 26 CDFUE ve su reflejo en el artículo 19 CDPD al tratar de introducir un equilibrio entre la autonomía de las personas con discapacidad, su integración social y profesional y participación en la comunidad, principios que presiden el espíritu de la Convención y están presentes a lo largo de todo su articulado¹⁰⁴. En cualquier caso, aunque no sea un éxito atribuible en exclusiva a la Unión Europea finalmente la Convención refleja el modelo *social* hacia la

¹⁰² Éste es uno de los ejemplos en que el Derecho de la Unión otorga una protección más extensa que la que resultaría del CEDH (de acuerdo con lo previsto en el art. 52.3 CDFUE), incluso el propio TEDH se ha hecho eco del mayor alcance del artículo 47 CDFUE, no limitado a derechos y obligaciones de carácter civil y asuntos de naturaleza penal. Debe verse la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 19 de abril de 2007, *Vilho Eskelinen y otros c. Finlandia*, Recurso n.º 63235/00, apartados 29-30.

¹⁰³ Éste hace referencia también a procedimientos administrativos y de conciliación.

¹⁰⁴ No debe exagerarse tampoco el protagonismo dado a la Carta de Derechos Fundamentales puesto que tanto el derecho a la integridad personal, como los derechos a la autonomía e integración social/profesional y participación en la vida de la comunidad ya se encontraban en las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, cit. *supra*. Más bien, los avances ya sean en el orden internacional o europeo tienden a recalcar dada la permeabilidad recíproca de ambos órdenes consagrándose aquellas normas que consolidan un régimen más benevolente para el derecho en cuestión. Así, por ejemplo, el artículo 3 CDFUE se inspira en principios que figuran en el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, adoptado en el marco del Consejo de Europa; mientras que su artículo 26 tiene como precedentes el artículo 15 de la Carta Social Europea y el punto 26 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

discapacidad que las instituciones europeas venían defendiendo desde varias décadas atrás¹⁰⁵.

La Unión Europea defendió durante las negociaciones la adopción de mecanismos de control eficaces, en particular de un Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad con notables atribuciones para evitar que en su implementación la Convención quedase en *papel mojado*; ahora bien, las disensiones entre la vertiente supranacional e intergubernamental de la Unión han llevado a que no se haya vinculado al Protocolo Facultativo que habilitaría al Comité para recibir comunicaciones individuales de personas sujetas a la jurisdicción de todo Estado parte (en este caso la Unión). En lo que concierne al establecimiento de una Conferencia de los Estados partes de periodicidad bienal encargada del seguimiento de la aplicación y ejecución de la Convención, la Unión no parece haber tenido un papel especialmente relevante aunque en cualquier caso apoyó su adopción¹⁰⁶. Tampoco parece que la Unión hiciera un especial esfuerzo por defender la novedosa introducción en un tratado de derechos humanos del artículo 33 de la Convención relativo a los mecanismos nacionales de seguimiento e implementación¹⁰⁷.

En lo que respecta a una definición de discapacidad, la Unión en un principio se oponía a cualquier intento de introducir una delimitación del término en la Convención argumentando la ausencia de tal definición en su legislación interna¹⁰⁸ que pretendía trasladar como modelo al ámbito internacional¹⁰⁹. Sin embargo, el TJUE en el asunto *Chacón Navas*¹¹⁰ abogó por una noción autónoma de discapacidad en el ámbito de la Directiva 2000/78¹¹¹ que

¹⁰⁵ Comunicación de la Comisión sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía, cit. *supra*.

¹⁰⁶ En la práctica, la Conferencia de los Estados Partes de acuerdo con el artículo 40 de la Convención se viene reuniendo con carácter anual desde 2008 por decisión de la misma, pueden verse los documentos relativos a sus reuniones en: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=1535>

¹⁰⁷ DE BÚRCA, G., «The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention», *loc. cit.*, pp. 190-194.

¹⁰⁸ Entre los argumentos contrarios a la introducción de una definición del término discapacidad o de persona con discapacidad se encontraban precisamente evitar que ésta pudiera excluir a determinadas personas, así como la dificultad para concertar esta noción a nivel internacional con carácter duradero, lo cual podría restar capacidad de adaptación de la Convención a realidades futuras; y a favor de la introducción de tal definición se encuentra el tradicional argumento de que la ausencia de definición podría favorecer que los Estados parte eludieran la asunción de compromisos internacionales.

¹⁰⁹ DE BÚRCA, G., «The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention», *loc. cit.*, pp. 190-191.

¹¹⁰ Sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, asunto C-13/05, Rec. 2006, p. I-6467.

¹¹¹ Directiva 2000/78/CE del Consejo, cit. *supra*.

ha sido duramente criticada¹¹² por apartarse del modelo *social* por el que se habían decantado tanto la Comisión, como el Consejo y el Parlamento Europeo. El TJUE abogó por una concepción *médica* de la discapacidad en el ámbito de la ocupación y el empleo: «[...] debe entenderse que el concepto de “discapacidad” se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional»¹¹³. A juicio de Waddington dicha concepción debe revisarse a la luz del artículo 1 CDPD¹¹⁴ de carácter inclusivo, abierto y orientativo que no tiene pretensión de exhaustividad ni de agotar los supuestos que pueden subsumirse en él: mientras que el TJUE sitúa el origen de las limitaciones en las dolencias que la persona padece, la Convención lo ubica en las barreras que ésta halla en la sociedad y que precisamente los Estados parte se comprometen a remover. Esta decisión del TJUE resultó en un cambio de posición negociadora de la Comisión en la última sesión del Comité Especial, haciendo ésta un esfuerzo por conciliar el modelo *social* con la jurisprudencia en *Chacón Navas* y lograr un modelo de compromiso¹¹⁵. Mejor crítica ha recibido la decisión del TJUE en el asunto *Coleman* donde el Tribunal precisa que su decisión en *Chacón Navas* no implica ni una interpretación restrictiva del principio de igualdad de trato ni del alcance *ratione personae* de la Directiva, además en esta decisión el Tribunal extiende la protección contra la discriminación hacia un trabajador por razón de la discapacidad que afecta a un hijo suyo¹¹⁶. En *Coleman* el TJUE prohíbe por tanto la llamada *discriminación por asociación*.

Otra faceta donde la posición de la Unión Europea resultó exitosa fue la introducción novedosa en un tratado de derechos humanos de la definición extensiva de discriminación recogida en el artículo 2 de la Convención, que incluye la denegación de ajustes razonables —siempre y cuando no constituyan

¹¹² Véase, WADDINGTON, L., «Case C-13/05, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006, nyr», *Common Market Law Review*, 2007, vol. 44, n.º 2, pp. 487-499.

¹¹³ Sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, cit. *supra*, apartado 43.

¹¹⁴ WADDINGTON, L., «A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications of the United Nations’ Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community», *loc. cit.*, p. 18.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Sentencia de 17 de julio de 2008, *Coleman c. Attridge Law*, asunto C-303/06, Rec. 2008, p. I-5603, apartados 44-47. Véase un comentario de la misma en WADDINGTON, L., «Case C-303/06, *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 17 July 2008, nyr», *Common Market Law Review*, vol. 46, n.º 2, 2009, pp. 665-681. El TJUE siguió la opinión formulada por el Abogado General Poiares Maduro en sus Conclusiones, presentadas el 31 de enero de 2008, *Coleman c. Attridge Law*, asunto C-303/06, Rec. 2008, p. I-5603, punto 22.

una carga desproporcionada o indebida— y que resulta idéntica a la que recoge el artículo 5 de la Directiva 2000/78¹¹⁷, aunque en el caso de la Convención no se encuentra limitada únicamente a los ámbitos del empleo y la ocupación¹¹⁸.

La Unión Europea apostó más por un instrumento general antidiscriminación que por un instrumento basado en derechos subjetivos y tratando de exportar su modelo de legislación interna de modo acorde a su mandato negociador la Comisión preservó la compatibilidad de la Convención con la legislación comunitaria: es así como se explica la reserva que la Unión introdujo al artículo 27 de la Convención¹¹⁹, para garantizar que tanto la Unión como los Estados miembros puedan exceptuar la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en el ámbito de las fuerzas armadas¹²⁰. Sin embargo, a pesar de que la Unión participó significativamente en el proceso de elaboración de la Convención e influyó notablemente en su contenido final, muchos de sus contenidos más innovadores desde la perspectiva del Derecho internacional de los Derechos humanos se adoptaron sin una especial contribución de la Unión: el modelo de protección resultante de la Convención es un modelo *híbrido* que combina los caracteres de un instrumento basado en la no discriminación con la atribución de numerosos derechos subjetivos¹²¹, elemento este último de cuya promoción la Comisión no se mostró especialmente partidaria. La Convención presenta un modelo *holístico* que supera las tradicionales dicotomías existentes en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y particularmente supera la paradigmática división entre derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos, culturales y sociales; considerando estos últimos como un corolario de los primeros¹²².

¹¹⁷ Directiva 2000/78/CE del Consejo, cit. *supra*.

¹¹⁸ DE BÚRCA, G., «The EU in the Negotiation of the UN Disability Convention», *loc. cit.*, pp. 192-193. La noción de ajustes razonables no es autónoma del Derecho de la Unión, sino que proviene de la legislación estadounidense de 1990 *American with Disabilities Act* y también se menciona en la Observación General n.º 5, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cit. *supra*, en la que se inspira la propuesta de la Comisión de Directiva que establece un marco general para la igualdad de trato en la ocupación y el empleo, de 25 de noviembre de 1999, COM (1999) 565 final.

¹¹⁹ Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, cit. *supra*.

¹²⁰ Excepción establecida en aplicación del artículo 3, apartado 4 de la Directiva 2000/78 del Consejo, cit. *supra*.

¹²¹ Prácticamente para cada derecho individual recogido en la Convención ésta contempla una obligación paralela del Estado o parte contratante, véase MÉGRET, F., «The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights», *International Journal of Human Rights*, vol. 12, n.º 261, 2008. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1267726

¹²² Véase MÉGRET, F., «La Convention Des Nations Unies sur les Droits des Personnes Handicapées: Un Espoir de Progrès», *Développement humain, handicap et changement social*, 2009, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275084

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

VII. PARTICIPACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN LOS MECANISMOS DE CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

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

— El artículo 33 de la Convención obliga a establecer organismos gubernamentales encargados de su aplicación, así como mecanismos de coordinación de los diferentes sectores y niveles y mecanismos independientes para supervisar, promover y proteger su aplicación. Este artículo también dispone que las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan deben estar plenamente integradas en todos los niveles del proceso de seguimiento de la Convención. En relación con estas obligaciones la Comisión en su Estrategia 2010-2020¹²³ dispone que *«se establecerán mecanismos de coordinación basados en instrumentos existentes tanto entre los servicios de la Comisión y las instituciones de la Unión como entre la UE y los Estados miembros. La puesta en práctica de esta Estrategia y de la Convención se debatirá periódicamente en el Grupo de Alto Nivel en materia de Discapacidad con representantes de los Estados miembros y de sus organismos gubernamentales nacionales, con la Comisión, con personas con disca-*

¹²³ Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, cit. *supra*.

pacidad y sus organizaciones, y con otras partes interesadas. Se seguirán facilitando informes de evolución para las reuniones ministeriales informales»¹²⁴. También señala la Comisión que se establecerá un marco de seguimiento que incluya los mecanismos independientes a los que alude la Convención, y ella misma «propondrá un marco de gobernanza, que no añada burocracia innecesaria, para facilitar la aplicación de la Convención en Europa»¹²⁵.

— De acuerdo con el artículo 35 de la Convención, dos años contados desde la entrada en vigor de la Convención para la Unión, es decir, a finales de 2012, la Unión deberá hacer llegar al Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad por conducto del Secretario General de Naciones Unidas un informe sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Convención y sobre los progresos realizados en este sentido. Posteriormente, el Comité puede formular recomendaciones a la Unión Europea a la luz del informe presentado con arreglo al artículo 36 de la Convención. La Comisión informará a finales de 2013 de los progresos realizados y del informe presentado al Comité¹²⁶; para la realización del informe será necesaria la recopilación de estadísticas que permitan valorar las políticas y medidas puestas en marcha así como la formulación de indicadores sobre discapacidad de acuerdo con el artículo 31 de la Convención.

— En relación con la Conferencia de los Estados Partes encargada del seguimiento de la aplicación de la Convención con arreglo a su artículo 40, puede consultarse el documento correspondiente a la participación de la Unión Europea en su cuarta reunión que tuvo lugar desde el 7 al 9 de septiembre de 2011: la Unión destacó sus esfuerzos por coordinar su actividad y la de los Estados miembros en aras del logro de los objetivos de la Convención, señalando sin embargo, que en muchas de estas áreas (sanidad, empleo y educación) la mayor responsabilidad corresponde a los Estados miembros. La Unión también destacó la puesta en marcha de la Estrategia 2010-2020, así como su pronóstico de que cuarenta y cuatro nuevos instrumentos —sin precisar de qué tipo— serán necesarios para implementar la Convención¹²⁷.

— Como se ha señalado anteriormente, la Unión, en la medida en que no ha firmado ni manifestado su consentimiento en obligarse con arreglo al Protocolo Facultativo de la Convención, no ha aceptado la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir y considerar las comunicaciones presentadas —una vez agotado el sistema do-

¹²⁴ *Ibid.*, p. 12.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Puede consultarse la intervención de la Unión Europea en la Cuarta Reunión de la Conferencia de Estados Partes, el día 7 de septiembre de 2011, en: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=1571>

méstico de recursos— por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación de alguno de los derechos recogidos en la Convención. Es posible pensar que la Unión no ha querido obligarse hasta que no lo hayan hecho todos sus Estados miembros, pero más lógico sería pensar que la Unión debería guiar a sus Estados miembros firmando y ratificando su Protocolo Facultativo, actitud que presumiblemente serviría de impulso a muchos de ellos a hacer lo propio. En cualquier caso parece que las hipotéticas decisiones del Comité aún carentes de valor jurídico vinculante inmediato —en el supuesto de que la Unión aceptase su competencia para examinar comunicaciones individuales— formarían parte integrante del ordenamiento de la Unión y su posible efecto directo se regiría por las mismas premisas formuladas por el TJUE para los acuerdos internacionales celebrados por la Unión¹²⁸. Podría especularse con que uno de los motivos para que la Unión no se obligue en relación con el Protocolo Facultativo radica en la reticencia del TJUE a aceptar las injerencias de un órgano externo, como el Comité, en la homogeneidad, aplicación uniforme y autonomía del Derecho de la Unión¹²⁹; pero como se verá, si esta reticencia no ha sido un obstáculo para la adhesión en proceso de la Unión al CEDH que conlleva la asunción de la jurisdicción obligatoria del TEDH, tampoco debe ser óbice para aceptar la competencia del Comité cuyas decisiones tendrían el valor de recomendaciones en respuesta a las comunicaciones individuales. No obstante, del hecho de que estas decisiones del Comité no sean jurídicamente vinculantes de forma directa no cabe deducir en modo alguno que carezcan de valor jurídico: como han tenido ocasión de señalar el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, las decisiones que adoptan estos órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos en respuesta a comunicaciones individuales, obligan de forma mediata al Estado parte ya que los Estados han otorgado expresamente la competencia a estos órganos para determinar si se han vulnerado o no sus obligaciones convencionales; y en caso de que estos órganos concluyan que

¹²⁸ Sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, asunto C-182/89, Rec. 1990, p. I-3461, apartados 9-10 y 15.

¹²⁹ Véanse, el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, cit. *supra*, apartados 40 y 70; así como el Dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, cit. *supra*, apartado 89. En el primero se dice que un acuerdo internacional que establezca un sistema jurisdiccional dotado de un tribunal competente para interpretar sus disposiciones no es necesariamente incompatible con el Derecho de la Unión; mientras que en el segundo caso, se consideran incompatibles con el Derecho de la Unión las disposiciones de un acuerdo internacional que atribuye competencia exclusiva para conocer de acciones entabladas por particulares a un sistema unificado de resolución de litigios sobre patentes, por considerar que este órgano jurisdiccional situado «fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión, privaría a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de sus competencias para la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión...».

así ha sido, los Estados están obligados a procurar al individuo sujeto a su jurisdicción todos los remedios legales y judiciales necesarios para hacer efectivo el derecho conculcado por su propia conducta¹³⁰.

¹³⁰ Véanse: Comité de Derechos Humanos, Comunicación n.º 928/2000, *Sooklal c. Trinidad and Tobago*, 8 de noviembre de 2001, CCPR/C/73/D/928/2000, apartado 7; asimismo, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación n.º 31/2003, *LR c. Eslovaquia*, 10 de marzo de 2005, CERD/C/66/D/31/2003, apartado 10, punto 10.

CAPÍTULO III

LA COMPETENCIA EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA PARA CONVERTIRSE EN PARTE EN OTROS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. VENTAJAS Y DIFICULTADES DE SU VINCULACIÓN CONVENCIONAL

El hecho de que la Unión Europea se haya convertido en la primera organización internacional en asumir obligaciones internacionales al ser parte contratante en un tratado internacional que tiene por objeto la protección de los derechos humanos no debe desdeñarse ni resulta baladí¹: el 23 de diciembre de 2010 la Unión depositó el instrumento de confirmación oficial de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Además, se están dando los pasos oportunos para que la Unión se erija en parte contratante del CEDH. Una vez completado este segundo proceso la Unión habrá asumido obligaciones convencionales en el marco universal de Naciones Unidas y en el ámbito regional europeo del Consejo de Europa.

La Unión ha actuado por tanto impulsando el desarrollo del Derecho internacional (objetivo previsto en el nuevo art. 3.5 TUE para las relaciones de la Unión con el resto del mundo). En concreto, el impulso recae sobre el Derecho internacional de los Derechos humanos que claramente está en el núcleo de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, como precisó la Asamblea General de Naciones Unidas en su célebre Resolución 2625 (XXV)².

¹ Véase, DE WITTE, B., «The EU and International Legal Order: The Case of Human Rights», en EVANS, M. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2011, pp. 135-138.

² Resolución de la AGNU 2625 (XXV), *Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, de 24 de octubre de 1970, A/RES/2625 (XXV). Sobre la misma se dijo de forma ilustrativa en cuanto a sus efectos jurídicos que se encontraba «à la lisière de l'acte déclaratoire de normes coutumières et de l'accord», véase DUPUY, R. J., «Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la soft law», en

La conclusión de un tratado internacional de derechos humanos por parte de la Unión Europea viene a ahondar en la idea que desde la década de los años setenta el TJUE viene perfeccionando de que un ordenamiento jurídico autónomo de carácter supranacional con incidencia en la posición jurídica de los ciudadanos de sus Estados miembros debe garantizarles un nivel de protección de sus respectivos derechos fundamentales como mínimo equivalente al que ostentan en virtud de los ordenamientos constitucionales. Los procesos de integración internacional no pueden ser un pretexto para que los Estados creen sujetos de Derecho internacional inmunes a la exigencia del respeto a sus obligaciones en materia de derechos humanos, espacios de no derecho, donde sus decisiones y acciones concertadas permitan crear la voluntad propia de un sujeto secundario de Derecho Internacional Público al que no le resulte exigible el cumplimiento de las obligaciones de los sujetos primarios en este terreno³.

Sabidas son las dificultades para que una organización internacional pueda convertirse en parte contratante de los tratados internacionales existentes destinados a la protección de los derechos humanos, ya que éstos han limitado tradicionalmente la potencial participación únicamente a sujetos primarios de Derecho internacional. En este sentido puede decirse que la Unión Europea, primera organización internacional que es parte en un tratado internacional de derechos humanos, merece ser considerada como modelo para organizaciones internacionales del ámbito universal como la OTAN, la OMC, el FMI, el Banco Mundial o la propia ONU⁴. Del mismo modo, la actuación

L'élaboration du Droit international public. Colloque de Toulouse, Paris, 1975, p. 142. La Resolución 2625 (XXV) adoptada por unanimidad y que se presenta como una interpretación autorizada de la Carta de las Naciones Unidas, reafirma en varias ocasiones la obligación de respetar los derechos humanos, y además, presenta el vínculo existente entre la protección de los derechos humanos y el derecho a la libre determinación de los pueblos cuando dice: «*Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales y la efectividad, de tales derechos y libertades de conformidad con la Carta*».

³ Esta idea ha sido sostenida por el TEDH en su Sentencia de la Gran Sala de 18 de febrero de 1999, *Waite y Kennedy c. Alemania*, Recurso n.º 26083/94, apartado 67.

⁴ La ONU auspicia el Derecho internacional de los Derechos humanos y la adopción de tratados internacionales de ámbito universal para su protección, pero sus órganos principales, y sus organismos subsidiarios y especializados no están obligados por vía convencional a su respeto, aunque sí en la medida en que aquéllos contengan normas consuetudinarias de alcance general. Piénsese cuál podría haber sido la solución dada por el TJUE a los problemas de derechos fundamentales relativos a la aplicación en el ordenamiento de la Unión Europea de las «sanciones inteligentes» contra los talibanes y Al-Qaeda adoptadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas después de los ataques terroristas del 11-S en el caso de que la propia ONU se hubiera vinculado formalmente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y en el caso de que la ONU hubiera decidido aceptar la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir comunicaciones individuales. Sobre la Sentencia

de la Unión en el caso de la CDPD puede ser un referente para otras organizaciones internacionales de carácter regional aunque estas últimas no hayan asumido el ejercicio de tan elevado número de competencias como la Unión. Se ha dicho que indiscutiblemente dichas organizaciones internacionales están obligadas a respetar aquellas normas de derechos humanos que forman parte del Derecho consuetudinario de carácter general, y más si cabe, en el caso de que se trate de normas que formen parte de las categorías de *ius cogens* o de las obligaciones *erga omnes*⁵ (¡Sostener lo contrario supondría tanto como admitir el carácter lacunario del ordenamiento jurídico internacional al eximir a sujetos de Derecho internacional de carácter derivado del respeto hacia normas jurídicamente vinculantes de carácter general!)⁶. Es en esta línea, en la que la Unión Europea merece ser considerada como ejemplo para dichas organizaciones internacionales al haber aceptado explícitamente su vinculación convencional a normas para la protección internacional de los derechos humanos.

Los Estados pueden violar sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos al ejecutar las decisiones provenientes de las organizaciones internacionales a las que pertenecen, con o sin margen de apreciación, pero también es posible que cuando los Estados se conciertan en el seno de dichas organizaciones internacionales eludan o adopten decisiones manifiestamente atentatorias por objeto o por efecto contra las obligaciones (que en algunos casos presentan alcance extraterritorial⁷) que establecen los trata-

del TJUE de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-402/05 y 415/05, Rec. 2008, p. I-6351, puede verse una interpretación de esta sentencia como un gesto poco amistoso de la Unión Europea hacia el ordenamiento internacional en DE BÚRCA, G., «The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi», *Harvard international Law Journal*, vol. 51, n.º 1, 2010; así como TRIDIMAS, T., «Terrorism and the ECJ: Empowerment and democracy in the EC legal order», *European Law Review*, vol. 34, 2009, pp. 103-126.

⁵ DOMINICÉ, C., «À la recherche des droits *erga omnes*», en *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruylant, Bruselas, 2007, pp. 357-371.

⁶ Pérez González alude a «la necesidad de que los órganos que actúan dentro de cada régimen internacional especializado apliquen el Derecho internacional general a la par que las regulaciones sectoriales, lo que toca ya a la preparación técnica —a la pericia— de los correspondientes órganos y a su capacidad para sopesar los diversos intereses y valores en juego en función de la consecución de ciertos objetivos políticos considerados prevalentes en tanto que reconocidos como comunes o generales. Y esto no sólo involucra a los órganos de arreglo de diferencias, sino que alcanza, por decirlo así, a todo el conjunto institucional de las organizaciones (OMC, OCDE, UE, FMI, BIRD, PNUD...) que actúan en el seno de los concretos regímenes regulatorios», véase PÉREZ GONZÁLEZ, M., «Pluralidad de regímenes unidad del ordenamiento», en RODRIGO, A. J. y GARCÍA, C. (eds.), *Unidad y Pluralismo en el Derecho internacional Público y en la Comunidad internacional, Coloquio en Homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 159.

⁷ Véase GÓMEZ ISA, F., «Obligaciones transnacionales en el campo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 18, 2009.

dos de derechos humanos en los que ellos y no la organización internacional son parte⁸.

El supuesto de otras organizaciones internacionales nos llevaría muy lejos, y sólo conviene traerlo a colación para extraer a partir de la experiencia de la Unión Europea lecciones que puedan resultarles de aplicación a aquéllas: en el fondo de estas cuestiones, hay un problema de mayor recorrido que tiene que ver con las diferentes lógicas y tensiones existentes entre los diferentes sectores del Derecho Internacional Público. Las normas internacionales de derechos humanos tienen una vocación de aplicación general, cuasi-legislativa, que abarcaría todos los sectores del ordenamiento jurídico internacional⁹.

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

I. POSIBLES RAZONES EN FAVOR DE LA VINCULACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA A OTROS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La vinculación de la Unión Europea a otros tratados internacionales de derechos humanos no debe contemplarse como un supuesto remoto o puramente imaginario tras el precedente de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁰. Al contrario, existen

⁸ Se ha dicho que la cooperación multilateral en instituciones internacionales como el Banco Mundial, o el FMI, entre otras, forma parte de la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles a la realización de los derechos económicos, sociales y culturales que establece el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, SKOGLY, S., «The Requirement of Using the “Maximum of Available Resources” for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?», *Human Rights Law Review*, vol. 12, n.º 3, 2012, pp. 418-419.

⁹ Sobre los denominados conflictos *intersistémicos* debe verse el Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional, KOSKENNIEMI, M., *Fragmentación del Derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho internacional*, N. U., A. G., A//CN.4/L.682, 13 de abril de 2006, pp. 147-149, apartados 253-256.

¹⁰ El Proyecto Spinelli de reforma del Derecho originario, cit. *supra*, vislumbraba ya en 1984 la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea en el ámbito del Consejo de Europa, así como a los Pactos de 1966 de Naciones Unidas relativos a derechos civiles y políticos y relativos a los derechos económicos, sociales y culturales. Igualmente, el Parlamento Europeo con ocasión de su Resolución de 19 de mayo de 2010 sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los De-

poderosos argumentos que aconsejan que el modelo de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea sea complementado con la adquisición de obligaciones internacionales por vía convencional, entre ellos cabe destacar los siguientes:

A) La Unión Europea no es una organización internacional de derechos humanos¹¹, ni el TJUE es un tribunal de derechos humanos como sugiere Timmermans¹². El modelo de protección de derechos humanos de la Unión articulado por el Tribunal en torno al puzzle de los principios generales del Derecho de la Unión es un modelo básicamente de carácter judicial, que constituye en apariencia un régimen autónomo (*self-contained regime*), de protección de los derechos humanos. En él la Unión a través del Tribunal de Justicia se ha aproximado al Derecho internacional de los Derechos humanos de forma tímida y selectiva, desde su propia perspectiva. Sin menospreciar en absoluto la labor del TJUE, éste, al igual que la CDFUE, sólo han seleccionado discrecionalmente aquellas partes del Derecho internacional de los Derechos humanos que han considerado obligatorias/relevantes¹³. Por tanto, la principal carencia del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, desde

rechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, *DOUE* Serie C 161 E/72, de 31 de mayo de 2011, solicitaba que la Unión se adhiriera también dentro del marco del Consejo de Europa a la Carta Social Europea Revisada y que se vinculara al Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. Por su parte, Rosas contempla como más que plausible la competencia externa de la Unión para concluir acuerdos internacionales de derechos humanos en áreas donde tiene competencia interna como: igualdad hombre-mujer, no discriminación, política social y empleo, o asilo y refugio, entre otras; ROSAS, A., «The European Union and International Human Rights Instruments», en KRONENBERGER, V. (ed.), *The EU and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, Asser Press, La Haya, 2001, pp. 65-66.

¹¹ VON BOGDANDY, A., «The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union», *Common Market Law Review*, vol. 37, n.º 5, 2000, p. 1338, asimismo, ROSAS, A., «Is the EU a Human Rights Organisation?», *CLEER Working Papers 2011/1, Centre for the Law of EU External Relations*, La Haya, 2011.

¹² Según Timmermans, el TJUE es un tribunal de derechos humanos en sentido limitado: sin tener una jurisdicción de alcance general sobre la materia incidentalmente debe pronunciarse sobre un número creciente de asuntos que involucran cuestiones de derechos humanos, véase, TIMMERMANS, C., *The Court of Justice of the EU, a Human Rights Court*, loc. cit.

¹³ No en vano la Abogada General Sharpston ha sugerido al TJUE que, sin perjuicio de seguir considerando el CEDH como tratado internacional de referencia para la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, para una más eficaz protección sería deseable que el TJUE siguiendo la estela de los Abogados Generales invocara con más frecuencia tratados internacionales destinados a la protección de los derechos humanos (distintos al propio CEDH) como fuente para la determinación de los principios generales del Derecho de la Unión, véase SHARPSTON, E., *La manière dont les traités et accords internationaux en matière de droits fondamentaux ont été appréhendés par la Cour de justice des Communautés européennes*, Visita Oficial del TJUE al TEDH, Estrasburgo, 9 de noviembre de 2007.

el punto de vista del Derecho internacional de los Derechos humanos, es su sometimiento al criterio último y definitivo del TJUE para verificar su aplicación y respeto, es decir, la ausencia de una auditoría externa, la falta de sumisión de la Unión y sus instituciones al escrutinio de órganos independientes¹⁴ de control de sus obligaciones de derechos humanos establecidos en virtud de un tratado internacional¹⁵.

B) El modelo de protección de los derechos fundamentales establecido por la vía de los principios generales del derecho de la Unión se ha ajustado a un enfoque principalmente y predominantemente *negativo*¹⁶ que impone únicamente a las instituciones y a los Estados miembros la obligación de respetar, es decir, de abstenerse de vulnerar los derechos fundamentales cuando aplican derecho de la Unión; incluso la CDFUE¹⁷ parece responder a este enfoque debido al limitado alcance que se da en ella a las normas que contienen principios (art. 52.5), ello añadido al hecho de que el artículo 6.1 TUE se limita a *reconocer* los derechos recogidos en la Carta. La Unión se ha demarcado tan sólo recientemente de esta tendencia vinculándose a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapaci-

¹⁴ Sin restar ningún tipo de mérito a su labor de supervisión, no deja de ser un organismo establecido por la propia Unión Europea la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establecida mediante el Reglamento 168/2007/CE del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *DOUE* Serie L 53/1, de 22 de febrero de 2007.

¹⁵ Véase, al respecto, BUTLER, I. y DE SCHUTTER, O., «Binding the EU to International Human Rights Law», *Yearbook of European Law*, vol. 27, n.º 1, 2008, pp. 277-287.

¹⁶ No debe olvidarse como se ha visto en el caso de la discapacidad, que en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea hay sectores donde sí se ha adoptado un enfoque proactivo y decididamente orientado al logro de la igualdad sustantiva: en este sentido destacan los esfuerzos por lograr la igualdad entre el hombre y la mujer, principalmente en el ámbito del empleo y la ocupación. Esta tendencia se consolida y refuerza en el Tratado de Lisboa, deben verse los artículos 8, 10 y 157.4 TFUE, este último introducido con la reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Ámsterdam para permitir las medidas de acción positiva, que también se recogen en el artículo 23 CDFUE y en el artículo 3 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, (refundición), *DOUE* Serie L 204/23, de 26 de julio de 2006. En el ámbito estrictamente judicial resultan destacables estas palabras del Abogado General Tesauró: «Por último, se precisa sobre todo una modificación sustancial del modelo económico, social y cultural que origina la desigualdad, modificación que, ciertamente, no se podrá conseguir a base de números y de batallas dialécticas en la retaguardia», véanse sus Conclusiones, presentadas el 6 de abril de 1995, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, asunto C-450/93, apartado 28, Rec. 1995, p. I-3051.

¹⁷ La Comisión Europea presenta la intención de cambiar hacia un enfoque de *obligaciones positivas* dentro de las esferas de competencia de la Unión, véase la Comunicación de la Comisión, de 19 de octubre de 2010, sobre la Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea, Bruselas, COM (2010) 573 final.

dad cuya aplicación entraña numerosas obligaciones positivas, al igual que la adhesión al CEDH supondrá un avance en esta línea¹⁸. Por su parte, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala, los tratados internacionales de derechos humanos comportan esencialmente obligaciones positivas que no se limitan en exclusiva a los derechos económicos, culturales y sociales: «*El derecho a la educación, como todos los derechos humanos, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, de proteger y de cumplir. A su vez, la obligación de cumplir consta de la obligación de facilitar y la obligación de proveer*»¹⁹. Por tanto, se trata de que mediante la asunción de obligaciones convencionales en materia de derechos humanos la Unión, dentro del respeto inexcusable a los principios de atribución de competencias y subsidiariedad, adquiera las obligaciones positivas de proteger y de cumplir (y las subsiguientes de facilitar y proveer), como vía para la realización efectiva y para dotar de verdadero contenido obligacional a los derechos, libertades y principios que se recogen en la CDFUE²⁰.

C) En otro orden de ideas, la asunción de compromisos convencionales por parte de la Unión supondría la extensión explícita y formal de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos con carácter extraterritorial, frente a toda persona que pudiera estar sujeta a la jurisdicción de sus instituciones o de los Estados miembros cuando actúan dentro del ámbito del Derecho de la Unión²¹. Actualmente, la CDFUE, que debe inter-

¹⁸ AKANDJI-KOMBE, J. F., *Positive obligations under the European Convention on Human Rights A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Human Rights Handbooks Series, Estrasburgo, 2007, disponible en: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1B521F61-A636-43F5-AD56-5F26D46A4F55/0/DG2ENHR-HAND072007.pdf>

¹⁹ Observación General n.º 13, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a la educación (artículo 13)*, 21.º Período de Sesiones, 1999, HRI/GEN/1/Rev.8, p.89, apartado 46.

²⁰ Véase, AHMED, T. y BUTLER, I., «The European Union and Human Rights: An International Law Perspective», *European Journal of International Law*, vol. 17, n.º 4, 2006, pp. 794-800. Tal y como ponen de manifiesto Weiler y Alston existen ámbitos donde la Unión ha asumido la competencia exclusiva a nivel interno y ello le convierte en la garante última de los derechos fundamentales, por lo que en ellos un enfoque puramente *negativo* puede resultar manifiestamente insuficiente: ellos invocan como ejemplos los casos de la Política Agrícola Común, la Política Comercial Común y el Mercado Único en lo que respecta a la libre circulación de trabajadores, desplazamiento temporal de trabajadores para la prestación de servicios, etc. Véase, ALSTON, P. y WEILER, J. H. H., «An Ever Closer Union in Need of a Human Rights Policy, The European Union and Human Rights», en ALSTON, P., BUSTELO, M. y HEENAN, J. (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 23-24. Piénsese actualmente en el caso de la Unión Económica y Monetaria.

²¹ Los Estados miembros están obligados a respetar los derechos fundamentales que el ordenamiento de la Unión tutela como principios generales del derecho cuando actúan dentro del ámbito del Derecho de la Unión, expresión que implica de acuerdo con la jurisprudencia

pretarse en conformidad con las disposiciones del CEDH y de otros tratados internacionales de derechos humanos (véanse sus arts. 52.3 y 53), también entraña la asunción de obligaciones extraterritoriales por vía mediata; la diferencia en cuanto al grado de obligatoriedad radica en que el intérprete último de las obligaciones que se derivan de la CDFUE es el TJUE, que no ha llegado a pronunciarse sobre este particular, mientras que en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos hay una convicción y sobre todo una práctica consolidada sobre el alcance extraterritorial de sus obligaciones²².

D) La adhesión de la Unión Europea a tratados internacionales de derechos humanos sin duda mejorará sus relaciones bilaterales y dará mayor consistencia y credibilidad a su política externa de derechos humanos, donde la Unión suele recibir críticas por no predicar con el ejemplo, *barriendo la casa*, antes de dar lecciones y exigir insistentemente a sus contrapartes el respeto a los derechos humanos²³. No sólo es estratégicamente conveniente, sino que puede ser una forma eficaz de aumentar el número de partes contratantes en estos tratados multilaterales sobre derechos humanos.

del TJUE en los asuntos *Wachauf* y *ERT* que están obligados cuando realizan actos de aplicación y ejecución del Derecho de la Unión, pero también cuando realizan actos de derogación del mismo y exclusión de su aplicación. Véanse las Sentencias del TJUE de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, asunto C-5/88, Rec. 1989, p. 2609; así como de 18 de junio de 1991, *ERT c. DEP*, cit. *supra*, apartado 42.

²² Sobre las obligaciones extraterritoriales en general, KING, H., «The Extraterritorial Human Rights Obligations of States», *Human Rights Law Review*, vol. 9, n.º 4, 2009, pp. 521-556. La propia CIJ ha tenido la ocasión de confirmar el carácter extraterritorial de las obligaciones que se derivan para los Estados que son parte contratante de los Pactos Internacionales de 1966 relativos a derechos civiles y políticos, y a derechos económicos, sociales y culturales, respectivamente; así como del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989: véase la Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004, *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en los territorios palestinos ocupados*, Rec. 2004, pp. 179-181, apartados 109-113. Nótese que estos tres tratados internacionales constituyen obligaciones convencionales asumidas por todos los Estados miembros de la Unión. El TEDH ha confirmado en un asunto reciente la responsabilidad extraterritorial por violación del CEDH, condenando a Macedonia por infracción de su artículo 5, debido a la detención en Afganistán del recurrente, el nacional alemán Khaled el Masri, que fue enviado en uno de los vuelos de la CIA norteamericana desde Skopje con la complicidad de la Antigua República Yugoslava de Macedonia, véase la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 13 de diciembre de 2012, *El-Masri c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, Recurso n.º 39630/09.

²³ SANZ CABALLERO, S., «Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *loc. cit.*, p. 103. Resulta imprescindible el informe del *Comité de Sages* (compuesto por Antonio Cassese, Catherine Lalumière, Peter Leuprecht y Mary Robinson) titulado *Leading by Example "A Human Rights Agenda for the European Union for the Year 2000*, aparece reproducido en ALSTON, P., BUSTELO, M. y HEENAN, J. (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 921-927. En él se insta a la Unión Europea a adherirse no sólo al CEDH, sino también a la Carta Social Europea.

E) Pese a no estar directa y formalmente obligada la Unión Europea, su ordenamiento jurídico no puede imponer a los Estados miembros obligaciones que vayan en contra de las que éstos contrajeron con anterioridad a su incorporación a la Unión en virtud de tratados internacionales de derechos humanos; ello con independencia de que en tales tratados fueran parte todos los Estados miembros o tan sólo algunos de ellos. Permitir lo contrario llevaría a que los Estados miembros tuvieran la posibilidad de recurrir al artículo 351 TFUE, que confiere la opción de exceptuar la aplicación del Derecho de la Unión temporalmente, lo cual afectaría de forma negativa a su primacía y aplicación uniforme, y los Estados miembros por el contrario se situarían en la tesitura políticamente inviable de tener que proceder a denunciar algunos de los tratados internacionales sobre derechos humanos que concluyeron con anterioridad a su incorporación a la Unión²⁴. Nuevamente, no se trata de un supuesto hipotético puesto que los conflictos se plantean entre algunos aspectos del Derecho de la Unión y las interpretaciones que los órganos de control han hecho de los Pactos de Naciones Unidas de 1966, entre otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. La CIJ ha reconocido que los derechos básicos de la persona así como aquellos derechos conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasiuniversal entrañan obligaciones *erga omnes*²⁵: por lo tanto, en el caso de que el Derecho de la Unión pusiera obstáculos a las obligaciones previas de alguno o todos los Estados miembros en materia de derechos humanos, estaría abocando a sus Estados miembros a la responsabilidad internacional frente a terceros Estados²⁶; algo que iría manifiestamente en contra del deber que el TJUE señaló en el asunto *Burgoa* para «*las Instituciones de la Comunidad de no poner obstáculos al cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros derivadas de un convenio anterior[...] sin que por ello quede vinculada la Comunidad frente al Estado tercero interesado*»²⁷. Se ha

²⁴ BUTLER, I. y DE SCHUTTER, O., «Binding the EU to International Human Rights Law», *loc. cit.*, pp. 287-293. Véase la Sentencia de 4 de julio de 2000, *Comisión c. Portugal*, asunto C-84/98, Rec. 2000, p. I-5215, apartados 58 y 59.

²⁵ Sentencia de la CIJ de 5 de febrero de 1970, *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, Rec. 1970, p. 32, apartados 33 y 34. En otro orden de ideas, puede verse la Sentencia de la CIJ de 30 de noviembre de 2010, asunto *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. República Democrática del Congo)*, Rec. 2010, p. 639. En este último caso la CIJ constata la infracción de los artículos 9.1, 9.2 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁶ AHMED, T. y BUTLER, I., «The European Union and Human Rights: An International Law Perspective», *loc. cit.*, p. 779.

²⁷ Sentencia de 14 de octubre de 1980, *Attorney General c. Burgoa*, asunto 812/79, Rec. 1980, p. 2787, apartado 9. Mayor detalle sobre el régimen del artículo 351 TFUE (*ex art.* 234 TCE) puede consultarse en: ROLDÁN BARBERO, J., «Una revisión del artículo 234 del TCE: la Sentencia *Levy* dictada por el TJCE el 2 de agosto de 1993», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, n.º 2, 1994, pp. 481-498.

llegado a decir que la Unión debe respetar los tratados internacionales de derechos humanos *como si estuviera directamente vinculada* por ellos, *incluso en el caso de aquellos en los que no todos los Estados miembros son parte*²⁸. Por lo tanto, sería conveniente y clarificador que la Unión Europea se convirtiese en parte contratante *como mínimo* de aquellos tratados internacionales que obligan a *todos* los Estados miembros, siempre y cuando se introdujeran en ellos las reformas pertinentes para permitir la participación de una organización internacional, y siempre y cuando fuera posible tal vinculación sin afectar al principio de competencias por atribución.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA COMPETENCIA EXTERNA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA CONCLUSIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

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

Como indica Roldán Barbero, para determinar la existencia y el alcance de la competencia externa de la Unión Europea hay que interpretar el Derecho originario y sondear la profundidad del derecho derivado²⁹; de partida podemos decir que el carácter de la competencia externa de la Unión para concluir un tratado de derechos humanos no va a ser exclusivo aún en el caso de tratados que afecten a áreas donde la competencia de la Unión pueda serlo, puesto que todos los tratados relativos a la protección de derechos huma-

²⁸ BESSELINK, L., «Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union», *Common Market Law Review*, vol. 35, pp. 670-674. Frente a este *universalized maximum standard*, Weiler propone una amalgama de estándares paneuropea cuya interferencia con los propósitos económicos de la integración europea sea mínima, véase, WEILER, J. H. H., «Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights», en NEUWAHL, N. y ROSAS, A. (eds.), *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1995, pp. 51-76.

²⁹ ROLDÁN BARBERO, J., «La delimitación de competencias en las relaciones exteriores de la Unión Europea», en LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (dir.) y LÓPEZ-JURADO, C. (coord.), *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Universidad de Granada, 2003, p. 118.

nos establecen obligaciones en áreas donde tanto la Unión como sus Estados miembros pueden tener algún grado de competencia.

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

A) En primer lugar, entre los nuevos objetivos internos de la Unión el artículo 3.3 TUE sitúa la lucha contra la exclusión social y la discriminación, el fomento de la justicia (¿social?), la igualdad entre hombres y mujeres, la protección de los derechos del niño, así como de la diversidad cultural y lingüística, entre otros. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión *contribuirá* a la paz, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, en especial los derechos del niño, así como al estricto desarrollo y respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Dichos objetivos se sitúan con carácter nuclear y existencial para la Unión en tanto que organización internacional y su vocación es claramente horizontal, omnimoda y transversal. Constituyen el complemento idóneo a los valores fundacionales de la Unión que consagra el artículo 2 TUE: dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. La Unión de acuerdo con el artículo 3.6 TUE tiene la obligación de perseguir dichos objetivos, que traducen sus valores esenciales, de conformidad con los medios que considere adecuados para ello, dentro del respeto a las competencias que tiene atribuidas.

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

C) En tercer lugar, no menos ambiciosa es la redacción del artículo 21 TUE en su primer y segundo apartados, que se enmarcan dentro de las disposiciones generales comunes a todos los ámbitos de la extensa acción exterior de la Unión Europea y nuevamente de carácter cuasi omnímodo: se habla del desarrollo, fomento y ampliación en el resto del mundo de la democracia, del Estado de Derecho, de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, del respeto a la dignidad humana y hacia los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional. Se aboga por la cooperación con organizaciones regionales o mundiales que compartan estos principios, con mención especial a las soluciones multilaterales a problemas comunes en el marco de Naciones Unidas.

D) Por último, y aunque no sea una novedad introducida en la reforma operada por el Tratado de Lisboa, otras disposiciones dispersas en el articulado del TFUE en el marco de políticas concretas remiten al respeto de las disposiciones y objetivos de tratados internacionales como la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados o la Carta Social Europea de Turín de 1961 (arts. 78 y 151 TFUE).

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

En primer lugar, como demuestra el caso de la discapacidad, en aquellas áreas donde el modelo legislativo de la Unión Europea anticipa y se erige en parte en punta de lanza del fenómeno codificador convencional en el ámbito universal, la jurisprudencia *AETR*³⁰, puede determinar la autoridad de la Unión para negociar y concluir tratados internacionales de derechos humanos en áreas pioneras que profundicen en la mencionada tendencia hacia la progresiva *sectorialización*, *individualización* o *especificación* de los derechos humanos de categorías homogéneas de personas que presentan necesidades particulares (piénsese en las posibilidades futuras de que aparezca un tratado internacional destinado a proteger los derechos humanos de las personas mayores, o a eliminar la discriminación específicamente por razón de

³⁰ Sentencia de 31 de marzo de 1971, *Comisión c. Consejo*, cit. *supra*. Nótese que el Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, cit. *supra*, apartado 10, constata que la aplicación de la doctrina *AETR* no se limita a las medidas adoptadas en el ámbito de una política común.

creencias religiosas, orientación sexual, etc.)³¹. En tales supuestos, la motivación de la Unión para participar en la negociación, elaboración y manifestación del consentimiento en obligarse en virtud de tratados internacionales radicaría en la necesidad de preservar e incluso exportar su modelo legislativo interno susceptible de ver afectada su uniformidad en caso de que fueran sólo los Estados miembros los participantes en la fijación del contenido de un nuevo texto convencional. De este modo podría extraerse la autoridad de la Unión para concluir futuros tratados internacionales sobre derechos humanos sin llegar a excluir la capacidad contractual de los Estados miembros. Como ha puesto de manifiesto el TJUE en su Dictamen 1/03³² el riesgo de afectación de las normas comunes del que deriva la competencia externa implícita de la Unión debe ponderarse mediante un análisis concreto y no *in abstracto*: la sola constatación de una correspondencia elevada entre los dominios cubiertos por un acuerdo internacional y aquellos cubiertos por las reglas internas no es suficiente para determinar la existencia de afectación, también deben tenerse en cuenta la naturaleza y el contenido de estas reglas y disposiciones y sus evoluciones previsibles futuras con la finalidad de determinar si el acuerdo es o no susceptible de atentar contra la aplicación uniforme y coherente de las reglas comunes³³. Como se verá, este razonamiento podría permitir la autoridad de la Unión para adherirse a otros mecanismos convencionales ya existentes para la protección de los derechos humanos.

El segundo fundamento del que podría inferirse la existencia de competencia externa implícita para que la Unión pueda concluir ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos radicaría no en el riesgo de afectación de reglas comunes, sino en la necesidad de ejercer la competencia externa para permitir un ejercicio útil de la competencia interna atribuida a la Unión: se trata del principio *in foro interno in foro externo* tal y como fue precisado por el TJUE en *Kramer*³⁴ y su célebre Dictamen 1/76³⁵; el TJUE precisó que siempre que en el ámbito interno se haya atribuido a las instituciones la competencia para la consecución de un objetivo determinado, la Comunidad (hoy la Unión³⁶) estará facultada para contraer las obligaciones internacionales necesarias (en defecto de habilitación competencial expresa) para la realización de dichos objetivos a los que se orienta el ejercicio de la

³¹ MÉGRET, F., «The Human Rights of Older Persons: A Growing Challenge», *Human Rights Law Review*, vol. 11, n.º 1, 2011, pp. 37-66.

³² Dictamen 1/03, de 7 de febrero de 2006, cit. *supra*.

³³ ADAM, S., DEVISSCHER, P. y VAN ELSUWEGE, P., «Chronique de Jurisprudence Communautaire. Les relations extérieures (1er janvier 2006-31 décembre 2008)», *loc. cit.*, pp. 480-481.

³⁴ Sentencia de 14 de julio de 1976, *Kramer*, cit. *supra*.

³⁵ Dictamen 1/76, de 26 de abril de 1977, cit. *supra*.

³⁶ Dicha doctrina ha sido parcialmente codificada en el actual artículo 3.2 TFUE.

competencia interna, ello aun cuando no se haya llegado a ejercer la competencia interna. El TJUE parece requerir un nexo causal regido por un criterio de necesidad entre la participación de la Unión en el acuerdo internacional y la consecución del objetivo perseguido en aras de cuya consecución la Unión ha recibido la competencia interna atribuida de la que deriva el paralelismo. En su jurisprudencia posterior (Dictamen 1/94, *cielos abiertos*) el TJUE ha endurecido las condiciones para deducir según este razonamiento la existencia de una competencia externa implícita, exigiendo por un lado que la competencia interna únicamente pueda ejercitarse adecuadamente al mismo tiempo que la competencia externa, y por otro que la celebración del acuerdo internacional sea necesaria para realizar los objetivos del Tratado que no puedan alcanzarse mediante el establecimiento de normas autónomas³⁷.

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

³⁷ Dictamen del TJUE, 1/94, de 15 de noviembre de 1994, cit. *supra*, apartado 89; y Sentencia de 5 de noviembre de 2002, *Comisión c. Dinamarca*, cit. *supra*, apartado 57.

garantizar que la competencia interna para el establecimiento de normas autónomas contribuya a la realización de los objetivos antes mencionados, o al menos no obstruya e interfiera en su consecución y protección, sea procediendo la Unión a manifestar su consentimiento en obligarse por vía convencional con arreglo a un determinado tratado cuyo mecanismo de supervisión o control permita constatar si el ejercicio de la competencia interna es conforme o no a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Por tanto, existiría competencia externa implícita siempre y cuando se acredite el nexo entre la conclusión del acuerdo internacional y la garantía de que el ejercicio de las competencias internas estará orientado al logro de sus objetivos de derechos humanos o no los conculcará. Ésta sería una forma indiciaria de orientar el ejercicio de las competencias internas a la consecución de dichos objetivos, sin que necesariamente suponga la vinculación convencional una garantía absoluta de respeto a las normas de derechos humanos. No obstante, dicha vinculación sí podría proporcionar elementos de juicio suficientes a las instituciones para enjuiciar el grado de cumplimiento de dichos objetivos, de ahí que pueda defenderse la necesidad de que la Unión se adhiera a ciertos tratados internacionales de derechos humanos para garantizar que el ejercicio de las competencias internas atribuidas a las instituciones y la adopción de normas autónomas en virtud de ellas constituyen una traducción adecuada de los numerosos objetivos dispersos en el Derecho originario que entroncan con la protección de los derechos humanos.

En tercer lugar, en ausencia de competencia explícita, cabe señalar como *ultima ratio* para determinar la competencia externa de la Unión Europea para convertirse en parte contratante en tratados internacionales sobre derechos humanos el recurso a la cláusula de imprevisión competencial ahora recogida en el artículo 352 TFUE. Ésta entraría en juego dada la ausencia de poderes explícitos atribuidos a las instituciones para lograr objetivos como el referente a la protección de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos en las relaciones con el resto del mundo, ahora bien, su activación además de estar vedada en las materias PESC, requiere elevadas cotas de voluntad política: unanimidad en el Consejo, propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Por supuesto, el empleo de esta cláusula no es enteramente discrecional, sino que está sujeto al control del TJUE. No debe desdeñarse que el artículo 352 TFUE (entonces 235 TCE) sirvió en 1999 como base jurídica para la adopción de un Reglamento comunitario relativo a la asistencia técnica y financiera a las acciones destinadas a la promoción y protección³⁸ en el exterior de los derechos humanos.

³⁸ Reglamento 976/1999/CE del Consejo, de 29 de abril de 1999, por el que se fijan los requisitos para la aplicación de las acciones comunitarias, distintas de las de cooperación al desarrollo que, dentro del marco de la política de cooperación comunitaria, contribuyan a al-

te, en materia de derechos fundamentales se encuentran ejemplos sólidos de utilización en el pasado de la cláusula de imprevisión competencial tanto para la adopción de actos internos —como ilustra el establecimiento de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea—³⁹ como para la adopción de actos externos —caso del Acuerdo entre la entonces Comunidad Europea y el Consejo de Europa en materia de cooperación entre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa—⁴⁰.

III. ALGUNOS TRATADOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CUYA CONCLUSIÓN PODRÍA PLANTEARSE LA UNIÓN EUROPEA DENTRO DEL RESPETO AL PRINCIPIO DE COMPETENCIAS POR ATRIBUCIÓN

Del mismo modo que la Unión ha concluido la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Unión podría plantearse su adhesión a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, así como a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 al haber legislado en gran medida en áreas cubiertas por estos tratados internacionales⁴¹. Sin ir más lejos, la flamante Directiva 2012/29/

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

³⁹ Reglamento 168/2007/CE del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *DOUE* Serie L 53/1, de 22 de febrero de 2007. Idéntico fundamento competencial en el entonces artículo 308 TCE presenta la Decisión del Consejo, de 19 de abril de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico Derechos Fundamentales y ciudadanía, integrado en el programa general Derechos fundamentales y justicia, *DOUE* Serie L 110/33, de 27 de abril de 2007.

⁴⁰ Decisión del Consejo 2008/578/CE, de 28 de febrero de 2008, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Consejo de Europa en materia de cooperación entre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa, *DOUE* Serie L 186/6, de 15 de julio de 2008.

⁴¹ Dicha competencia externa podría establecerse con arreglo a la jurisprudencia *AETR* y tendría un carácter exclusivo derivado del campo de aplicación de la regulación interna que

UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, invoca en el sexto considerando de su Preámbulo la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979⁴². Igualmente debe apuntarse la posible utilización de la cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE para que la Unión pudiera convertirse en parte contratante de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Éstos no son los únicos supuestos en que resulta pertinente plantearse la competencia externa de la Unión Europea; por ejemplo, la nueva competencia que introduce el artículo 75 TFUE dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia permite a la Unión adoptar en el marco de la lucha contra el terrorismo un marco de medidas administrativas sobre movimientos de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos, cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales. Dicha competencia interna puede afectar negativamente a algunos de los derechos recogidos en el Pacto de 1966 de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos⁴³, por lo que de nuevo y a la luz del Dictamen 1/76, la competencia interna potencial aun sin haberse ejercido puede dar a la Unión la competencia externa siempre y cuando la participación de la Unión en el acuerdo internacional sea necesaria para la consecución de alguno de los objetivos de la Unión. En este caso las denominadas «sanciones inteligentes» que contempla el artículo 75 TFUE se orientan al logro de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia entre cuyos objetivos primordiales se encuentra el respeto a los derechos fundamentales⁴⁴. Otro ejemplo de actos

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

⁴² Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, *DOUE* Serie L 315/57, de 14 de noviembre de 2012.

⁴³ Constituye una obligación internacional común a todos los Estados miembros de la Unión Europea.

⁴⁴ Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el TJUE ha considerado que la base jurídica adecuada para el Reglamento 1286/2009/UE, de 22 de diciembre de 2009, relativo a las medidas restrictivas contra determinadas personas y entidades asociadas con Osama Bin

susceptibles de otorgar competencia externa a la Unión para convertirse en parte contratante en el Pacto de 1966 sobre Derechos Civiles y Políticos son las Decisiones adoptadas en el marco de la PESC, al margen de resolución alguna del Consejo de Seguridad, sobre medidas restrictivas contra determinadas personas y entidades implicadas o responsables de violaciones graves de los derechos humanos en Irán, o asociadas con aquéllas⁴⁵.

Siguiendo esta línea de razonamiento y a la luz de algunas de las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se ha dicho que del ejercicio de los poderes exclusivos que la Unión ostenta en el ámbito de la Política Agrícola Común o para la adopción de sanciones económicas dentro de la Política Comercial Común podrían derivarse acciones y medidas que entraran en conflicto con algunos de los derechos recogidos en el Pacto de 1966 de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁶. Dichas atribuciones con idéntico razonamiento al Pacto de Derechos Civiles y Políticos ofrecerían la competencia externa a la Unión para acceder a este tratado del que igualmente son parte todos sus Estados miembros.

El artículo 153 TFUE otorga a la Unión en materia social y laboral una competencia complementaria a la de los Estados miembros para el logro de los objetivos fijados en el artículo 151 TFUE en el que se invoca la Carta Social Europea de Turín de 18 de octubre de 1961. Se ha dicho que en la medida en que la Unión ha ejercido su competencia normativa interna en el domi-

Laden, la red Al Qaeda y los talibanes no era el artículo 75 TFUE, que sigue el procedimiento legislativo ordinario con plena intervención del Parlamento Europeo y pronunciamiento del Consejo de la Unión por mayoría cualificada, sino el artículo 215, apartado 2, TFUE, donde el Parlamento Europeo únicamente debe ser informado. Además de en el procedimiento y en las menores prerrogativas que el Parlamento Europeo tiene en el artículo 215.2 TFUE, la diferencia entre ambas bases jurídicas estriba en que el empleo del artículo 215, apartado 2, TFUE requiere la existencia de un previo acto adoptado en el ámbito de la PESC. Debe verse la Sentencia de 19 de julio de 2012, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-130/10 (pendiente de publicación), Rec. 2012.

⁴⁵ Entre otras, véase, la Decisión 2011/235/PESC del Consejo, de 12 de abril de 2011, relativa a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades habida cuenta de la situación en Irán, *DOUE* Serie L 100/51, de 14 de abril de 2011. Véase JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Las sanciones internacionales en el marco europeo: “Protección diplomática subsidiaria”, “Contramedidas colectivas” y el Estado de Derecho. Reflexiones en torno al asunto Bank Mellí Iran y el derecho de defensa», *RGDE*, n.º 29, 2013.

⁴⁶ BUTLER, I. y DE SCHUTTER, O., «Binding the EU to International Human Rights Law», *loc. cit.*, p. 315. Véanse, la Observación General n.º 12, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, 20.º Período de Sesiones, 1999, HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 71-80; y la Observación General n.º 8, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales*, 17.º Período de Sesiones, 1997, HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 57-60.

nio social sobre áreas que coinciden con los derechos enunciados en la Carta Social Europea tiene la competencia externa para adherirse a ella de acuerdo con lo razonado por el TJUE en el Dictamen 2/91⁴⁷.

El artículo 78 TFUE señala que la política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal que la Unión Europea debe desarrollar debe ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967⁴⁸ sobre el Estatuto de los Refugiados. Precisamente, la puesta en marcha de un *sistema europeo común de asilo*, ha supuesto en su primera fase —ahora sujeta a revisión mediante el procedimiento legislativo ordinario— la adopción de un importante conjunto de medidas legislativas⁴⁹, suficientes para otorgar la competencia externa a la Unión para adherirse formalmente a este tratado internacional y a su protocolo, adhesión que arrojaría mayor certidumbre jurídica. De este modo, la

⁴⁷ Dictamen 2/91, de 19 de marzo de 1993, cit. *supra*, apartados 14-17. Véanse, DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne révisée», *EUI Working Paper LAW*, n.º 2004/11, Florencia, 2004, p. 14. La Carta Social Europea no ha sido ratificada por todos los Estados miembros (Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Lituania y Rumanía no lo han hecho) y en su versión revisada de 3 de mayo de 1996 tampoco constituye una obligación internacional común a todos los Estados miembros de la Unión Europea (Alemania, Dinamarca, España, Grecia, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Reino Unido y República Checa no se han obligado en relación con ella).

⁴⁸ Ambos han sido ratificados por todos los Estados miembros.

⁴⁹ El conocido como *asylum package*, está integrado por: la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, *DOUE* Serie L 212/12, de 7 de agosto de 2001; la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, *DOUE* Serie L 31/18, de 6 de febrero de 2003; el Reglamento 343/2003/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, *DOUE* Serie L 50/1, de 25 de febrero de 2003; la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, *DOUE* Serie L 304/12, de 30 de abril de 2004; y, por último, la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, *DOUE* Serie L 326/13, de 13 de diciembre de 2005. La Directiva 2004/83/CE ha sido objeto de refundición por la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, *DOUE* Serie L 337/9, de 20 de diciembre de 2011.

Agencia FRONTEX⁵⁰ quedaría obligada internacionalmente, de forma explícita y convencional, en sus operaciones de coordinación de las autoridades de los Estados miembros encargadas del control fronterizo y migratorio a respetar una garantía esencial que regula este tratado: la prohibición de *refoulement*, que también ha sido incorporada en la CDFUE⁵¹, la cual asume la jurisprudencia del TEDH⁵². La diferencia es que mediante la asunción expresa de esta obligación jurídica por vía convencional se visibiliza, refuerza y consolida esta obligación *erga omnes*, más allá del más que probable carácter de norma imperativa de la prohibición de *refoulement*, y más allá del sistema «autoreferenciado»⁵³ de la CDFUE y de la incorporación por referencia⁵⁴ que tanto ésta como el Derecho originario realizan de la Convención de Ginebra y cuyo control culmina en el propio TJUE, en la perspectiva de que el proceso de adhesión de la Unión al CEDH se vea completado.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha venido mostrando su preocupación acerca del modo de gestionar por los Estados miembros los flujos migratorios denominados *mixtos* (es decir, aquellos que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes) llegados en procedencia de la ribera sur del Mediterráneo⁵⁵. La práctica de los

⁵⁰ Fue establecida por el Reglamento 2007/2004/CE del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, *DOUE* Serie L 349/1, de 25 de noviembre de 2004. Véase el Reglamento 1168/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que modifica el anterior Reglamento, *DOUE* Serie L 304/1, de 22 de noviembre de 2011.

⁵¹ Véase el artículo 19.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁵² La CDFUE ha incorporado la jurisprudencia del TEDH relativa al alcance extraterritorial del artículo 3 CEDH en los casos de devolución/expulsión de un individuo que se inició con la germinal Sentencia del TEDH de 7 de julio de 1989, *Soering*, Recurso n.º 14038/88, véase su apartado 91. Un comentario sobre la misma en, ROLDÁN BARBERO, J., «La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La sentencia *Soering* de 7 de julio de 1989», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 17, n.º 2, 1990, pp. 537-558.

⁵³ Término acuñado para enfatizar la idea de que el modelo de protección de los derechos fundamentales de la UE tradicionalmente ha pretendido transmitir la idea de que la protección de los derechos fundamentales nace y se agota en el ordenamiento autónomo de la Unión en el que el TJUE ha extraído libremente los principios generales del ordenamiento internacional y de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros.

⁵⁴ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La incorporación por referencia en el derecho de los Tratados», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 37, n.º 1, 1985, pp. 7-40.

⁵⁵ Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1821 (2011), *L'interception et le sauvetage en mer de demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants en situation irrégulière*, Estrasburgo, 21 de junio de 2011, disponible en: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta11/FRES1821.htm>.

Ésta definición es la que propone la Organización Internacional de las Migraciones para los denominados flujos mixtos, en tanto que movimientos de población complejos, véase *In-*

Estados miembros ribereños, tanto previa como posterior a los cambios radicales introducidos por las *primaveras árabes*, se ha visto recientemente censurada por el TEDH⁵⁶, que con ocasión de la aplicación de los acuerdos bilaterales entre Italia y Libia para cooperar en la lucha contra la inmigración clandestina, ha reafirmado el carácter consuetudinario y extraterritorial de la prohibición de *refoulement* —siguiendo la opinión del ACNUR—⁵⁷.

La Unión Europea y todas sus instituciones, organismos y agencias ya están, por tanto, obligadas por esta norma de *non-refoulement*; bien en su calidad de norma imperativa, bien sea meramente como una norma de naturaleza consuetudinaria: no obstante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha puesto de manifiesto que las garantías de respeto al Derecho internacional de los Derechos humanos en las operaciones conjuntas que coordina FRONTEX siguen siendo insuficientes⁵⁸.

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

En el ámbito del Consejo de Europa encontramos varios ejemplos de tratados destinados a la protección de los derechos humanos que han previsto

ternational Migration Law. Glossary on Migration, Ginebra, 2004, p. 42, disponible en: http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/published_docs/serial_publications/Glossary_eng.pdf

⁵⁶ Véase, *Bulletin Quotidien Agence Europe* de 24 de febrero de 2012, punto 7.

⁵⁷ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, Recurso n.º 27765/09. Este asunto deja abierta la incógnita de si actuaban dentro del ámbito del Derecho de la Unión las autoridades italianas que interceptaron a los residentes de Eritrea y Somalia en aguas de Malta, que fueron posteriormente devueltos a Libia, en aplicación del acuerdo bilateral, sin posibilidad de introducir una demanda de asilo en el territorio de ningún Estado miembro de la Unión Europea. Sobre este asunto debe verse MORENO LAX, V., «Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?», *Human Rights Law Review*, vol. 12, n.º 3, 2012, pp. 574-598. En similares términos se ha pronunciado la Corte Suprema de Australia, al entender que un acuerdo bilateral entre Australia y Malasia, en el que se establecía la devolución a este segundo país de inmigrantes irregulares y potenciales demandantes de asilo interceptados en el mar por las autoridades australianas: la Corte censura que las escasas garantías de que los potenciales demandantes de asilo devueltos recibían en Malasia acceso a un proceso justo de determinación del estatuto de refugiado pueden conducir a una vulneración de la prohibición de *refoulement*, véase LOWES, S., «The Legality of Extraterritorial Processing of Asylum Claims: The Judgment of the High Court of Australia in the ‘Malaysian Solution’ Case», *Human Rights Law Review*, vol. 12, n.º 1, 2012, pp. 168-182.

⁵⁸ Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 1821 (2011), cit. *supra*.

que la Unión Europea (la antigua Comunidad Europea) se convierta en parte contratante (amén del ya citado CEDH): el primero es el innovador Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997⁵⁹; el segundo es el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001⁶⁰, y que prevé asimismo la adhesión de la Unión al Convenio de 28 de enero de 1981⁶¹; mientras que en tercer lugar encontramos el Convenio (CETS n.º 197) sobre la lucha contra la trata de seres humanos adoptado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia; en cuarto lugar, el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007⁶²; y, por último, encontramos el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra la violencia doméstica y hacia la mujer y su prevención (CETS n.º 210) abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011 que también prevé la adhesión de la Unión Europea⁶³.

En el caso de los derechos humanos en el ámbito de la biología y la medicina la previsión de que la Unión se adhiera no se trata de un *brindis al sol*, no en vano, la Unión dispone en virtud del artículo 168.4.a) TFUE de la atribución competencial para adoptar mediante el procedimiento legislativo ordinario medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano, así como de la sangre y derivados de la sangre. Puede decirse que la Unión ha legislado en ámbitos cubiertos por el Convenio de Oviedo en grado suficiente para considerar como necesaria su adhesión y para establecer su competencia externa⁶⁴.

⁵⁹ Serie de Convenios del Consejo de Europa (CETS en adelante) n.º 164. Este tratado internacional no ha sido ratificado por todos los Estados miembros pese a que las disposiciones contenidas en los artículos 1 y 3 CDFUE están claramente inspiradas en él. Igualmente, el Protocolo Adicional a este Convenio hecho en París el 12 de enero de 1998, CETS n.º 168, donde se establece la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos prevé que la Unión Europea pueda participar.

⁶⁰ CETS n.º 181, no ha sido ratificado por todos los Estados miembros.

⁶¹ CETS n.º 108, constituye una obligación convencional común a todos los Estados miembros. Sobre este Convenio puede verse, GARZÓN CLARIANA, G., «La protección de los datos personales y la función normativa del Consejo de Europa», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 8, n.º 1, 1981, pp. 9-25.

⁶² CETS n.º 201. No se trata de un instrumento que haya recibido la ratificación unánime de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁶³ La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, cit. *supra*, alude a este tratado internacional en el sexto considerando de su Preámbulo.

⁶⁴ Véase la Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, *DOUE* Serie L

En el caso del Convenio relativo a la protección de datos de carácter personal, la competencia externa de la Unión puede establecerse siguiendo el mismo razonamiento: el artículo 16 TFUE prevé una base jurídica para la adopción de normativa interna con arreglo al procedimiento legislativo ordinario⁶⁵ y el artículo 39 TUE prevé una disposición específica para el ámbito de la PESC que atribuye al Consejo de la Unión la potestad para adoptar una decisión donde fije el marco legal para la protección de los datos de carácter personal de personas físicas⁶⁶.

Por su parte el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, podría ser concluido por la Unión, aprovechando las competencias atribuidas en materia de asilo e inmigración, siguiendo el ejemplo establecido al adherirse al conocido como *Protocolo de Palermo* adoptado en el ámbito de Naciones Unidas⁶⁷.

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

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

213/13, de 30 de julio de 1998; sobre su aplicación resulta interesante la reciente Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2011, *Brüstle c. Greenpeace eV*, asunto C-34/10 (pendiente de publicación), Rec. 2011, en ella el TJUE además de señalar una definición del término «embrión humano» deja a discreción del juez nacional si deben ser consideradas como embriones humanos las células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el sentido de la Directiva, en cualquier caso, su posible patentabilidad queda limitada a supuestos de utilización con fines terapéuticos o de diagnóstico.

⁶⁵ Esta competencia se ejerció con la adopción de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *DOUE* Serie L 381/31, de 23 de noviembre de 1995.

⁶⁶ En la introducción de este artículo puede estar presente la intención de evitar litigios como el relativo a los Acuerdos *PNR* con Estados Unidos, véase la Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*.

⁶⁷ Véase la Decisión del Consejo 2006/619/CE, de 24 de julio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada en lo que se refiere a las disposiciones del Protocolo, en la medida en que éstas entran en el ámbito de aplicación de la parte III, título IV, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, *DOUE* Serie L 262/51, de 22 de septiembre de 2006.

Lo cierto es que la Unión Europea no se ha adherido hasta el momento presente a ninguno de los tratados internacionales de derechos humanos adoptados en el seno del Consejo de Europa que posibilitan expresamente la adquisición de la condición de parte contratante. En cualquier caso, la causa radica no en la falta de competencia de la Unión Europea para convertirse en parte contratante de los mismos, sino en la ausencia de voluntad política. Esta enumeración de tratados no pretende ser exhaustiva ni agotar los hipotéticos supuestos en que pueda ejercerse la actividad convencional de la Unión en el ámbito de los derechos humanos, más bien se apunta con la intención de ejemplificar los casos más significativos.

En cuanto al posible uso de la cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE, anteriormente se señaló además la posibilidad de emplearla para adherirse a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989⁶⁸; pero de nuevo éste no agota las posibilidades de este mecanismo para subsanar la imprevisión competencial expresa en el campo de los derechos humanos: el nuevo artículo 352 TFUE deja claro que permite perseguir dentro del ámbito de las políticas definidas en los Tratados la consecución de uno de los objetivos que éstos fijan, siempre y cuando ninguna otra disposición del Derecho originario otorgue a las instituciones la competencia necesaria para adoptar el acto tendente a alcanzar dichos objetivos⁶⁹. Este mecanismo es subsidiario y no complementario al recurso a las competencias implícitas, y en ningún caso puede emplearse para atribuir nuevas competencias a la Unión ni para modificar la naturaleza de aquellas competencias que tiene atribuidas⁷⁰. Fuera de la virtualidad del mecanismo de flexibilidad quedan los objetivos definidos para la PESC. Otra limitación inherente a la utilización de esta base jurídica que contiene el artículo 352 TFUE es que no puede servir para adoptar medidas de armonización en ámbitos donde otras disposiciones del Derecho originario excluyen expresamente la armonización. Por tanto, hay que entender que este mecanismo está disponible para alcanzar los objetivos dispersos a lo largo de ambos tratados en el marco de las diferentes políticas (no discriminación, ciudadanía, inmigración, empleo, política social, educación, cultura, salud pública, etc.), además de los objetivos de la Unión Europea previstos en los artículos 3.3 y 3.5 TUE (lucha contra la exclusión social y la

⁶⁸ Del mismo modo la cláusula de flexibilidad podría emplearse para la conclusión del Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño, Convenio n.º 160 del Consejo de Europa, de 25 de enero de 1996, que se trata de un acuerdo internacional ignorado por la gran mayoría de Estados miembros.

⁶⁹ Véase la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 1987, *Comisión c. Consejo*, asunto 45/86, Rec. 1987, p. 1493, apartado 13.

⁷⁰ NEFRAMI, E., *L'Action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, op. cit., pp. 71-75.

discriminación, fomento de la justicia, igualdad entre hombres y mujeres⁷¹, diversidad cultural y lingüística, conservación y desarrollo del patrimonio cultural europeo, erradicación de la pobreza...). Por su parte, el artículo 3.5 TUE contiene dos objetivos clave a estos efectos y que se formulan de una forma deliberadamente extensiva: la protección de los derechos humanos y el estricto respeto y desarrollo del Derecho internacional, en especial el respeto a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Igualmente interesantes para la aplicación de la cláusula de flexibilidad resultan los principios rectores que deben inspirar la acción exterior de la Unión Europea de acuerdo con el nuevo artículo 21.1 TUE: el fomento de la democracia, del Estado de Derecho, de la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como el respeto de la dignidad humana y de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional nuevamente. Por tanto, el artículo 352 TFUE, siempre y cuando exista la voluntad política, constituye una importante baza que puede actuar de forma subsidiaria respecto al argumento del paralelismo de competencias y que abre un abanico de tratados internacionales existentes a los que la Unión podría adherirse, sin perjuicio de que también pueda participar en la elaboración de tratados de nueva planta que puedan gestarse en los próximos años siguiendo el precedente de la discapacidad y la especialización de los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos⁷².

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

⁷¹ Piénsese por ejemplo en este ámbito, en el importante rol de liderazgo que podría ejercer la Unión mediante su conclusión para instar a sus propios Estados miembros a ratificar el reciente Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra la violencia doméstica y hacia la mujer y su prevención, CETS n.º 210.

⁷² En el comentario al artículo I-7&3 del Proyecto de Tratado Constitucional Europeo, puede verse como del hecho de que sólo se contemplase la competencia expresa de la Unión para adherirse al CEDH no cabía deducir que la Unión no tuviera competencias externas para concluir otros tratados de derechos humanos, ni negaba la posibilidad de recurrir con tal fin a la cláusula de flexibilidad: «[...] es evidente que este apartado, modificado por el Praesidium, no puede interpretarse en el sentido de que excluye la posibilidad de adherirse a otros convenios en materia de derechos humanos, posibilidad abierta en virtud de otras bases jurídicas previstas en la Constitución (a saber, las distintas políticas que presentan un vínculo con esos convenios, o incluso la cláusula de flexibilidad contenida en el artículo I-17)», Nota del Praesidium a la Convención, *Proyecto de Constitución, Volumen I, Texto revisado de la Parte I*, CONV 724/03, Bruselas, 24 de mayo de 2003.

— La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 10 de diciembre de 1984⁷³; o la reciente Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; todas ellas adoptadas en el seno de Naciones Unidas. Con la conclusión de estos tratados internacionales se consolidarían mayores garantías en relación a las existentes, en el ámbito de las misiones establecidas dentro de la Política Común de Seguridad y Defensa cuando son puestas a disposición de la Unión capacidades operativas basadas en medios militares de los Estados miembros para actuar garantizando el mantenimiento de la paz, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la seguridad internacional conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

— En los ámbitos de lucha contra la discriminación y de la cultura entre otros: la Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960, hecha en París el 14 de diciembre de 1960; así como la Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes, entre otras⁷⁴. En este ámbito la Unión Europea ya ha concluido la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, de 20 de octubre de 2005⁷⁵. Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa algunos tratados relevantes son: el Convenio Cultural Europeo, abierto a la firma en París el 19 de diciembre de 1954⁷⁶; el Convenio Europeo sobre la equivalencia de períodos de estudios, universitarios, hecho en París el 15 de diciembre de 1956⁷⁷; el Protocolo n.º 12 al CEDH que contiene una prohibición general de discriminación, de es-

⁷³ Con idéntico razonamiento cabe plantearse la conclusión por la Unión Europea del Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, CETS n.º 126.

⁷⁴ Adoptada mediante Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1985, A/RES/40/64.

⁷⁵ Ésta fue concluida por la Unión Europea, sin necesidad de recurso al artículo 352 TFUE —entonces 308 TCE—, a través de los artículos 133, 151, 181 y 181A del antiguo TCE, debe verse la Decisión del Consejo 2006/515/CE, de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, *DOUE* Serie L 201/15, de 25 de julio de 2006. El artículo 5.1 de la Convención ilustra la vinculación de la Unión Europea al Derecho internacional de los Derechos humanos de forma mediata: «Las Partes, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, los principios del derecho internacional y los instrumentos de derechos humanos universalmente reconocidos, reafirman su derecho soberano a formular y aplicar sus políticas culturales y a adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de las expresiones culturales, así como a reforzar la cooperación internacional para lograr los objetivos de la presente Convención».

⁷⁶ CETS n.º 18. Todos los Estados miembros de la Unión Europea son parte en el mismo.

⁷⁷ CETS n.º 21. No obliga a todos los Estados miembros.

casa aceptación entre los Estados miembros. Finalmente, los dos tratados internacionales del Consejo de Europa que sin duda mostrarían mayor conflictividad para su aplicación en el ordenamiento de la Unión Europea: la Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias, de 5 de noviembre de 1992⁷⁸ y la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 10 de noviembre de 1994⁷⁹.

IV. REFLEXIONES FINALES⁸⁰

El valor añadido de la adhesión de la Unión Europea a tratados internacionales para la protección de los derechos humanos radica, como se ha argumentado, fundamentalmente en la sumisión de ésta —en el ejercicio de los extensos poderes que los Estados miembros le han conferido— a la supervisión de organismos independientes creados para el control de la aplicación de dichos tratados. De este modo dejaría de ser la propia Unión Europea el juez último de su comportamiento y de su cumplimiento de las obligaciones internacionales existentes en esta área. Cuando alguien se erige en el juez definitivo de sus propios actos, puede incurrir fácilmente en la excesiva autocrítica o bien en la indulgencia hacia sí mismo, en el terreno de los derechos humanos frente a terceros resulta difícil dar una garantía de imparcialidad y neutralidad actuando como juez propio. Esta nueva tendencia debe llevarse a cabo dentro del respeto al principio de competencias por atribución y no debería ceñirse estrictamente a ámbitos donde la Unión tenga una competencia interna sustantiva; puesto que, dado el carácter transversal de las obligaciones de derechos humanos bastaría con asumir el compromiso internacional aun en áreas donde la Unión ostenta una mera competencia incidental, como vía para garantizar que como mínimo se abstiene de vulnerar de forma activa los derechos fundamentales en cuestión y que como máximo su acción se orienta a la promoción de los mismos. En definitiva, esta tendencia

⁷⁸ CETS n.º 148. No ha sido ratificada por todos los Estados miembros de la Unión.

⁷⁹ CETS n.º 157, Bélgica, Francia, Grecia y Luxemburgo, son los únicos Estados miembros que no están obligados por este instrumento. En relación con los derechos de las minorías se ha constatado que el nivel de exigencia y preocupación de las instituciones de la Unión es mayor en relación con los Estados candidatos, y que la tolerancia aumenta cuando el candidato se convierte en Estado miembro de pleno derecho, véase, DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A., «Minorías y Unión Europea: implicaciones jurídico-políticas de la ampliación de la Unión al Centro y Este de Europa», *RDCE*, año 9, n.º 21, 2005, pp. 485-533.

⁸⁰ «*The time may have come to question the classical approach to the question of the competence of international organizations to accede to international agreements, when the concerned agreements relate to the promotion and protection of human rights*», vid. BUTLER, I. y DE SCHUTTER, O., «Binding the EU to International Human Rights Law», *loc. cit.*, p. 305.

se postula como una vía complementaria para dotar de contenido efectivo a las disposiciones de la CDFUE y para asegurar el pleno respeto a las obligaciones internacionales asumidas previamente por los Estados miembros en la materia, evitando posibles zonas grises.

Pero no sólo serviría esta tendencia para reforzar las obligaciones internacionales previamente asumidas por los Estados miembros en materia de derechos humanos, sino que la Unión Europea también podría liderar y estimular a sus Estados miembros en la asunción de nuevos compromisos siguiendo el precedente de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y concluyendo tratados de reciente elaboración⁸¹.

No conviene tener exclusivamente una visión entusiasta acerca de que la ratificación por parte de un mayor número de Estados de los tratados internacionales sobre derechos humanos se traduzca automáticamente en una mejor y más efectiva protección de los mismos, es decir, al abordar este fenómeno no debe rayarse en lo que Liñán Nogueras califica como la «*mística del internacionalismo*»⁸². Detrás de la ratificación de un tratado internacional sobre derechos humanos no siempre hay una voluntad real de dar cumplimiento a sus términos y obligaciones⁸³, se trata éste de un terreno donde abunda la retórica, la demagogia y que se presta fácilmente al abrigo de motivaciones más espurias: no obstante, la ratificación de un tratado internacional de derechos humanos, aun cuando el Estado no se preste a cooperar o facilitar la labor de los órganos encargados de su supervisión, aumenta el grado de transparencia en cuanto a las prácticas internas del Estado en el ámbito material de los derechos humanos tutelados por dicho tratado con respecto al resto de la Comunidad internacional, ya que su comportamiento se ve traducido a parámetros, que resultan objetivables en mayor o menor medida⁸⁴.

⁸¹ Por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra la violencia doméstica y hacia la mujer y su prevención, que en un principio ha recibido escasa atención entre sus Estados miembros.

⁸² LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Proyecto docente e investigador* (inédito), Granada, 1986, p. 67.

⁸³ Se ha llegado a decir que cuando menor es la fortaleza de las instituciones democráticas de un Estado y cuanto peores registros presenta éste en materia de derechos humanos, más probable es que ese Estado se muestre dispuesto a obligarse convencionalmente ya que es menos probable que dé cumplimiento a sus compromisos y el tratado suponga una transformación real de su comportamiento. En cambio se señala que un Estado con una democracia más consolidada, suele ser más reacio a obligarse, puesto que no tiene necesidades tan elevadas de mejorar su nivel de protección en materia de derechos humanos, y es consciente de que la ratificación sí supondría para él una transformación real, véase HATHAWAY, O. A., «Why Do Countries Commit to Human Rights Treaties?», *Journal of Conflict Resolution*, vol. 51, n.º 4, 2007, pp. 588-621.

⁸⁴ Merecen ser resaltadas estas palabras de Roldán Barbero: «*La desazón se dispara si se pone en duda, en términos generales, que la vinculación de los Estados a los tratados concernientes a los derechos humanos determina significativamente su comportamiento en orden*

Con todas estas limitaciones cabe mantener, sin perjuicio de excepciones concretas, que la no ratificación de tratados internacionales de derechos humanos es indiciaria de una voluntad de no dar cumplimiento a sus obligaciones o en el mejor de los casos de una sensibilidad distinta hacia los derechos protegidos, y como se ha dicho la ratificación tiende a mejorar la transparencia en cuanto a las prácticas del Estado/Organización internacional contratante⁸⁵. En cualquier caso, se ha constatado que la mejora en el nivel de protección y realización de los derechos humanos que puede traer aparejada la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, es mayor cuanto mayor es el nivel de perfeccionamiento del sistema democrático del Estado y mayor la fortaleza y participación de su sociedad civil⁸⁶. Podría añadirse que estas dos últimas variables se ven a su vez enriquecidas por la ratificación y cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos.

La principal rémora para que la Unión se convierta en parte contratante es, al margen de los Convenios citados en el ámbito del Consejo de Europa⁸⁷,

*a la defensa de la dignidad humana. Esta tesis, provocadora, pone en duda dos ideas tranquilizadoras: que los países cumplan con los tratados en la materia de los que son parte y que la práctica de los países se ve mejorada por la ratificación de este género de acuerdos. Conviene creer, por salud mental y moral —y por interés corporativo!— que esta teoría es falsa, o por lo menos exagerada», en ROLDÁN BARBERO, J., «El consentimiento del Estado y la formación de los acuerdos internacionales», *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004/2005, p. 845.*

⁸⁵ Sobre el debate acerca de la relación empírica existente entre la ratificación de tratados de derechos humanos y su grado de realización y protección, teniendo en cuenta los patrones de comportamiento de los Estados, debe verse, HATHAWAY, O. A., «Do Human Rights Treaties Make a Difference?», *loc. cit.*, este autor pone en duda la asunción de que exista una correlación entre la vinculación a tratados de derechos humanos y el comportamiento del Estado; dicho artículo es rebatido por GOODMAN, R. y LINKS, D., «Measuring the Effect of Human Rights Treaties», *loc. cit.*; este artículo generó una mayor precisión de la polémica tesis inicial de la autora, véase HATHAWAY, O. A., «Testing Conventional Wisdom», *loc. cit.*

⁸⁶ NEUMAYER, E., «Do International Human Rights Treaties Improve Respect for Human Rights?», *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 49, n.º 6, 2005, pp. 925-953. En este sentido se ha sostenido que la estrategia de la Unión Europea hacia los países de la ribera sur del Mediterráneo tras los acontecimientos de las denominadas *primaveras árabes* en el marco de su Política de Europa de Vecindad, debe estar orientada a reforzar el poder de la sociedad civil para favorecer una transición hacia gobiernos legítimos y responsables, empleando para ello una diplomacia transparente.

⁸⁷ Se trata de: a) el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997; b) el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 2001 en el que a su vez se prevé la adhesión de la Unión Europea al Convenio de 28 de enero de 1981, *cit. supra*; c) el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos adoptado el 16 de mayo de 2005 en Varsovia; d) el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de

que los tratados de derechos humanos por lo general no prevén la participación de una organización internacional expresamente. Pero este problema podría solventarse mediante remedios menos tortuosos que emprender la revisión de los tratados en cuestión: el propio tratado de adhesión a modo de Protocolo Facultativo —que la Unión Europea concluiría con todos los Estados que ratificaron el tratado de marras— podría especificar que las disposiciones del tratado anterior al que accede deben interpretarse *mutatis mutandi* donde dicen *Estado parte* de forma que incluyan en dicha expresión a las organizaciones internacionales de integración regional que se hayan adherido o pretendan adherirse a él. De acuerdo con una lectura extensiva del artículo 30, apartados 3 y 4.a) de ambas Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados, esta opción que parece *a priori* plausible permitiría ganar tiempo evitando el complejo procedimiento de reforma explícita del tratado multilateral para permitir la participación de una organización internacional de integración regional. Sin embargo, como muestra el precedente de la incorporación de la Unión Europea a la FAO, que requirió la modificación del tratado constitutivo de este organismo especializado de la ONU⁸⁸, o como demuestra el actual supuesto de la adhesión de la Unión al CEDH, una tal interpretación sobre la base de la sucesión temporal de tratados relativos a la misma materia entre las mismas partes contratantes no parece haberse admitido en la práctica, y se viene exigiendo una reforma explícita de los tratados internacionales para permitir la incorporación en su calidad de parte contratante de una organización internacional de integración regional⁸⁹.

Debe destacarse que la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha acogido favorablemente esta incipiente tendencia hacia la vinculación convencional de la Unión Europea a tratados internacionales para la protección de los derechos humanos. Ésta enmarca en su Informe Anual correspondiente a 2010 la conveniencia de la vinculación convencional de la Unión en el contexto de un marco *multinivel* de gobernanza donde deben conjugarse los esfuerzos en la protección de los derechos fundamentales en las esferas internacional, nacional, regional y local. Además, la Agencia se hace eco de la labor de liderazgo de la Unión que puede servir de

2007; y, por último, e) el Convenio del Consejo de Europa para la lucha contra la violencia doméstica y hacia la mujer y su prevención abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011.

⁸⁸ Véase, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La Unión Europea en el concierto de las organizaciones internacionales», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 3, 2002, p. 128.

⁸⁹ Recuérdesse que la adhesión de la Unión al CEDH, ha requerido que el artículo 59.2 CEDH sea reformado por el Protocolo n.º 14 al mismo, para permitir que la Unión Europea pueda incorporarse a su sistema.

estímulo a sus Estados miembros para asumir nuevos compromisos convencionales en esta materia⁹⁰.

Una alternativa a la vinculación convencional expresa y directa de la Unión a los tratados internacionales sobre derechos humanos —que presenta principalmente el doble inconveniente de la necesidad de determinar su competencia externa y de la ausencia en dichos instrumentos de la previsión de que pueda adherirse a ellos una organización internacional regional— sería buscar una opción intermedia que permitiera lograr el principal rédito de la adhesión salvando sus escollos: se trataría de que la Unión Europea establezca arreglos informales para someterse al escrutinio y a la supervisión de los mecanismos de control convencionales asociados a los tratados sobre derechos humanos del ámbito universal, o incluso a los mecanismos extraconvencionales como el Consejo de Derechos Humanos y su sistema de revisión periódica universal⁹¹.

⁹⁰ «*The European Union (EU) is not a “self-contained regime”; it operates —just as its Member States do— in an international environment and it is bound by international obligations. The year 2010 marked the debut of the modern post-Lisbon Union on the international stage, as discussions at EU level paved the way for the EU’s accession to international human rights treaties. Since EU Member States are already bound by a variety of international human rights obligations, the spheres of international law and EU law stand in a communicative process of cross—fertilization [...]».* En este párrafo se rebate la idea de que la Unión Europea constituya un régimen desconectado del Derecho internacional general y se insinúa precisamente la idea de que la Unión Europea está vinculada al Derecho internacional de los Derechos humanos en la medida en que éste haya adquirido obligatoriedad como derecho consuetudinario de carácter general. Véase, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Annual Report. Fundamental rights: challenges and achievements in 2010*, 2011, p. 165. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1633-annual-report-2011_EN.pdf

⁹¹ BUTLER, I., *The EU and International Human Rights Law*, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Europe Regional Office, 2011, p. 32.

PARTE SEGUNDA

RECEPCIÓN, JERARQUÍA Y EFICACIA
DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES
PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
DE LA UNIÓN EUROPEA

CAPÍTULO IV

RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Sabido es que el Derecho internacional, a diferencia del Derecho de la Unión, no impone a los ordenamientos jurídicos domésticos (incluyendo entre ellos a las organizaciones internacionales como es el caso de la propia Unión) un particular método para su incorporación. No obstante, de una forma deliberadamente exagerada la relación entre el Derecho internacional y el Derecho de la Unión Europea ha sido calificada cuanto menos de *tormentosa*¹. La idea de incorporación, emana como un corolario natural del principio consuetudinario *pacta sunt servanda* (art. 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados): la denegación de cualquier tipo de efectos en el ordenamiento doméstico a una obligación convencional adquirida en el plano exterior por la Unión Europea dejaría huérfano de contenido a dicho principio².

En este apartado se recordarán aquellos aspectos relativos a la incorporación de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión que sean más relevantes para comprender cómo se insertan en su ordenamiento tanto la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como el CEDH, así como cualquier otro acuerdo internacional de derechos humanos cuya conclusión pueda plantearse la Unión en un futuro.

¹ WOUTERS, J., «The tormented relationship between international law and EU law», en BEKKER, P. H. F., DOLZER, R. y WAIBEL, M. (eds.), *Making Transnational Law Work in the Global Economy. Essays in Honour of Detlev Vagts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 198-221.

² Se trata éste de un principio universalmente reconocido, que igualmente se recoge en la análoga disposición de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986. Nótese que ni este instrumento se encuentra en vigor, ni ha sido confirmado oficialmente por la Unión, que lo juzga inadecuado para sus propias características, véase, MANIN, P., «The European Communities and the Viena Convention on the Law of the Treaties between States and international organizations or between international organizations», *Common Market Law Review*, vol. 24, n.º 3, 1987, pp. 457-481.

El actual artículo 216.2 TFUE ha situado en un mismo plano los acuerdos internacionales concluidos tanto en ámbitos regidos por el método comunitario como los acuerdos concluidos en el ámbito de la PESC, de todos ellos se dispone que «vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros». Sigue siendo de actualidad la fórmula que el TJUE empleó en el asunto *Haegeman* en 1974, y que evoca la opción *a priori* del ordenamiento de la Unión por una recepción automática de los acuerdos válidamente concluidos por ella, cuyas disposiciones, a partir de la entrada en vigor de dichos acuerdos, forman parte integrante del ordenamiento de la Unión sin necesidad de un acto de incorporación³. Debido a esta práctica, el ordenamiento de la Unión Europea ha sido básicamente caracterizado como *monista* en su recepción del Derecho internacional de origen convencional⁴. Ahora bien, como se verá en un apartado posterior, dicho epíteto puro debe matizarse a la luz de la actitud que el TJUE ha mostrado en su jurisprudencia relativa a la aplicabilidad e invocabilidad de los tratados internacionales y sus disposiciones, así como a la posibilidad de su utilización en el control de validez del propio derecho derivado de la Unión.

De este modo se alcanza una postura ecléctica que obedece lógicamente a la gran diversidad de sistemas para la incorporación del Derecho internacional que presentan los Estados miembros⁵. Por tanto, reconociendo esta solución monista por la que se decanta la jurisprudencia del TJUE respecto del Derecho internacional convencional, debe señalarse que pese al persistente y latente enfrentamiento entre la dialéctica de las concepciones dogmá-

³ Véanse *inter alia*: Sentencia de 30 de abril de 1974, *Haegeman*, asunto C-181/73, Rec. 1974, p. 449, apartado 5; Sentencia de 30 de septiembre de 1987, *Demirel*, asunto C-12/86, Rec. 1987, p. 3719, apartado 7; Sentencia de 11 de septiembre de 2007, *Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos*, asunto C-431/05, Rec. 2007, p. I-7001, apartado 31; así como la Sentencia de 22 de octubre de 2009, *Bogiatzi*, asunto C-301/08, Rec. 2009, p. I-10.185, apartado 23. Esta regla es válida también para los denominados acuerdos mixtos.

⁴ VAN ROSSEM, J. W., «Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol XL, 2009, pp. 195-196. Para este autor la doctrina de la eficacia directa debe deslindarse del apartado relativo a la recepción, esta doctrina es un utensilio a disposición del TJUE, que se plantea en una fase ulterior y le permite limitar la efectividad *ad intra* de aquellas normas de origen internacional que forman ya parte del ordenamiento jurídico de la Unión.

⁵ El Abogado General Jacobs, distinguió hasta tres categorías de Estados según la mayor o menor transformación requerida para que la norma internacional formase parte integrante del derecho interno. El Derecho de la Unión parece alinearse con la primera categoría donde ningún acto separado de incorporación o transformación de la norma internacional se necesita. En esta categoría él sitúa asimismo a Bélgica, Francia y Países Bajos, véase, JACOBS, F. G., «Introduction», en JACOBS, F. y ROBERTS, S., *The effects of treaties in domestic law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1987, pp. XXIV-XXV.

ticas monista y dualista⁶, cabe adoptar una postura empírica a la hora de abordar el análisis de esta realidad jurídica como señala Rodríguez Iglesias⁷. Como se ha puesto de relieve la distinción teórica entre monismo y dualismo en ocasiones puede resultar engañosa ya que conviene, más allá de la etiqueta nominal, prestar atención a la actitud que los tribunales internos profesan hacia el derecho contenido en los tratados internacionales para tener una idea completa de la recepción del derecho convencional en un ordenamiento⁸.

El primero de los elementos que viene a complicar esa preconizada actitud monista para la recepción de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea es el llamado acto de aprobación del acuerdo: la práctica del Consejo, a la hora de habilitar a su Presidente para adoptar las medidas tendentes a que la Unión pueda en el plano internacional manifestar su consentimiento en quedar obligada por un acuerdo, ha oscilado, materializándose en algunas ocasiones en forma de Reglamento el acto de aprobación⁹, y

⁶ En el plano teórico dos concepciones que han entrado en un enfrentamiento vehemente pretenden explicar las relaciones entre el Derecho internacional, el Derecho de la Unión Europea y los derechos nacionales. Se trata del *constitucionalismo multinivel* y el *pluralismo legal*. En buena medida, estas corrientes agrupadas de forma simplificada han retomado el eterno debate entre monismo/dualismo pretendiendo desplazarlo, y como esquemas teóricos presentan semejantes limitaciones que les impiden explicar en su totalidad las complejidades de la relación entre dichos ordenamientos. Véase, VON BOGDANDY, A., «Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, n.º 3-4, 2008, pp. 397-413.

⁷ «*Ces approches dogmatiques traditionnelles ont cédé progressivement le pas à une analyse plus empirique de la réalité juridique qui permet aujourd'hui de considérer comme communément admis que les modalités de réception et les effets internes des normes internationales sont des questions qui relèvent, de manière générale, de l'ordre juridique de chaque État; que les divers ordres juridiques connaissent à cet égard des solutions diverses, inspirées de solutions monistes aussi bien que dualistes ; et que, au sein de chaque ordre juridique, la problématique se pose de manière différente, selon le type de normes internationales en cause et notamment selon qu'il s'agit de règles de droit coutumier, de règles de droit conventionnel, ou d'actes à portée normative émanant d'organisations internationales*», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «*Quelques réflexions sur la singularité des rapports du droit communautaire avec d'autres ordres juridiques*», en LOUIS, J. V., VANDERSANDEN, G. y DE WALSCHE, A., *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, vol. I, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruselas, 2003, p. 390.

⁸ JACOBS, F. G., «*The Internal Legal Effects of the EU's International Agreements and the Protection of Individual Rights*», en ARNULL, A. et al. (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregón, 2011, p. 530.

⁹ El empleo del reglamento como acto interno para la conclusión de acuerdos internacionales por las entonces Comunidades Europeas fue abundante durante los años setenta y ochenta. Podía verse como un intento de dotar al acuerdo internacional de la aplicabilidad directa de la que se beneficia el reglamento como medio para garantizar su plena eficacia en el ordenamiento de la Unión. En este sentido, PESCATORE, P., *L'ordre juridique des Communautés Européennes. Étude des sources du droit communautaire*, Lieja, 1973, p. 152. No obstante, el empleo del reglamento también ha sido percibido como suspicacia del Consejo a la recepción automática de los acuerdos internacionales.

en otras ocasiones mediante una decisión *sui generis*. Lo cierto es que no hay una razón legal para esta alternancia formal en los actos internos de aprobación de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión, que como se ha señalado produce más confusión que otra cosa¹⁰. El acto de aprobación no puede verse como un acto de transformación de la norma convencional para su incorporación, sino que tiene carácter meramente instrumental, de modo que la incorporación del acuerdo internacional en el ordenamiento de la Unión se produce debido a su válida celebración con arreglo a las reglas del propio Derecho originario de la Unión¹¹. Distintos son los supuestos en los que el mismo Reglamento que es vehicular para la conclusión del acuerdo internacional introduce normas complementarias de desarrollo normativo, en ese caso ese tipo de Reglamento sí adquiere un valor normativo¹². No obstante, cuando el TJUE *a posteriori* declara la nulidad del acto de aprobación por motivos *extrínsecos*, el acuerdo internacional en vigor deja de ser aplicable en el ordenamiento de la Unión Europea con todos los perjuicios que ello acarrea para las relaciones exteriores de la Unión¹³.

¹⁰ DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, *op. cit.*, pp. 4-8.

¹¹ *Ibid.*, p. 7. Asimismo, LOUIS, J.-V., «Mise en œuvre des obligations internationales de la Communauté dans les ordres juridiques de la Communauté et de ses États membres», *Revue Belge de Droit International*, n.ºs 1-2, 1977, pp. 122-143. En cambio Klabbers, parece sugerir la idea contraria: «[...] treaties to which the Community is a party form an integral part of the Community legal order but do so (presumably) only upon an internal decision granting them some kind of effect, and for the purpose of protecting the autonomy of the Community legal order», véase, KLABBERS, J., «*Völkerrechtsfreundlich? International law and the Union legal order*», en KOUTRAKOS, P. (ed.), *European Foreign Policy, Legal and Political Perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, p. 100. Por su parte Holdgaard, establece dos condiciones para la recepción integral de las reglas contenidas en acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea: que sean susceptibles de engendrar la responsabilidad internacional de la Unión y que sean válidas de conformidad con el Derecho de la Unión, véase, HOLDGAARD, R., «Principles of Reception of International Law in Community Law», *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2006, p. 270.

¹² Este tipo de Reglamentos en los que confluyen el acto interno de aprobación y la facilitación de su aplicación y desarrollo normativo interno es frecuente en el ámbito de los acuerdos internacionales en materia pesquera, véase por ejemplo, el Reglamento 704/2008/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativo a la celebración del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Mauritania para el período comprendido entre el 1 de agosto de 2008 y el 31 de julio de 2012, *DOUE Serie L* 203/1, de 31 de julio de 2008.

¹³ Deben recordarse la Sentencia de 9 de agosto de 1994, *Francia c. Comisión (Acuerdo entre la Comisión y Estados Unidos sobre Derecho de la competencia)*, asunto C-327/91, Rec. 1994, p. I-3641; así como la Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, *cit. supra*. En relación con el primer asunto debe verse KADDOUS, C., «L'arrêt France c. Commission de 1994 (accord concurrence) et le contrôle de la légalité des accords externes en vertu de l'article 173 CE: la difficile réconciliation de l'orthodoxie communautaire avec l'orthodoxie internationale», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 32, n.ºs 5-6, 1996, pp. 613-634. En

El segundo elemento que complica el planteamiento monista ligeramente es la cuestión relativa a la publicación de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión: en la práctica, independientemente de cuál sea la forma que adopta el acto de aprobación del acuerdo éste es publicado en el *DOUE*, y el texto íntegro del acuerdo internacional suele aparecer como anejo al acto de aprobación adoptado por el Consejo¹⁴. A raíz de las exigencias del principio de seguridad jurídica, la no publicación oficial de un acuerdo concluido por la Unión, pese a no afectar a la aplicabilidad/invocabilidad de sus disposiciones en el ordenamiento jurídico de la Unión, sí determinaría la imposibilidad de exigir a los particulares el cumplimiento de cualesquiera obligaciones contenidas en ellas. Por tanto, la publicación oficial del acuerdo internacional concluido por la Unión Europea no es un requisito preceptivo para su incorporación, del mismo modo que no lo es la adopción del acto de aprobación: la regla general, con la salvedad vista de Reglamentos adoptados con la intención de permitir la mayor eficacia del acuerdo, es que la norma convencional internacional no es transformada en una norma específica del sistema jurídico de la Unión y que forma plenamente parte integrante de este último manteniendo su naturaleza jurídico-internacional¹⁵.

estos casos, pese a que el acto de aprobación no es un acto de recepción, su declaración de nulidad, implica afirmar que el acuerdo internacional no ha sido válidamente celebrado con arreglo a las reglas del Derecho originario de la Unión y por tanto no forma parte integrante de este ordenamiento. Igualmente puede consultarse, KAPTEYN, P. J. G., «Quelques réflexions sur le contrôle de la constitutionnalité des accords conclus par la Communauté avec des pays tiers», en RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C. *et al.* (eds.), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 283. Un supuesto de control *a posteriori* del acto de aprobación, esta vez por motivos *intrínsecos*, que también tuvo consecuencias internacionales de relevancia fue el relativo a la anulación parcial de una Decisión del Consejo en virtud de la que se aprobaba la conclusión de un Acuerdo Marco sobre los plátanos con la República de Costa Rica, la República de Colombia, la República de Nicaragua y la República de Venezuela en el marco de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay, véase la Sentencia de 10 de marzo de 1998, *Alemania c. Consejo*, asunto C-122/95, Rec. 1998, p. I-973.

¹⁴ La obligatoriedad de proceder a la publicación oficial de los acuerdos internacionales no se estableció hasta el año 2000 con ocasión de la reforma operada en el Reglamento interno del Consejo de la Unión Europea. Actualmente se establece la obligatoria publicación de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea con mención de su entrada en vigor, véase la Decisión del Consejo de 22 de marzo de 2004, 2004/338/CE, Euratom, por la que se aprueba su Reglamento interno, *DOUE* Serie L 106/22, de 15 de abril de 2004. De acuerdo con el artículo 17.1.h) de este Reglamento el Consejo de la Unión puede decidir la no publicación de acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea en el ámbito de la PESC en virtud de los artículos 4 y 9 del Reglamento 1049/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, *DOUE* Serie L 145/43, de 31 de mayo de 2001.

¹⁵ De lo contrario un tratado internacional concluido por la Unión Europea podría ser derogado a través de una norma posterior de igual o superior rango jerárquico de su sistema jurídico; en este sentido no ha llegado a ser nimia la distinción entre monismo y dualismo.

Como evidencia la Sentencia del TJUE en el asunto *Racke* en 1998, un acuerdo internacional concluido por la Unión sólo puede ser modificado, terminado o suspendido de conformidad con las reglas del Derecho internacional general¹⁶.

Como se vio el Consejo se pronunció por unanimidad en relación con la decisión relativa a la Decisión para permitir que la Unión manifestase el consentimiento en quedar obligada en relación con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Además, siguiendo la práctica descrita, dicha decisión junto con el texto completo de la Convención y una declaración relativa a la distribución de competencias, fueron objeto de publicación en el *DOUE* con anterioridad al momento en que la Unión prestó su consentimiento en obligarse (23 de diciembre de 2010)¹⁷. En el caso del CEDH, el acto de aprobación consistirá igualmente en una decisión del Consejo adoptada por unanimidad previa aprobación del Parlamento Europeo; ahora bien, la singularidad de esta decisión radica en que el artículo 218.8 TFUE supedita su entrada en vigor al hecho de que todos los Estados miembros la aprueben de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales. Es decir, la Unión no podrá manifestar su consentimiento para convertirse en parte contratante del CEDH en tanto todos los Estados miembros no hayan aceptado de conformidad con sus propios ordenamientos constitucionales dicho acto de aprobación del acuerdo que ellos mismos habrán elaborado: se trata de una nueva ocasión para demorar la prestación del consentimiento, sometiendo el acuerdo de adhesión a la apreciación de los parlamentos nacionales o incluso a consulta popular de acuerdo con las peculiaridades de cada uno de los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros. Una vez manifestado el consentimiento por la Unión Europea, el CEDH será un acuerdo mixto completo en la medida en que tanto ella como sus Estados miembros serán partes contratantes, y formará parte integrante del ordenamiento de la Unión. Por tanto, este alambicado procedimiento para la adhesión no introduce ninguna particularidad a la futura incorporación del CEDH en el ordenamiento de la Unión ni prejuzga su eficacia, tan sólo refleja la voluntad de los Estados miembros de establecer estas concienzudas cautelas previas a que la Unión pueda consentir en

¹⁶ Sentencia de 16 de marzo de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, asunto C-162/96, Rec. 1998, p. I-3655, apartado 45. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 vincula a la Unión Europea en tanto que expresión del Derecho consuetudinario general; como ella misma prevé en su artículo 38 sus normas han permitido *relativizar* el efecto relativo de los tratados al llegar a ser obligatorias como costumbre internacional, véase ROLDÁN BARBERO, J., «La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho Comunitario (A propósito de la sentencia *Racke* dictada por el TJCE el 16.6.98)», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, n.º 2, 1998, p. 13.

¹⁷ Véase la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, cit. *supra*.

convertirse en parte contratante del CEDH. Esta pesada losa procedimental, como ha señalado Gaja, no tiene parangón con acuerdo internacional alguno cuya conclusión se haya planteado la Unión Europea¹⁸.

Como se dijo la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, también es un acuerdo mixto, aunque a diferencia del CEDH, éste no ha sido concluido por todos los Estados miembros, de modo que los Estados miembros que no han ratificado este tratado están obligados a acatar sus disposiciones para permitir a la Unión la buena ejecución del mismo: para algunos Estados miembros este acuerdo internacional sólo será vinculante a través de las competencias cuyo ejercicio ha sido transferido a la Unión Europea, lo que en la práctica traduce la posición de estos Estados como una reserva *de facto* a buena parte de su contenido.

En lo que respecta a las decisiones de los órganos encargados del control de la aplicación de aquellos tratados internacionales que concluye válidamente la Unión Europea, éstas —al igual que los tratados de los que proceden— forman parte integrante de su ordenamiento desde el momento de la entrada en vigor del tratado internacional en cuestión, sin necesidad de ningún tipo de acto de incorporación¹⁹.

Por tanto, la regla es la recepción automática del derecho convencional derivado: ahora bien, el respeto a la ortodoxia monista no resulta tan diáfano en relación con los actos unilaterales adoptados por la ONU u otras organizaciones internacionales en que la Unión no ostente membresía pero sí sus Estados miembros. Esta heterodoxia se muestra en particular respecto de las medidas adoptadas para introducir en el ordenamiento jurídico de la Unión las resoluciones del Consejo de Seguridad que imponen sanciones de naturaleza económica en la lucha contra la financiación del terrorismo internacional²⁰.

¹⁸ GAJA, G., «Accession to the ECHR», en BIONDI, A., EECKHOUT, P. y RIPLEY, S. (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, 2012, p. 183.

¹⁹ Son ilustrativas las sentencias que se refieren a la incorporación de las decisiones adoptadas por los órganos creados en el marco de los acuerdos de asociación, y de las que cabe inferir que la incorporación del derecho convencional derivado sigue la misma suerte que su principal, véanse, la Sentencia de 14 de noviembre de 1989, *Grecia c. Comisión*, asunto C-30/88, Rec. 1988, p. 3711, apartado 13; así como la Sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, cit. *supra*, apartado 9.

²⁰ Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*, apartado 298. Este planteamiento, sobre el que el TJUE fundamenta su jurisdicción para controlar la legalidad con arreglo a los principios generales del Derecho de la Unión de las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias en aplicación de la resolución del Consejo de Seguridad, ha sido calificado de dualista, véase TRIDIMAS, T., «The Principle of Legality, Human Rights and the Management of Risks: Post-Kadi Reflections», en EVANS, M. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *Beyond the Established Legal Orders: Policy Interconnections between the EU and the Rest of the World*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregón, 2011, p. 180. Lo que puede resultar más opinable y cuestionable es la necesidad de que el acto comunitario de implementación (el Reglamento) deba subordinarse a lo previa-

Idéntico razonamiento ha sostenido recientemente el TEDH en el asunto *Nada c. Suiza*. El Tribunal de Estrasburgo reitera en él la idea de que las resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta de San Francisco no exigen un modelo de implementación determinado, imponiendo únicamente obligaciones de resultado que dejan por tanto a los Estados margen de discrecionalidad a la hora de elegir los medios más adecuados para su aplicación y ejecución. Dicha discrecionalidad es, lógicamente, el fundamento de la jurisdicción que ejerce en este caso el TEDH y que le permite condenar a Suiza por infracción del artículo 8 CEDH en conjunción con su artículo 13²¹. ¿Acaso este margen de apreciación de que disponen los órganos regionales y nacionales que comporta la libertad de elección de medios para la implementación de las resoluciones del Consejo de Seguridad conlleva también una libertad para introducir mecanismos de protección de los derechos humanos no articulados a nivel del propio Consejo de Seguridad?²².

En lo que respecta a la publicación del derecho convencional derivado ésta es discrecional e incluso infrecuente por lo que se ha hablado en este caso de un *monismo* del ordenamiento de la Unión que llega a perder incluso su condición de moderado²³: «*Cuando un acuerdo celebrado entre las Comunidades y uno o más Estados u organizaciones internacionales cree un órgano competente para tomar decisiones, el Consejo decidirá, en el momento de la celebración de dicho acuerdo, si procede publicar en el Diario Oficial las decisiones que tome este órgano*»²⁴. Esta recepción au-

mente concertado en el ámbito intergubernamental de la PESC. Sobre estas cuestiones, FERRER LLORET, J., «El cumplimiento por la Unión Europea de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad», *RDCE*, vol. 4, n.º 8, 2000, pp. 453-492. Una opinión que señala el carácter intrínsecamente superfluo de las decisiones en el ámbito PESC por limitarse a reproducir un mero eco de las Resoluciones del Consejo de Seguridad puede verse en WESSEL, R. A., «The Inside Looking Out: Consistency and Delimitation in EU External Relations», *Common Market Law Review*, vol. 37, n.º 5, 2000, pp. 1135-1160.

²¹ Véase la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 12 de septiembre de 2012, *Nada c. Suiza*, Recurso n.º 10593/08, apartado 176.

²² BOISSON DE CHAZOURNES, L., «Les relations entre organisations regionales et organisations universelles», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, n.º 347, 2010, Martinus Nijhoff, 2011, pp. 348-398. Como continuación de la denominada saga *Kadi* debe verse la Sentencia del Tribunal General, de 30 de septiembre de 2010, *Yassin Abdullah Kadi c. Comisión*, asunto T-85/09, Rec. 2010, p. II-5177, que se ha visto recientemente confirmada en lo esencial por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 18 de julio de 2013, *Comisión y Reino Unido c. Yassin Abdullah Kadi*, asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P (pendiente de publicación), Rec. 2013.

²³ ROLDÁN BARBERO, J., «La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo jurídico europeo», *RDCE*, año 6, n.º 13, 2002, p. 703.

²⁴ Véase el artículo 17.5 de la Decisión del Consejo de 22 de marzo de 2004, 2004/338/CE, Euratom, por la que se aprueba su Reglamento interno, cit. *supra*. Ejemplos de actos que

tomática se predicaría respecto de las decisiones que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad adoptase en el caso de que la Unión aceptase su competencia para examinar reclamaciones individuales; y desde luego, se recibirán en el ordenamiento de la Unión desde el momento preciso de su emisión, aquellas directrices que el Comité adopte en respuesta a los informes que periódicamente deberá presentar la Unión de acuerdo con el artículo 35 CDPD²⁵. El Consejo no hizo en el momento de concluirse la CDPD mención alguna a la publicación de las decisiones que pueda adoptar el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación con la Unión Europea²⁶. De igual modo las sentencias y demás resoluciones del TEDH, así como las decisiones del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a la ejecución de aquéllas, cuyo destinatario fuera la Unión Europea se incorporarían al ordenamiento de la Unión.

Por último, la disparidad de tradiciones jurídicas entre los Estados miembros en cuanto a la recepción del Derecho internacional convencional conduce a la paradójica situación de que para ciertos Estados miembros los tratados internacionales son susceptibles de tener efectos jurídicos de mayor alcance en su ordenamiento si son aplicados por mediación del Derecho de la Unión que cuando únicamente han sido concluidos por el Estado miembro en cuestión y se aplican por mor del derecho nacional. Ésta puede ser una razón adicional para sostener la necesidad de que la Unión se vincule directa y expresamente a tratados internacionales de derechos humanos.

derivan de los órganos establecidos en virtud de un acuerdo internacional que son objeto de publicación los hallamos en las decisiones del Consejo en virtud de las cuales se concluye el procedimiento de consultas con un Estado ACP en virtud del artículo 96 del acuerdo de Cotonú, o bien en las decisiones de los Consejos establecidos en el marco de los acuerdos de asociación que la Unión concluye con terceros países.

²⁵ El hecho de que dichas directrices estén desprovistas de un valor jurídico vinculante directo e inmediato no impide que el TJUE pueda pronunciarse sobre su interpretación a través de la cuestión prejudicial. De igual modo aunque estas directrices o las decisiones del Comité (en caso de que la Unión acepte la competencia del mismo para recibir reclamaciones individuales de conformidad con el Protocolo Facultativo a la CDPD) no sean por su naturaleza capaces de engendrar derechos que los justiciables puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, éstos deberán tenerlas en cuenta en los litigios que ante ellos se sustancien, especialmente cuando sean relevantes para interpretar las disposiciones de la CDPD, véase la Sentencia de 21 de enero de 1993, *Deutsche Shell*, asunto C-188/91, Rec. 1993, p. I-363, apartados 17 y 18.

²⁶ Cabe plantearse si una tal ausencia de publicidad estaría en pugna con el artículo 36.5 CDPD que obliga a dar difusión pública y facilitar el acceso a las sugerencias y recomendaciones recibidas que formule el Comité en relación con los informes presentados de forma periódica.

Por su parte, pese al silencio²⁷ del Derecho originario de la Unión acerca del Derecho consuetudinario general, la jurisprudencia del TJUE ha puesto de manifiesto que éste se incorpora de forma tácita y automática al ordenamiento jurídico de la Unión²⁸. La Unión Europea en su acción exterior, y particularmente mediante la introducción de la cláusula *democracia y derechos humanos* en sus acuerdos internacionales, ha contribuido a la gestación, consolidación y fortalecimiento de normas consuetudinarias internacionales en el ámbito de la protección de los derechos humanos. Pese al carácter enigmático, volátil y difícilmente determinable de la costumbre inherente a su naturaleza, podría sostenerse, por ejemplo, que numerosas normas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos han pasado a integrar el ordenamiento jurídico de la Unión por esta vía de forma imperceptible y automática. Cuestión distinta, como se verá, y que no desmiente su pertenencia al ordenamiento de la Unión Europea, es que, en su aplicación el TJUE hasta la fecha, haya preferido recurrir a las normas jurídico-internacionales de derechos humanos como sustrato para la determinación de los principios generales del Derecho de la Unión, en lugar de darles una aplicación directa.

²⁷ Este silencio se ve atemperado tanto por la referencia que el Preámbulo del TFUE realiza a la Carta de las Naciones Unidas como por el artículo 3.5 TUE que incorpora entre los objetivos de la Unión el respeto de sus principios. Ello en la medida en que el Derecho consuetudinario general se identifica en buena parte con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta que el articulado tanto del TFUE como del TUE contienen dispersas un mayor número de menciones a la Carta de las Naciones Unidas que vienen a indicar una mayor vocación internacionalista del Derecho originario de la Unión tras su última reforma. Véase, ROLDÁN BARBERO, J., «El Derecho internacional y el Tratado Constitucional Europeo», *Revista Electrónica de Derecho Internacional*, n.º 8, 2004, p. 4.

²⁸ Una jurisprudencia reiterada del TJUE ha señalado que las competencias de la Unión deben ejercerse respetando el Derecho internacional general, en clara alusión a normas consuetudinarias, y especialmente en el caso en que se encuentren recogidas en tratados internacionales. Véanse, las Sentencias de 27 de septiembre de 1988, *Ahlström c. Commission*, asuntos acumulados C-89/95, 104/95, 114/95, 116/95, 117/95, 125/95 y 129/95, Rec. 1988, p. 5193, apartado 23; de 24 de noviembre de 1992, *Poulsen y Diva Navigation*, asunto C-286/90, Rec. 1992, p. I-6019, apartados 9 y 10; de 24 de noviembre de 1993, *Mondiet*, asunto C-405/92, Rec. 1993, p. I-6133, apartados 13-15; de 16 de junio de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, cit. *supra*, apartado 45, y de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, asunto C-308/36, Rec. 2008, p. I-4057, apartado 51. Como ha señalado Díez-Hochleitner, en la mayoría de países cuyos ordenamientos no se pronuncian abiertamente sobre sus relaciones con el Derecho internacional general (como ocurre en el ordenamiento de la Unión), los tribunales han confirmado su recepción automática, Díez-Hochleitner, J., *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, op. cit., p. 12. Véanse en este sentido, MEESSEN, K. M., «The application of rules of public international law within Community law», *Common Market Law Review*, vol. 13, 1976, pp. 485-501; y GIANELLI, A., «Customary International Law in the European Union», en CANNIZZARO, E., PALCHETTI, P. y WESSEL, R. A. (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 93-110.

CAPÍTULO V

RANGO JERÁRQUICO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

En primer lugar, debe indicarse que el hecho mismo de plantearse esta cuestión no habría lugar desde la perspectiva de un ordenamiento dualista: la posición que ocuparía el Derecho internacional sería aquella que la norma interna que permite su incorporación le otorgara. Esta cuestión será analizada desde el prisma del ordenamiento jurídico receptor, es decir, del ordenamiento de la Unión, puesto que desde el punto de vista del Derecho internacional general se postula tradicionalmente una indubitada supremacía jerárquica absoluta e incondicional de éste sobre todo derecho interno¹. El principal obstáculo a dicha primacía radica en que con frecuencia el Derecho internacional general carece de mecanismos para hacerla efectiva e imponerse sobre el derecho interno. La primacía del Derecho internacional convencional sobre el derecho interno aparece formulada sin ambages en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que impide a toda parte en un tratado internacional invocar las peculiaridades de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones adquiridas frente a terceros por vía convencional². El complemento ne-

¹ Opinión Consultiva de la CIJ de 26 de abril de 1988, *Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la Sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la sede de la ONU*, p. 34, apartado 57. Sentencia de la CIJ de 27 de junio de 1986, *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*, Rec. 1986, apartado 107.

² El antes llamado TPI invocó esta regla para sostener la primacía de la Carta de las Naciones Unidas (que no es propiamente una obligación convencional de la Unión pero sí de todos sus Estados miembros) sobre toda regla perteneciente al derecho interno de los Estados miembros. Además, el TPI invocó este artículo 27 en conexión con el artículo 5 de la Convención de Viena de 1969 para precisar que dicha regla es aplicable a «*todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional*» y que por tanto la Carta de las Naciones Unidas prevalecería sobre el propio Derecho originario de la Unión Europea, según una regla que en opinión del TPI forma parte integrante del Derecho internacional consuetudinario de carácter

cesario para la efectividad de esta disposición se encuentra en el artículo 1 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos: «*Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional*»³. Por su parte, con especial relevancia para la Unión Europea a la hora de evitar zonas lacunarias entre ésta y sus Estados miembros en lo referente a la responsabilidad internacional por hechos ilícitos y como exigencia lógica de la primacía del Derecho internacional convencional de la Unión, el Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por Hechos Internacionalmente Ilícitos resulta de utilidad tanto para determinar la responsabilidad de una organización internacional por un hecho internacionalmente ilícito como para determinar la responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito derivado de un acto imputable a una organización internacional de la que aquél es miembro⁴. A la inversa se contempla la responsabilidad internacional de la organización internacional por un hecho internacionalmente ilícito llevado a cabo por órganos de un Estado cuando éstos han sido puestos a su disposición.

I. PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La primera manifestación de esta precedencia jerárquica se manifiesta en la posibilidad de que la Comisión Europea pueda interponer el recurso por incumplimiento ante el TJUE contra un Estado miembro por no respetar en su respectivo dominio competencial las obligaciones dimanantes de un trata-

general. Como es sabido el TPI extendió dicha primacía sobre el Derecho de la Unión a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, extremos todos ellos que en casación no mantuvo el TJUE. Véanse, la Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2005, *Kadi c. Consejo y Comisión*, asunto T-315/01, Rec. 2005, p. II-3649, apartado 182; así como la Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*.

³ Texto aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en su 53.º Período de Sesiones (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001). Véase el texto con comentarios en *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 56.º Período de Sesiones, Suplemento n.º 10 (A/56/10), pp. 10-405.

⁴ Dicho texto fue aprobado por la CDI en su 61.º Período de Sesiones (4 de mayo a 5 de junio y 6 de julio a 7 de agosto de 2009), *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 64.º Período de Sesiones, Suplemento n.º 10 (A/64/10). Véase también el informe de la CDI en su 63.º Período de Sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 66.º Período de Sesiones, Suplemento n.º 10 (A/66/10), p. 53.

do internacional en que la Unión es parte (art. 258 TFUE)⁵. No obstante, la Comisión debería velar igualmente por la observancia que sus Estados miembros hacen del Derecho consuetudinario de carácter general, no siendo un obstáculo para esta labor de custodia la letra del artículo 258 TFUE, pues como se ha dicho la costumbre internacional se recibe de forma automática en el ordenamiento de la Unión⁶.

La primacía se manifiesta, en segundo lugar, en la competencia que el TJUE se ha atribuido para interpretar las disposiciones de un acuerdo internacional concluido por la Unión en el marco de una cuestión prejudicial elevada por el juez nacional de un Estado miembro. De momento basta decir que dicha competencia para la interpretación le permite al TJUE declarar que una norma del Derecho nacional deba ser interpretada en uno u otro sentido para poder acomodarse al Derecho convencional de la Unión.

Además, como se ha visto, el TJUE ha constatado su competencia para pronunciarse acerca de si los Estados miembros incumplen las obligaciones derivadas del acuerdo internacional que la Unión ha concluido⁷.

En tercer lugar, la eficacia directa que pueda tener toda norma o disposición de un acuerdo internacional concluido por la Unión va ineluctablemente ligada a su primacía, comportando para el juez nacional la obligación de dejar inaplicada por su propia autoridad toda norma nacional contraria a aquélla, sea anterior o posterior, y sin necesidad de esperar a su previa invalidación de acuerdo con las peculiaridades de su propio orden constitucional. Dicha primacía se extendería a cualesquiera actos internacionales, siempre

⁵ Esta posibilidad se verificó por vez primera al ser condenada Grecia por adoptar medidas equivalentes a restricciones cuantitativas contrarias a las obligaciones del Convenio de Lomé, véase la Sentencia de 25 de febrero de 1988, *Comisión c. República Helénica*, asuntos acumulados C-194/85 y 241/85, Rec. 1988, p. 1037. Téngase en cuenta que la Comisión estadísticamente se ha mostrado menos inclinada a iniciar recursos por incumplimiento contra los Estados miembros por infracción de acuerdos internacionales concluidos por la Unión que por falta de observación de su propio derecho derivado. Algunos ejemplos son, la Sentencia de 19 de marzo de 2002, *Comisión c. Irlanda*, asunto C-13/00, Rec. 2002, p. I-2943; así como la Sentencia de 7 de octubre de 2004, *Comisión c. Francia*, asunto C-239/03, Rec. 2004, p. I-9325 (Convención de Barcelona y Protocolo para la protección del Mar Mediterráneo); la Sentencia de 30 de marzo de 2006, *Comisión c. Irlanda (Mox)*, asunto C-459/03, Rec. 2006, p. I-4635, apartado 121; y recientemente la Sentencia de 29 de abril de 2010, *Comisión c. Reino de los Países Bajos*, asunto C-92/07, Rec. 2010, p. I-3683 (Acuerdo de asociación con Turquía).

⁶ Véase ROLDÁN BARBERO, J., «La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho Comunitario (A propósito de la sentencia *Racke* dictada por el TJCE el 16.6.98)», *loc. cit.*, pp. 25-26. Esta posición no constituye una entelequia si se tiene en cuenta que en la Constitución de algún Estado miembro, Bulgaria, por ejemplo, se prevé que el Tribunal Constitucional pueda controlar la compatibilidad de las normas internas con el Derecho consuetudinario internacional. Véase el artículo 149.4 de la Constitución de Bulgaria.

⁷ Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, *cit. supra*, apartado 38.

que estuvieran provistos de eficacia directa, derivados de dichos tratados concluidos por la Unión. La primacía del Derecho convencional de la Unión sobre el derecho de los Estados miembros es afirmada, claro está, de un modo incondicional por el TJUE. No obstante, en su aceptación por los Estados miembros encuentra las mismas reticencias que la primacía del Derecho de la Unión en general: un límite implícito a la misma es el respeto a las estructuras constitucionales esenciales de los Estados miembros, dentro de las cuales los derechos fundamentales siguen teniendo un peso destacable (tal y como se ha plasmado en el art. 4.2 TUE)⁸. Pero al mismo tiempo antes

⁸ La primacía de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión sobre el Derecho interno de los Estados miembros (incluso de rango constitucional) estaría por tanto formulada de forma absoluta, siendo trasladable a ellos lo dicho por el TJUE en la Sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, asunto C-106/77, Rec. 1978, p. 629. Este aserto forma parte de una jurisprudencia consolidada del TJUE, véanse *inter alia*, Sentencia de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg*, asunto C-104/81, Rec. 1982, p. 3641; Sentencia de 31 de enero de 1991, *Kziberg*, asunto C-18/90, Rec. 1991, p. I-199. Sabidas son las reticencias de los Tribunales Constitucionales (especialmente el alemán e italiano) a aceptar incondicionalmente la primacía del derecho comunitario sobre su derecho interno cuando ésta hace peligrar alguna de sus estructuras constitucionales esenciales, en las que siempre se destaca la garantía de los derechos fundamentales, véase LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «Reflexiones sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa», en BADÍA MARTÍ, A. M., PIGRAU SOLÉ, A. y OLESTI RAYO, A., *Derecho Internacional y Comunitario ante los retos de nuestro tiempo, Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia*, vol. II, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 1076. El inicio a mediados de los años setenta mediante la *doctrina pretoriana* del TJUE de una protección de los derechos fundamentales similar en el ámbito comunitario a la que otorgaban los ordenamientos internos, fue esencial para poder afirmar la plena primacía del Derecho de la Unión (incluso sobre el derecho interno de rango constitucional, véase la Sentencia del TJUE de 17 de octubre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto C-11/70, Rec. 1970, p. 1125, apartado 3), logrando contener la denominada *rebelión de los tribunales constitucionales*, que ha mantenido latente esa denominada doctrina de los límites intangibles a la primacía del Derecho comunitario, véase CÁMARA VILLAR, G., «Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 4, julio-diciembre, 2005, pp. 17-21. El TC español también sitúa implícitamente el régimen constitucional de protección de los derechos fundamentales dentro de una potencial activación de la teoría de los *contralímites*, véase la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, del pleno del Tribunal Constitucional español acerca del Tratado Constitucional Europeo. También puede verse sobre los problemas de constitucionalidad que la implementación de la orden europea de detención y entrega ha ocasionado en algunos Estados miembros como Alemania, Chipre, Polonia o República Checa, KOMÁREK, J., «European constitutionalism and the European arrest warrant: In search of the limits of “contrapunctual principles”», *Common Market Law Review*, vol. 44, n.º 1, 2007, pp. 9-40. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán ha admitido en su sentencia relativa al Tratado de Lisboa la posibilidad de inaplicar excepcionalmente y bajo condiciones estrictas (en caso de actos *ultra vires* así como para salvaguardar la identidad constitucional) el Derecho de la Unión Europea, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de junio de 2009, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09. No obstante, la primera vez que

de confrontar la norma convencional con la norma nacional, el juez nacional puede albergar dudas acerca de la compatibilidad y validez de una norma contenida en un acuerdo internacional válidamente concluido por la Unión y su propio derecho originario: quedaría a su disposición la herramienta prejudicial y en tal caso los derechos fundamentales a nivel de la Unión podrían desempeñar una labor crucial para un control de constitucionalidad indirecto *a posteriori* de la norma convencional.

Por último, la primacía del Derecho internacional convencional sobre el derecho nacional de los Estados miembros se manifiesta en un deber para las jurisdicciones de los Estados miembros de interpretar y aplicar su derecho estatal, en la medida de lo posible, de conformidad con los objetivos establecidos por aquellos acuerdos internacionales concluidos por la Unión aun en el caso de que estos últimos no atribuyan derechos a los particulares y de que sus disposiciones no sean susceptibles de eficacia directa. A diferencia de la primacía fundada en la eficacia directa de la disposición del acuerdo internacional, el deber de interpretación conforme del derecho nacional a los objetivos del acuerdo internacional concluido por la Unión, es una obligación de resultado que deja libertad para elegir los medios apropiados a la jurisdicción nacional, que por tanto no está obligada a inaplicar de forma inexcusable la norma interna sino a buscar su conciliación con la norma convencional por vía interpretativa: en este sentido, proponemos hablar en lo sucesivo de eficacia indirecta tanto de las disposiciones del acuerdo internacional como del propio derecho convencional derivado.

Recientemente, el TJUE en respuesta a una cuestión prejudicial introducida por el Tribunal Supremo eslovaco ha decretado que corresponde a los jueces nacionales el deber de interpretar su derecho nacional —en los ámbitos cubiertos por el derecho medioambiental de la Unión— de manera conforme, en la medida de lo posible, a los objetivos del artículo 9, apartado 3 del Convenio de Aarhus⁹. Hay varios motivos para sostener este deber de inter-

un tribunal de un Estado miembro ha declarado *ultra vires* una sentencia del TJUE se ha producido a raíz de la Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2011, *Landtová*, asunto C-399/09 (pendiente de publicación), Rec. 2011, que traía causa de una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Administrativo Supremo de la República Checa, en el conocido como asunto de las llamadas «Pensiones Eslovacas». En su Sentencia de 31 de enero de 2012, el Tribunal Constitucional checo ha declarado *ultra vires* la sentencia prejudicial del TJUE. Véase KOMÁREK, J., «Czech Constitutional Court Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires; Judgment of 31 January 2012, Pl. ÚS 5/12, Slovak Pensions XVII», *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n.º 2, 2012, pp. 323-337.

⁹ Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Zoskupenie*, C-240/09, Rec. 2011, p. I-1255, apartado 50. El Convenio de Aarhus ha sido concluido tanto por la Unión como por todos sus Estados miembros en virtud de una competencia compartida, se trata de un acuerdo mixto. Debe verse el Reglamento 1367/2006/CE, de 6 de septiembre de 2006, del Parlamento Euro-

pretación conforme del derecho estatal a los objetivos de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea¹⁰:

a) En primer lugar, la naturaleza del principio de cooperación leal tendente a asegurar el logro de la misión y objetivos que el Derecho originario asignan a la Unión conllevan dicho deber. Este principio debe ponerse en comunión con el principio de buena fe, al que el TJUE ha reconocido carácter de derecho consuetudinario general. Dada la naturaleza bidireccional del principio de cooperación leal, si el TJUE estableció en el asunto *Intertanko*, en deferencia de un acuerdo internacional concluido por todos los Estados miembros pero en el que la Unión no era parte, que las disposiciones de una directiva debían interpretarse tomando en consideración este acuerdo (Convenio Marpol 73/78)¹¹: *a contrario*, e invocando tanto el deber de cooperación leal como el principio de buena fe, no cabe mantener una interpretación del derecho estatal que no se acomode a los objetivos de un acuerdo internacional en que la Unión es parte. Es decir, si el TJUE ha admitido que el derecho derivado de la Unión debe tomar en su interpretación y aplicación en consideración un

peo y del Consejo, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, *DOUE* Serie L 264/13, de 25 de septiembre de 2006. Sobre esta decisión del TJUE puede verse un interesante comentario en FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Avances y retrocesos en materia de acuerdos mixtos y de acceso a la justicia para la protección del medio ambiente a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 en el asunto oso pardo», *RGDE*, n.º 29, 2013. Como la autora apunta este mandato del TJUE equivale indirectamente a la concesión de la eficacia directa que se le niega al precepto, ya que obliga al Tribunal Supremo eslovaco a efectuar una interpretación *contra legem* de su legislación nacional. En otro orden de ideas, debe recordarse que la CDPD constituye el primer ejemplo *stricto sensu* de tratado internacional sobre derechos humanos concluido por la Unión Europea, no obstante, el Convenio de Aarhus en la medida en que regula importantes cuestiones relativas a derechos fundamentales en relación con la protección del medio ambiente *lato sensu* serviría como ejemplo de un tratado internacional sobre derechos humanos que había sido previamente concluido por la Unión Europea.

¹⁰ Este esquema se mantiene invariablemente cierto para los acuerdos internacionales concluidos *sólo* por la Unión Europea, posteriormente, se matizará en qué medida es trasladable este razonamiento a los acuerdos mixtos dado el alcance que la jurisdicción interpretativa del TJUE.

¹¹ Téngase en cuenta que el TJUE al mismo tiempo excluyó la posibilidad de llevar a cabo un control de validez de la directiva fundado en su compatibilidad con un acuerdo internacional (Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques —Convenio Marpol 73/78—) que no había sido concluido por la Unión, pero en el que todos sus Estados miembros son parte, véase la Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, cit. *supra*, apartado 52. Un comentario a la misma puede verse en GONZÁLEZ GIMÉNEZ, J., «Régimen comunitario de la contaminación por descargas procedentes de buques: la relación con las normas internacionales y la sentencia del TJCE sobre el asunto *Intertanko*», *RDCE*, vol. 13, n.º 34, 2009, pp. 915-944.

acuerdo internacional en que todos sus Estados miembros son parte, la reinversión lógica del argumento lleva necesariamente a que los Estados miembros no pueden argüir una interpretación de su derecho nacional que frustre los objetivos de un acuerdo internacional en que la Unión es parte.

b) Sabido es que los Estados miembros tienen el deber de interpretar y aplicar su derecho interno a la luz y finalidad del derecho derivado de la Unión aun en ausencia de eficacia directa¹². Además, el TJUE ha reconocido el deber de dar al derecho derivado de la Unión una interpretación conforme, en la medida de lo posible a su derecho convencional. Por tanto, si el derecho nacional debe ser interpretado de conformidad con el derecho derivado de la Unión, y éste a su vez debe interpretarse a la luz de los acuerdos convencionales concluidos por la Unión, siguiendo la propiedad transitiva del razonamiento, no hay motivo jurídico alguno que permita excluir la necesaria interpretación conforme del derecho nacional a los objetivos de los acuerdos internacionales en que la Unión sea parte (a reserva de las precisiones para las particularidades propias de los acuerdos mixtos).

Estas diversas manifestaciones de la primacía del Derecho internacional convencional de la Unión Europea sobre el derecho estatal de los Estados miembros, ha llevado a cierto sector doctrinal a caracterizar a la Unión «*as a door opener for Public International Law*»¹³. En el ordenamiento jurídico español, resulta paradigmática la Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1995, de 11 de septiembre, que en el marco de un recurso de amparo planteado por un trabajador marroquí estimó la lesión de un derecho fundamental debido a la falta de aplicación del Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y Marruecos de 1976: este caso demuestra la estrecha imbricación entre los diferentes ordenamientos en lo que a la protección de derechos fundamentales respecta. Así pues, dentro de la apertura constitucional que el artículo 10.2 de la Constitución Española realiza al Derecho internacional de los Derechos humanos, se permite a un acuerdo internacional concluido por la entonces Comunidad desplegar efectos hermenéuticos clave en el régimen interno de los derechos fundamentales tutelados en la Constitución española, al estar algunas de las disposiciones del acuerdo orientadas a regir la posición jurídica del individuo¹⁴.

¹² Esto es particularmente cierto para las directivas, véase la Sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing c. Comercial Internacional de Alimentación*, asunto C-106/89, Rec. 1990, p. I-4135, apartado 13.

¹³ MAYER, F. C., «European Law as a Door Opener for Public International Law?», en *Droit International et Diversité des Cultures Juridiques-International Law and Diversity of Legal Cultures*, Pédone, París, 2008, p. 253.

¹⁴ Sobre el artículo 10. 2 de la Constitución española puede verse, SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El ar-*

En el ámbito de los acuerdos mixtos concluidos por la Unión y sus Estados miembros en dominios pertenecientes a la competencia compartida de ambos (tal es el caso del CDPD y lo será del CEDH una vez se complete la adhesión de la Unión)¹⁵, el alcance de la primacía de estos acuerdos sobre el derecho nacional será modulado en función de cuál sea el alcance de la jurisdicción del TJUE para establecer una interpretación uniforme de sus disposiciones:

a) La competencia para trazar la línea divisoria entre las obligaciones que asume la Unión y las que asumen los Estados miembros en el marco de un acuerdo mixto corresponde al TJUE¹⁶.

b) A la hora de determinar si una disposición de un acuerdo mixto es susceptible de eficacia directa, el TJUE será competente si ésta recae sobre el ámbito del Derecho de la Unión: ello ocurre cuando la disposición recae en un ámbito en que la Unión ha legislado; pero aun en el caso de no haber legislado, el TJUE puede ser competente si la disposición se refiere a un ámbito regulado en acuerdos concluidos por la Unión y por sus Estados miembros y se trata de una cuestión *ampliamente cubierta* por este derecho¹⁷. En caso de que el TJUE concluya que la disposición es susceptible de efecto directo su primacía irá acompañada de la obligación de inaplicar el derecho nacional contrario a ella. En caso contrario, el deber del Estado miembro será de interpretación conforme a la letra y finalidad de la disposición concreta del acuerdo mixto carente de eficacia directa¹⁸.

c) Igualmente el TJUE ha consolidado un alcance extensivo de su jurisdicción siguiendo el principio *in dubio pro communitate*: en aquellos casos en que una disposición sea susceptible de aplicarse tanto a situaciones regidas por el derecho interno como a situaciones de derecho comunitario «[...] existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras

título 10.2 de la Constitución española, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999. Una detallada exposición de la actitud del Tribunal Constitucional español frente al Derecho comunitario europeo en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «En pos de la relevancia constitucional del Derecho Comunitario (Una visión desde la labor de un Magistrado)», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, tomo I, Eurolex Editorial, Madrid, 2005, pp. 864-895.

¹⁵ Debe verse sobre acuerdos mixtos, KADDOUS, C., *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruylant, Bruselas, 1998, pp. 263-267.

¹⁶ Sentencias de 8 de marzo de 2011, *Zoskupenie*, cit. *supra*, apartado 31; de 14 de diciembre de 2000, *Dior y otros*, asuntos C-300/98 y 392/98, Rec. 2000, p. I-11307, apartado 33; y de 11 de septiembre de 2007, *Merck Genéricos-Productos Farmacéuticos*, cit. *supra*, apartado 33.

¹⁷ Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Zoskupenie*, cit. *supra*, apartados 33 y 36.

¹⁸ Véase la Sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Dior y otros*, cit. *supra*.

divergencias de interpretación, dicha disposición reciba una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse»¹⁹.

d) En los restantes supuestos, corresponderá a los tribunales de los Estados miembros la competencia para determinar si una disposición de un acuerdo mixto es directamente invocable por los particulares o si debe ser imperativamente aplicable por los jueces de oficio. De este modo, se ha dicho que el TJUE admite una cierta ruptura de la interpretación uniforme de los acuerdos mixtos: la jurisprudencia relativa a la eficacia directa de las disposiciones del derecho de la OMC (en concreto el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio —en lo sucesivo APDIC—) demuestra que aunque el TJUE venga sistemáticamente denegando la eficacia directa a las disposiciones de un acuerdo cuando entran dentro del ámbito del Derecho de la Unión, nada obsta que los tribunales nacionales dentro del ámbito del derecho estatal reconozcan a otras disposiciones del mismo acuerdo la eficacia directa²⁰.

Volviendo al terreno propio de los derechos fundamentales, ¿en qué medida podría beneficiar al cumplimiento de las sentencias del TEDH y su efectividad la primacía del CEDH sobre el derecho interno de los Estados miembros, en tanto que Derecho de la Unión, una vez completada la adhesión? En la medida en que el TJUE declare su propia competencia para establecer la interpretación uniforme de disposiciones concretas del CEDH, a la luz de la jurisprudencia analizada que implica un cierto grado de *pre-emption*, el Tribunal de Justicia puede contribuir a reforzar los mecanismos de garantía de este instrumento, dado el carácter amplificador y la irradiación adicional de los efectos de las disposiciones del CEDH que pueden lograrse dentro del

¹⁹ *Ibid.*, apartado 42; asimismo, Sentencias de 17 de julio de 1997, *Giloy*, asunto C-130/95, Rec. 1997, p. I-4291, apartado 28; y de 16 de junio de 1998, *Hermès*, asunto C-53/96, Rec. 1998, p. I-3603, apartado 32. Téngase en cuenta que la aplicación uniforme de las normas comunitarias está mediatizada por la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados miembros, por su autonomía institucional y procesal, así como por los principios fundamentales de sus ordenamientos que el Derecho de la Unión observa, véase ROLDÁN BARBERO, J., «Derecho comunitario y principios fundamentales del derecho interno (comentario a las Sentencias del TJUE van Schijndel y Peterbroeck de 14 de diciembre de 1995)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, n.º 3, 1996, pp. 812-813.

²⁰ Sentencia de 8 de marzo de 2011, *Zoskupenie*, cit. *supra*, apartado 32. Sobre el alcance de la jurisdicción del TJUE respecto de las disposiciones de los acuerdos mixtos puede verse en más detalle, KADDOUS, C., «Effects of International Agreements in the EU Legal Order», en CREMONA, M. y DE WITTE, B. (eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, 2008, p. 295; KOUTRAKOS, P., «Interpretation of Mixed Agreements», en HILLION, C. y KOUTRAKOS, P., *Mixed Agreements Revisited-The EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, 2010, pp. 116-137.

ámbito de aplicación del Derecho de la Unión mediante la utilización de la cuestión prejudicial.

La jurisdicción del TJUE sobre disposiciones del CEDH serviría de *recor-datorio* a los Estados miembros de la Unión Europea de la jurisprudencia relevante del TEDH, que sería empleada por el TJUE para determinar el sentido y alcance de las disposiciones del CEDH, y a su vez esta jurisprudencia del TEDH en aquellos supuestos de nexo más claro con el Derecho de la Unión recibiría un significado unívoco para todos los Estados miembros. De adoptar esta actitud, el TJUE se convertiría en un nuevo peldaño orientado a facilitar el diálogo en materia de derechos fundamentales entre el TEDH y los tribunales de los Estados miembros, debiendo configurarse no como obstáculo procesal más, sino como un importante engarce para ampliar la *caja de resonancia* y el eco de la jurisprudencia del TEDH contribuyendo a mejorar su efectividad²¹. En la medida en que la Comisión Europea asumiese el rol de guardiana del cumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones dimanantes del CEDH en ámbitos *ampliamente* cubiertos por el Derecho de la Unión se verían reforzadas las garantías asociadas a este instrumento. Debe tenerse en cuenta que el sistema de recurso individual del CEDH se encuentra amenazado por el ingente y creciente volumen de recursos pendientes ante el TEDH, así como por la escasez de medios puestos a su disposición. En este sentido, la labor de instituciones que defienden un interés *comunitario* como es el caso del TJUE y de la Comisión Europea (ésta mediante el recurso por incumplimiento) podría servir de acicate para aumentar el crédito y el respeto hacia sentencias del TEDH en otros Estados miembros que se encontraran ante situaciones semejantes a aquellas que han llevado a otro Estado del Consejo de Europa a ser condenado. Se podría dotar de una mayor *vis expansiva* a la jurisprudencia del TEDH con la adhesión, para salvar las deficiencias de los actuales mecanismos de control del CEDH. Frente al modelo puramente intergubernamental de control y supervisión de la ejecución de las Sentencias del TEDH en manos del Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 46 CEDH)²², podrían dos instituciones como el TJUE y la Comisión Europea, teóricamente libres del componente intergubernamental, contribuir dentro del respeto al principio de competencias por atribución, a revitalizar y desentumecer el amenazado sistema de recurso individual ante el TEDH, reforzando la efectividad del CEDH, que al ser parte integrante del Derecho de la Unión vería mejorar su estatuto en el derecho nacional de algunos Estados miembros.

²¹ DOUGLAS-SCOTT, S., «The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon», *Human Rights Law Review*, vol. 11, n.º 4, 2011, p. 657.

²² MORTE GÓMEZ, C., «Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en SOROETA LICERAS, J. (ed.), *La eficacia del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián Vol. XI*, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 225-242.

En términos generales puede afirmarse que la *tolerancia constitucional* de los Estados miembros es mayor hacia el Derecho de la Unión que hacia el CEDH²³. Esto es particularmente cierto en el sistema judicial de Alemania o Reino Unido, donde los derechos fundamentales contenidos en el CEDH gozarían de mayor grado de coerción por la vía del Derecho de la Unión que por la vía de las Sentencias del TEDH²⁴. El Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe ha señalado que en caso de conflicto irresoluble entre el CEDH y el derecho interno, el primero prevalece, pero existen áreas que el Tribunal excluye de esa primacía, es decir, *contralímites*: derecho de familia, derecho de la inmigración, así como los derechos destinados a la protección de la personalidad²⁵. Aunque debe tenerse en cuenta que en Estados como Alemania o Italia la jurisdicción constitucional ha configurado un cierto deber de interpretación conforme del derecho nacional hacia el CEDH, así como, en Italia ha llegado a afirmar el valor supralegal del CEDH y la posibilidad de que éste pueda ser empleado como parámetro indirecto, mediato (doctrina de la *norma interposta*), en algunos casos, en los juicios de constitucionalidad²⁶. También es cierto que en algunos Estados miembros como es el caso de Francia y de Países Bajos, existe una convergencia antes de la adhesión entre el Derecho de la Unión y el CEDH debido a que sus normas constitucionales no efectúan distinción entre el Derecho Internacional Público y el Derecho de la Unión Europea. En otros Estados miembros, como en Portugal, existe la posibilidad constitucional de que los jueces nacionales ordinarios dejen inaplicadas normas infraconstitucionales en conflicto con tratados internacionales de derechos humanos, como el CEDH, pero se ha llegado a describir esta posibilidad como un *gigante durmiente*²⁷. En Bélgica los efec-

²³ Alemania, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Hungría, Italia, Lituania, Reino Unido y Suecia otorgan al CEDH el mismo estatuto que a la norma interna en virtud de la cual éste se incorpora al derecho nacional, véase, HOFFMEISTER, F., «Germany: Status of European Convention on Human Rights in domestic law», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n.º 4, 2006, pp. 722-731.

²⁴ TIMMERMANS, C., «The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights», en ARNULL, A. et al. (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregón, 2011, p. 155.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 14 de octubre de 2004, *Görgülü*, 2 BvR 1481/04.

²⁶ Véase CATTARINO, G., «La protection des droits fondamentaux. La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle italienne», en BAUDREZ, M. y DI MANNO, T. (coords.), *LIBER AMICORUM Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, Bruselas, 2005, pp. 753-766.

²⁷ Véase MIRANDA, J., «Les droits fondamentaux au Portugal», en BAUDREZ, M. y DI MANNO, T. (coords.), *LIBER AMICORUM Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant, Bruselas, 2005, pp. 823-834.

tos del Derecho de la Unión y del CEDH parecen haberse asimilado en el ordenamiento interno recibiendo ambos derechos la calificación de derecho supranacional. No obstante, ninguno de los Estados miembros, con la excepción de Austria y de Países Bajos, otorga un verdadero rango jerárquico de nivel constitucional en su ordenamiento interno al CEDH²⁸.

Como se tratará de razonar a lo largo de este trabajo, este rango jerárquico *constitucional* sí se le otorga al CEDH en el ordenamiento jurídico de la Unión (aun antes de que se produzca la adhesión de la Unión al mismo) por la vía mediata del artículo 52.3 CDFUE y del artículo 6.1 TUE, ya que la CDFUE es equiparada en valor jurídico al Derecho primario y a su vez, los derechos recogidos en ésta que se correspondan con disposiciones del CEDH deben recibir idéntico sentido y alcance en el ordenamiento de la Unión, incluyendo, para ello la oportuna referencia a la jurisprudencia del TEDH.

Bien es cierto que la adhesión de la Unión al CEDH con la posibilidad de que el TJUE ejerza su jurisdicción interpretativa sobre las disposiciones de este acuerdo internacional para establecer un sentido unívoco de las mismas también entraña el riesgo de mermar el margen de discreción con el que cuentan los Estados miembros actualmente, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, a la hora de aplicar el CEDH en sus ordenamientos.

Una vía menos explorada pero no por ello menos cierta es la que señala que el TEDH también contribuye aun sin haberse producido la adhesión a mejorar la eficacia del Derecho de la Unión en los ordenamientos de sus Estados miembros: ejemplos de esta línea se encuentran en asuntos como *Hornsby* donde el TEDH de forma indirecta ha considerado la no ejecución de una Sentencia del TJUE como contraria al artículo 6 CEDH; o aquellos casos donde el TEDH ha considerado el rechazo arbitrario del juez nacional a plantear la cuestión prejudicial como incompatible con la exigencia de equidad del proceso garantizada por idéntico precepto; por último, otro ejemplo que puede resultar polémico, ha contribuido indirectamente a mejorar y amplificar la eficacia del estatuto de ciudadanía de la Unión se halla en la

²⁸ En Austria las relaciones entre Constitución y CEDH se rigen por la regla *lex posterior derogat legi priori*, ya que con carácter adicional a su condición de tratado internacional el CEDH ha sido convertido en una ley interna con rango constitucional, y resulta directamente aplicable e invocable ante todos los órganos jurisdiccionales ordinarios y ante el propio Tribunal Constitucional. No obstante, esta posición amistosa hacia el CEDH encuentra sus límites ante una eventual violación de la Constitución austríaca, en tal tesitura, el Tribunal Constitucional austríaco contempla la posibilidad de desviarse de la jurisprudencia del TEDH. Bien es cierto que en los países bálticos, aun antes de su adhesión al CEDH y a la propia Unión Europea, el CEDH, incluida la jurisprudencia del TEDH, también ha sido una crucial fuente de inspiración para la construcción constitucional nacional, véase MARTINICO, G., «Is the European Convention Going to Be “Supreme”? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts», *European Journal of International Law*, vol. 23, n.º 2, 2012, pp. 401-424.

Sentencia del TEDH relativa al asunto *Mendizábal*, donde el TEDH consideró que Francia había infringido el derecho a la vida privada y familiar, debido a un retraso de más de catorce años en conceder un título de residencia permanente a la demandante de nacionalidad española²⁹.

Como se ha anticipado, aun antes de producirse la adhesión, existe una cierta ósmosis en materia de derechos fundamentales entre TEDH y TJUE sin excluirse totalmente la posibilidad de un eventual conflicto³⁰.

²⁹ Véase la Sentencia del TEDH de 19 de marzo de 1997, *Hornsby c. Grecia*, Recurso n.º 18357/91 en relación con la no ejecución de una Sentencia del TJUE (véase la Sentencia de 15 de marzo de 1988, *Comisión c. Grecia*, asunto C-147/86, Rec. 1988, p. 1637). Por su parte, las Decisiones del TEDH de 13 de febrero de 2007, *John c. Alemania*, Recurso n.º 15073/03; y de 8 de diciembre de 2009, *Herma c. Alemania*, Recurso n.º 54193/07, apartado 2, en relación con el rechazo arbitrario a la elevación de la cuestión prejudicial. Debe destacarse también la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 23 de junio de 2008, *Maslov c. Austria*, Recurso n.º 1638/03, apartados 44, 82 y 93. En la resolución del asunto *Maslov* el TEDH dictaminó que la expulsión de un menor de edad búlgaro con antecedentes penales constituía una infracción del artículo 8 CEDH, para ello el TEDH se refirió a la protección que en los supuestos de expulsión dispensa a menores de edad el artículo 28 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *DOUE* Serie L 158/77, de 30 de abril de 2004; asimismo el TEDH se apoyó en dicho asunto en sendas sentencias del TJUE (la Sentencia de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, Rec. 2004, p. I-5257; así como la Sentencia de 31 de enero de 2006, *Comisión c. España*, asunto C-503/03, Rec. 2006, p. I-1097). Véase, por último, la Sentencia del TEDH de 17 de enero de 2006, *Mendizábal c. Francia*, Recurso n.º 51431/99, apartado 79.

³⁰ Resulta ilustrativa de que el TJUE ya ha operado como caja amplificadora de la jurisprudencia del TEDH su decisión en el asunto *K. B.*; en este asunto el Tribunal de Luxemburgo recordó que el TEDH había considerado contraria al artículo 12 CEDH —relativo al derecho a contraer matrimonio— la imposibilidad de que una persona que se había sometido a una operación de cambio de sexo pudiera contraer matrimonio con una persona del sexo al que pertenecía antes de la operación. Ello como consecuencia de que el Derecho de Reino Unido no permitía el reconocimiento de la nueva identidad sexual adquirida tras la operación. Paradigmático de esa permeabilidad recíproca es el hecho de que el TEDH se hubiese inspirado en la redacción más neutral en cuanto al género de los contrayentes del artículo 9 CDFUE relativo al derecho al matrimonio, en un momento en que la Carta carecía de valor jurídico vinculante y ni siquiera había sido empleada por el propio TJUE. Véase la Sentencia de 7 de enero de 2004, *K. B. c. National Health Service Pensions Agency*, asunto C-117/01, Rec. 2004, p. I-0541, apartado 33. En esta Sentencia el TJUE reafirma la decisión del TEDH en la Sentencia de 11 de julio de 2002, *Goodwin c. Reino Unido*, Recurso n.º 28957/95, apartado 58. En un caso relativo a la segregación en la educación escolar de niños pertenecientes a la minoría romaní encontramos otro notable ejemplo de la imbricación entre ambos tribunales: el TEDH se refiere ampliamente al derecho derivado de la Unión, así como a la jurisprudencia del TJUE, para indagar en el concepto de discriminación indirecta consolidado en la práctica del Derecho de la Unión, véase la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 13 de noviembre de 2007, *D. H. y otros c. República Checa*, Recurso n.º 57.235/00, apartados 81-91 y 184. Ahora bien, no debe perderse de vista que el nivel de protección ofrecido por el TEDH no siempre ha superado al establecido por el TJUE, en particular, el TJUE había sido pionero en el ámbito de

Una garantía adicional y subsidiaria (con carácter preferente se debe buscar la eficacia directa de las disposiciones del propio tratado) a disposición de los particulares respecto de aquellas disposiciones de tratados internacionales concluidos por la Unión Europea (CEDH en su caso, y CDPD) es el resarcimiento mediante la denominada responsabilidad por infracción del Derecho comunitario que deriva de la jurisprudencia del TJUE establecida a raíz del asunto *Francovich*³¹. En virtud de esta construcción jurisprudencial el particular podría buscar resarcimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales de los daños causados por una infracción del Derecho de la Unión imputable a cualquiera de los poderes públicos de un Estado miembro (incluso órganos jurisdiccionales en última instancia). *Grosso modo* los requisitos para que una causa de este tipo prospere son: la infracción suficientemente grave de una norma orientada a conferir derechos invocables a los particulares —disposición contenida en un tratado internacional en que la Unión sea parte—, así como un nexo causal directo entre la infracción de la obligación dimanante del Derecho de la Unión por parte del Estado miembro y la causación del daño alegado por el particular³².

la prohibición de discriminación en el empleo a las personas transexuales en su Sentencia de 30 de abril de 1996, *P. c. S. y Cornwall County Council*, asunto C-13/94, Rec. 1996, p. I-2143. Con posterioridad a la adquisición de pleno valor jurídico vinculante por la CDFUE, el TEDH ha tenido ocasión de constatar, inspirándose de nuevo en el artículo 9 CDFUE, que la aplicación del artículo 12 CEDH no se limita a los supuestos de matrimonio entre personas de sexo opuesto, pero que tampoco se desprende de dicho artículo la obligación de permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, véase la Sentencia del TEDH de 24 de junio de 2010, *Schalk y Kopf c. Austria*, Recurso n.º 30141/04, apartados 60-63.

³¹ Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich c. República Italiana y Danila Bonifaci y otros c. República Italiana*, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, Rec. 1991, p. I-5357, apartado 37. En esta sentencia se estableció como principio de Derecho de la Unión la obligación para los Estados miembros de proceder a la reparación de los daños causados a los particulares por cualquier infracción de Derecho Comunitario de la que aquéllos sean responsables. No hay motivo que permita, por tanto, discriminar excluyendo de esta fórmula a los tratados internacionales (válidamente concluidos), que como se ha dicho son desde su entrada en vigor parte integrante del Derecho de la Unión.

³² Hasta la fecha el TJUE se ha pronunciado acerca del alcance de este principio en relación con la ausencia o incorrecta trasposición de directivas, infracciones imputables a la administración o al poder legislativo de un Estado miembro, o a un órgano judicial de última instancia. Como se ha dicho nada obsta a que pueda buscarse el resarcimiento frente a un daño ocasionado a un particular por el inadecuado cumplimiento de obligaciones establecidas por tratados internacionales en que la Unión Europea sea parte. Para ello es necesario que las disposiciones incumplidas sean susceptibles de conceder al individuo derechos exigibles y por tanto susceptibles de eficacia directa. Véanse *inter alia* las Sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur c. Alemania* y *The Queen c. Factortame Ltd. y otros*, asuntos acumulados C-46/93 y 48/93, Rec. 1996, p. I-1029; de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, asunto C-224/01, Rec. 2003, p. I-10239. Sobre este tipo de responsabilidad pueden verse en mayor detalle, TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2006, pp. 498-547; HARTLEY, T. C., *The Foundations of the European Union*, 7.ª ed., Oxford University Press, 2010, pp. 248-258.

El TEDH en el asunto *Dangeville* ha contribuido a otorgar una garantía adicional para sostener la responsabilidad del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea: en este caso la sociedad demandante no había obtenido éxito ante los órganos jurisdiccionales franceses a la hora de ser resarcida por las cantidades de IVA soportadas que había pagado en violación de una Directiva que no había sido transpuesta adecuadamente al ordenamiento jurídico de Francia. Pese a que los órganos jurisdiccionales franceses constataron el hecho de que la cantidad había sido pagada en infracción del Derecho de la Unión, no prosperó ante ellos la acción de responsabilidad. Finalmente, el TEDH condenó a Francia por infracción del artículo 1 del Protocolo n.º 1 al CEDH, ordenando como reparación la satisfacción equitativa consistente en la devolución de las cantidades recaudadas en contravención del Derecho de la Unión. Por tanto, cabe entender que el TEDH aplicaría idéntico razonamiento en caso de que un Estado miembro infringiera una disposición de un acuerdo internacional que ha sido concluido por la Unión (verbigracia la CDPD), ocasionando con ello la infracción de alguno de los derechos tutelados bien en el CEDH bien en sus Protocolos³³.

Un último coletazo que puede derivarse de la prevalencia del Derecho internacional convencional de la Unión Europea sobre el Derecho interno, se puede extraer de la decisión del TJUE en el asunto *Promusicae*: en el ejercicio de adaptación normativa del Derecho interno a una directiva, los Estados miembros —dentro de su margen de apreciación— deben adoptar una legislación nacional conforme no sólo a dichas directivas, sino también a una interpretación y lectura de las mismas con arreglo a los derechos fundamentales que forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Por tanto, en el ejercicio de trasponer al derecho nacional las directivas, los Estados miembros deben realizar un doble ejercicio hermenéutico previo de concreción de las estipulaciones de la directiva a la luz no sólo de las particularidades de su derecho nacional, sino también de adecuación de las disposiciones de la directiva a la letra y finalidad de los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales en que la Unión sea parte³⁴. Dicho

³³ Sentencia de 16 de abril de 2002, *Dangeville c. Francia*, Recurso n.º 36677/97, apartado 57.

³⁴ El TJUE ha establecido en jurisprudencia reiterada, que los tratados internacionales concluidos por la Unión deben ser interpretados de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en su respectivo contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, siguiendo la regla recogida en el artículo 31 de los Convenios de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 y 1986, que, en opinión del Tribunal, constituye una regla de Derecho internacional general consuetudinario, véanse *inter alia*, las Sentencias de 6 de mayo de 2010, *Walz*, asunto C-63/09, Rec. 2010, p. I-4239; de 10 de enero de 2006, *IATA*, asunto C-344/04, Rec. 2006, p. I-403, apartado 40; y de 20 de noviembre de 2001, *Jany y otros*, C-268/99, Rec. p. I-8615, apartado 35.

ejercicio de interpretación buscando el justo equilibrio entre los diversos derechos fundamentales contenidos en el ordenamiento jurídico comunitario se exige de igual modo a todos los poderes públicos internos encargados de aplicar la normativa interna de adaptación a las directivas adoptadas por las instituciones de la Unión³⁵. El carácter transversal y expansivo de las normas de derechos fundamentales contenidas en aquellos tratados de derechos humanos que la Unión concluya alcanzará de lleno por tanto al derecho nacional de trasposición de las directivas, y naturalmente, se exigirá a los Estados miembros su observancia en cualquier acto nacional que entre dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, todo ello sin alterar el reparto competencial vertical ni otorgar nuevas competencias a la Unión.

II. PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO SOBRE EL DERECHO DERIVADO

1. PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE SU DERECHO DERIVADO

Al abordar esta cuestión debe tenerse presente una idea fundamental: a diferencia de lo visto en relación con la primacía del derecho convencional de la Unión Europea sobre el derecho interno, en este caso, el juez nacional por su propia autoridad no puede dejar inaplicada una norma de derecho derivado por su presunta incompatibilidad con la disposición de un tratado internacional del que la Unión es parte. Admitir dicha facultad discrecional del juez nacional para inaplicar actos emanados de las instituciones de la Unión, comportaría la ruptura de la aplicación uniforme de todo el ordenamiento de la Unión. Cuestión distinta es que el conflicto entre el derecho derivado y el derecho convencional pueda ser resuelto por el juez nacional por vía hermenéutica buscando la conciliación entre las disposiciones de ambas normas, mediante una manifestación menos radical de la primacía de la norma convencional ya apuntada: su eficacia indirecta o el deber de interpretación conforme.

³⁵ Sentencia de 29 de enero de 2008, *Promusicae c. Telefónica*, asunto C-275/06, Rec. 2008, p. I-271. Además, en esta sentencia asume el TJUE la difícil tarea de conciliar el derecho a la protección de datos personales (como integrante del derecho a la intimidad), con los derechos de propiedad intelectual y las exigencias de la tutela judicial efectiva. Estas sentencias deben ponerse en conexión con la noción *en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión*, cuya precisión se desprende de las Sentencias de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, cit. *supra*; así como de 18 de junio de 1991, *ERT c. DEP*, cit. *supra*, apartado 42.

Comoquiera que el juez nacional no puede dejar de aplicar una norma de derecho derivado por su presunta incompatibilidad³⁶ con la disposición de un tratado del que la Unión es parte, en caso de presentarse dudas sobre la validez a la luz de la norma convencional de la norma o acto adoptados por las instituciones de la Unión, el juez nacional debe elevar una cuestión prejudicial al TJUE. *A priori*, con las salvedades que se matizarán en relación con las normas internacionales destinadas a la protección de los derechos humanos, las normas contenidas en los acuerdos sometidos al Derecho Internacional Público se sitúan en un nivel inferior al Derecho originario y en un nivel jerárquico superior al derecho derivado³⁷. Además, salvo escasas excepciones, se mantiene en la jurisprudencia del TJUE como cierta la presunción implícita de compatibilidad de la actuación del legislador comunitario con las disposiciones de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión³⁸.

Por lo tanto, en caso de plantearse ante un órgano jurisdiccional nacional la impugnación de la validez de una norma de derecho derivado por su presunta inadecuación a la norma convencional, el único competente para llevar a cabo el control de validez del derecho derivado será el TJUE. En el marco de la cuestión prejudicial éste viene supeditando la primacía de la disposición convencional sobre el derecho derivado a la eficacia directa de aquélla, y por tanto la utilización de la disposición de la norma convencional como parámetro para apreciar la legalidad del derecho derivado está subordinada a su eficacia directa³⁹. En el reciente asunto *Intertanko*, el TJUE desaprovechó una oportunidad de deslindar, en el marco de la cuestión prejudicial, la necesidad de eficacia directa de la disposición convencional del control de validez de una directiva que se remite *in toto* al Derecho internacional para guiar su aplicación: en este

³⁶ Lógicamente con la salvedad de que el TJUE haya puesto de manifiesto dicha incompatibilidad.

³⁷ Conclusiones presentadas por el Abogado General Lenz el 5 de diciembre de 1990, *Nakajima c. Consejo*, asunto C-69/89, Rec. 1991, p. I-2069, apartado 53. En ellas se sostiene que los acuerdos internacionales concluidos por la Unión son normas jurídicas adoptadas en aplicación del Derecho primario y de rango jerárquico superior al derecho derivado. También véase la Sentencia de 10 de enero de 2006, *IATA*, cit. *supra*, apartado 35.

³⁸ KLABBERS, J., «The validity of EU norms conflicting with international obligations», en CANNIZZARO, E., PALCHETTI, P. y WESSEL, R. A. (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, p. 125.

³⁹ Sentencia de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company y otros*, asuntos acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C24/72, Rec. 1972, p. 1219, apartado 10, apartado 8. No obstante, el TJUE ha señalado que el hecho de que un acuerdo internacional «[...]contenga disposiciones carentes de efecto directo, en el sentido de que no crean derechos que los particulares puedan invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales, [...] no impide que el Juez controle el cumplimiento de las obligaciones que incumben a la Comunidad en su calidad de parte de dicho Acuerdo», Sentencia de 9 de octubre de 2001, *Reino de los Países Bajos c. Parlamento y Consejo*, asunto C-377/98, Rec. 2001, p. I-7079, apartado 54.

caso se concluyó que la «[...] *Convención de Montego Bay no establece reglas destinadas a aplicarse directa e inmediatamente a los particulares ni a conferir a éstos derechos o libertades que puedan ser invocados frente a los Estados*», y por tanto, «[...] *la naturaleza y el sistema de la Convención de Montego Bay se oponen a que el Tribunal de Justicia pueda apreciar la validez de un acto comunitario en relación con dicha Convención*»⁴⁰.

Aunque el TJUE no ha tenido ocasión de pronunciarse explícitamente en el marco de la cuestión prejudicial, cabe pensar que podría apreciar la validez de un acto comunitario que ha sido adoptado en aplicación y ejecución de un acuerdo internacional del que la Unión es parte aun cuando sus disposiciones no sean susceptibles de tener eficacia directa: como se verá, esto podría permitir que el CDPD sea empleado como parámetro de validez del derecho derivado que será adoptado con seguridad en aplicación y desarrollo de este acuerdo internacional, y cuya trasposición y aplicación al derecho de los Estados miembros planteará litigios ante los órganos jurisdiccionales nacionales que podrán recurrir al incidente prejudicial, cuando una de las partes ante el mismo cuestione la validez de un acto comunitario a la luz de la propia CDPD⁴¹.

De forma implícita, el TJUE en la resolución de una cuestión prejudicial ya se ha pronunciado sobre la validez de un Reglamento a la luz de un acuerdo internacional concluido por la Unión, apreciando su compatibilidad, sin necesidad de entrar a analizar la potencial eficacia directa de la disposición convencional: así ha ocurrido en la Sentencia del TJUE de 23 de octubre de 2012, relativa a los procedimientos entre *Emeka Nelson y otros* contra varias compañías aéreas⁴².

⁴⁰ Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, cit. *supra*, apartados 64 y 65.

⁴¹ «Cuando un órgano jurisdiccional cuyas resoluciones pueden ser objeto de un recurso judicial de Derecho interno estima que uno o varios de los motivos de invalidez de un acto comunitario alegados por las partes o, en su caso, planteados de oficio están fundados, debe suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre dicha validez». Véase la Sentencia de 10 de enero de 2006, *IATA*, cit. *supra*.

⁴² El Tribunal ha concluido que los artículos 5 a 7 del Reglamento 261/2004/CE establecen el derecho de los pasajeros a ser compensados cuando sus vuelos sufren un retraso igual o superior a tres horas, salvo que éste se deba a circunstancias extraordinarias que escapen al control efectivo del transportista aéreo. El Tribunal ha rechazado en este caso el argumento de las compañías demandadas de la incompatibilidad de este régimen con el Convenio de Montreal, para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, concluido por la Unión Europea. Bien es cierto que el Reglamento comunitario invoca este tratado internacional, no obstante, el Tribunal entiende que el régimen establecido por el derecho derivado es complementario del establecido en virtud de este tratado internacional y que los preceptos controvertidos no entran plenamente en el ámbito de aplicación del Convenio de Montreal. De este modo el Tribunal aprecia la conformidad del Reglamento cuestionado. Deben verse la Sentencia de 23 de octubre de 2012, *Emeka Nelson y otros*, asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10 (pendiente de publicación), Rec. 2012; así como la Decisión del Consejo 2001/539/

En cambio, dicha desvinculación entre el requerimiento de eficacia directa y el control de validez de un acto de las instituciones, sí ha sido abiertamente admitida en relación con el GATT en el marco del recurso de anulación, de modo que a falta de eficacia directa de las disposiciones de un acuerdo internacional en que la Unión es parte, éstas pueden erigirse en parámetro de validez de un acto de las instituciones siempre que este último haya sido adoptado en cumplimiento de una obligación asumida en el marco de dicho acuerdo, o bien cuando tal acto se remita expresamente a disposiciones precisas de dicho acuerdo internacional⁴³. No existe motivo jurídico alguno que impida que en el marco de la cuestión prejudicial el TJUE abandone la exigencia de eficacia directa a las disposiciones de un acuerdo internacional para su consideración como parámetro de validez de aquellos actos de Derecho comunitario que han sido adoptados en ejecución de ese tratado internacional concluido por la Unión⁴⁴.

Por otra parte, mientras que la subordinación del control de validez a la eficacia directa de las disposiciones convencionales puede encontrar justificación en el marco de la cuestión prejudicial (se trata de una cuestión de aplicabilidad, de desplazamiento de la norma que el juez nacional no puede realizar), en cambio, tal supeditación no tiene razón de ser en el contexto de un recurso de anulación o de una excepción de ilegalidad donde se trata de apreciar la conformidad a derecho de la norma de derecho derivado⁴⁵: así lo ha entendido el Tribunal General en su Sentencia de 14 de junio de 2012 al resolver un recurso de anulación interpuesto por dos ONG de defensa del medioambiente (*Stichting Natuur en Milieu y Pesticide Action Network*) contra Decisiones de la Comisión Europea que establecían la inadmisibilidad de su solicitud de revisión interna del Reglamento 149/2008/CE de la Comisión que fija los límites máximos de residuos de pesticidas admisibles en los alimentos⁴⁶.

CE, de 5 de abril de 2001, sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, *DOUE* Serie L 194/38, de 18 de julio de 2001.

⁴³ Véanse, las Sentencias de 22 de junio de 1989, *Fediol c. Comisión*, asunto C-70/87, Rec. 1989, p. 1781, apartado 22; de 7 de mayo de 1991, *Nakajima c. Consejo*, asunto C-69/89, Rec. p. I-2069, apartado 31; y de 5 de octubre de 1994, *Alemania c. Consejo*, asunto C-280/93, Rec. 1994, p. I-4973, apartado 111.

⁴⁴ Aun en el caso de que las disposiciones del acuerdo internacional concluido por la Unión, no puedan considerarse como parámetro de validez de los actos de derecho derivado adoptados para dar aplicación a aquél, subsiste un especial deber de interpretación conforme del derecho derivado a la luz del derecho convencional, Sentencia de 14 de julio de 1998, *Safety Hi-Tech Srl c. S. & T. Srl*, asunto C-284/95, Rec. 1998, p. I-4301, apartado 22.

⁴⁵ Díez-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, op. cit., p. 143.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal General de 14 de junio de 2012, *Stichting Natuur en Milieu*, asunto T-338/08 (pendiente de publicación), Rec. 2012. Véase el Reglamento 149/2008/CE de la Comisión, de 29 de enero de 2008, por el que se modifica el Reglamento 396/2005/CE del

Un sector de la doctrina sugiere que mientras que la consideración de una norma u obligación internacional como parámetro de validez del Derecho comunitario derivado puede estar supeditada a su eficacia directa, lo contrario no es cierto: es posible que una norma u obligación internacional sea invocable por los particulares con independencia de su consideración o no como parámetro de validez⁴⁷.

Un posicionamiento novedoso del TJUE se encuentra en la resolución del recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo contra varios artículos de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar: en este caso el TJUE partiendo de la figura de los principios generales del Derecho de la Unión, en cuya determinación el CEDH ostenta una singular posición⁴⁸, entra directamente a analizar si diversas disposiciones de la Directiva (en cuyo Preámbulo se establece la voluntad de respetar y observar las dispo-

Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de los anexos II, III y IV que estipulan límites máximos de residuos para los productos que figuran en el anexo I de dicho Reglamento, *DOUE* Serie L 58/1, de 1 de marzo de 2008. La Comisión inadmitió dichas solicitudes amparándose en el Reglamento comunitario (1367/2006/CE) destinado a dar aplicación en el ordenamiento de la Unión a las disposiciones del Convenio de Aarhus ya que aquél limitaba los supuestos de revisión interna a los actos administrativos que constituyeran medidas de alcance individual, debe verse el artículo 10.1 del Reglamento 1367/2006/CE, de 6 de septiembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, *DOUE* Serie L 264/13, de 25 de septiembre de 2006. El Tribunal General, siguiendo lo establecido en *Nakajima* por el TJUE y sin que los particulares hubieran invocado la eficacia directa de las disposiciones del Convenio de Aarhus, entró a examinar la validez de algunas disposiciones del Reglamento 1367/2006/CE a la luz del Convenio de Aarhus al que el primero pretendía dar aplicación en el ordenamiento de la Unión. De este modo el Tribunal General acogió favorablemente la excepción de ilegalidad formulada por los recurrentes y determinó la invalidez del artículo 10, apartado 1 del Reglamento 1367/2006/CE por ser incompatible con el artículo 9, apartado 3 del Convenio de Aarhus, puesto que aquél limitaba los actos administrativos impugnables a las medidas de alcance individual. Debe verse la Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, *DOUE* Serie L 124/1, de 17 de mayo de 2005. En esta Decisión, que es el acto interno de aprobación del acuerdo internacional, no aparece el texto íntegro del acuerdo, que no es objeto de publicación, y en cambio aparece una Declaración que pretende salvaguardar el derecho derivado ya adoptado.

⁴⁷ J. DÍEZ-HOCHLEITNER, *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, op. cit., p. 143.

⁴⁸ Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769, apartado 35. Véase IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «El valor de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la Sentencia del TJCE en el asunto 540/03», *RDCE*, n.º 26, 2007, pp. 125-153.

siones del art. 8 CEDH⁴⁹) son conformes al artículo 8 CEDH tal y como ha sido interpretado en la jurisprudencia del TEDH. El TJUE igualmente toma en consideración, en el control de la validez de dicha Directiva, disposiciones de dos tratados internacionales de derechos humanos del ámbito universal, en los que *todos* los Estados miembros son partes, aun no siéndolo la Unión misma: el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Convenio sobre los Derechos del Niño de 1989. Estos instrumentos se encuentran entre aquellos tratados internacionales de derechos humanos que el TJUE considera a la hora de concretar los derechos fundamentales tutelados como principios generales del Derecho de la Unión⁵⁰.

Bien sea porque el TJUE, fruto de esa singular posición que atribuye al CEDH en su jurisprudencia y que se ha codificado en el Derecho originario de la Unión⁵¹, ha admitido la aplicabilidad directa del artículo 8 CEDH de forma implícita al llevar a cabo el control de validez; bien sea porque el control de validez se ha llevado a cabo contrastando las disposiciones de la Directiva no directamente con una norma convencional sino con los principios generales del Derecho de la Unión; lo cierto es que al haber adoptado con carácter premonitorio esta posición respecto del CEDH, una vez se complete la adhesión de la Unión a este tratado internacional y éste forme en cuanto norma jurídico-internacional parte plenamente integrante del ordenamiento de la Unión, cabe esperar que:

a) El TJUE reconozca la aplicabilidad y eficacia directa de sus disposiciones en el ordenamiento jurídico de la Unión.

b) En su defecto, que desvincule el control de validez del derecho derivado en el marco del recurso de anulación y de la excepción por ilegalidad de la necesidad de eficacia directa de las disposiciones del CEDH, incluso en el caso en que el derecho derivado no constituya aplicación ni ejecución expresa de las provisiones del CEDH.

⁴⁹ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, *DOUE* Serie L 251/12, de 3 de octubre de 2003.

⁵⁰ Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, cit. *supra*, apartados 37 y 57. Por su parte, la Abogada General Kokott, toma en consideración las disposiciones de la Carta Social Europea a la luz de su interpretación por el Comité Europeo de Derechos Sociales, de cuya práctica jurisprudencial se hace eco igualmente el TEDH. La Abogada General también toma en consideración otro instrumento del ámbito del Consejo de Europa, descartando su relevancia en el caso concreto, puesto que éste al igual que la Carta Social Europea sólo atribuyen derechos a los nacionales de las partes contratantes: se trata del Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante de 24 de noviembre de 1977. Véanse las Conclusiones presentadas el 8 de octubre de 2005, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769, apartados 74 y 76.

⁵¹ Artículo 6.3 TUE.

2. UNA MANIFESTACIÓN ATENUADA DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL SOBRE EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA: EL DEBER DE INTERPRETACIÓN CONFORME

Dejando a un lado los supuestos de control de validez del derecho derivado como manifestación más radical de la primacía sobre el mismo de las disposiciones convencionales, la segunda manifestación de esa proclamada primacía del Derecho internacional convencional de la Unión sobre los actos de sus instituciones se encuentra en la obligación de dar a estos actos, en la medida de lo posible, una interpretación conforme a las disposiciones de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea⁵². Además, en aquellos casos en que la disposición convencional no es susceptible de eficacia directa y no ha prosperado la impugnación de la validez del acto comunitario el deber de interpretación conforme opera subsidiariamente.

Esta obligación de interpretación conforme del derecho derivado con arreglo a los acuerdos internacionales concluidos por la Unión conduce hacia una cierta *europización* del Derecho internacional convencional⁵³: además en la medida en que el conflicto entre la norma internacional y el acto comunitario sea salvable por vía interpretativa, también se impone aunque no lo ha indicado explícitamente el TJUE, un *deber* más sutil de adecuar la norma convencional al derecho derivado, produciéndose una adecuación mutua entre ambas normas⁵⁴. Este deber de interpretación conforme del derecho derivado a la luz de la letra y objetivos del Derecho convencional de la Unión contribuye a procurar la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión: dicho deber de interpretación conforme se dirige no sólo a las instituciones de la Unión, sino también a todos los órganos legislativos, jurisdiccionales y administrativos de los Estados miembros cuando trasponen, aplican, interpretan y desarrollan el derecho derivado de la Unión. En este sentido se habla de que el Derecho de la Unión Europea facilita la *interiorización* del Derecho internacional.

⁵² Sentencia de 10 de septiembre de 1996, *Comisión c. Alemania*, asunto C-61/94, Rec. 1996, p. I-3989, apartado 52. Un ejemplo más actual donde el TJUE interpreta y aplica varias disposiciones de diferentes directivas comunitarias a la luz de los objetivos del Convenio de Aarhus concluido por la Unión es su Sentencia de 15 de enero de 2013, *Krizan y otros c. República de Eslovaquia*, asunto C-416/10 (pendiente de publicación), Rec. 2013.

⁵³ Véase WOUTERS, J., NOLLKAEMPER, A. y DE WET, E. (eds.), *The Europeanisation of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, T.M.C. Asser Press, La Haya, 2008.

⁵⁴ Cuando la norma comunitaria permite diversas opciones válidas y sólo una es compatible con el acuerdo internacional debe escogerse esta última en ejercicio del deber de interpretación conforme. Éste ha sido igualmente el efecto de la Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit. *supra*.

Por otra parte, aunque la Unión Europea no es parte en la Carta de las Naciones Unidas, en la medida en que ha asumido el ejercicio de competencias de sus Estados miembros en áreas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas para éstos, el TJUE ha establecido el deber de interpretar y aplicar de forma conforme a las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el derecho derivado adoptado por la Unión en su aplicación y ejecución⁵⁵. El TJUE ha dejado entrever en el asunto *Melli Bank* que las instituciones de la Unión gozan de un cierto margen de apreciación cuando adoptan primero una Decisión en el marco de la PESC y luego un Reglamento para implementar una Resolución del Consejo de Seguridad, por tanto, nada impide que el TJUE verifique si en ejercicio de ese poder discrecional se han respetado los derechos fundamentales⁵⁶. Por el interés que presenta en materia de derechos humanos debe destacarse la Sentencia de 29 de abril de 2010 del TJUE, donde éste señaló que en la interpretación del Reglamento 881/2002 (relativo a las medidas restrictivas contra determinadas personas y entidades asociadas con Osama Bin Laden, la red Al Qaeda y los talibanes)⁵⁷ debía tenerse en cuenta el objeto de la Resolución 1390 (2002), de 16 de enero, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas a la que aquél pretendía dar aplicación en el ordenamiento comunitario⁵⁸. El Tribunal recurre a este argumento para concluir que las prestaciones de seguridad social y asistenciales abo-

⁵⁵ Sentencia de 30 de julio de 1996, *Bosphorus Hava*, cit. *supra* y Sentencia de 27 de febrero de 1997, *Ebony*, asunto C-177/95, Rec. 1996, p. I-1111. De forma más reciente y explícita el TJUE ha señalado en un asunto relativo a las sanciones contra la proliferación nuclear del régimen iraní que: «Del mismo modo, debe tenerse en cuenta el texto y el objeto de una resolución del Consejo de Seguridad para la interpretación del reglamento que pretende aplicarla», véase la Sentencia de 13 de marzo de 2012, *Melli Bank plc c. Consejo*, asunto C-380/09 P (pendiente de publicación), Rec. 2012, apartado 55.

⁵⁶ Sentencia de 13 de marzo de 2012, *Melli Bank plc c. Consejo*, cit. *supra*, apartado 57: «En cuanto a la Resolución 1803 (2008), ésta no impone a los Estados la obligación de adoptar medidas concretas, sino que les pide que se mantengan vigilantes en lo que respecta a las actividades que ejercen las instituciones financieras de su territorio con Bank Melli Iran, con el fin de evitar que esas actividades contribuyan a la realización de actividades nucleares que sean estratégicas desde el punto de vista de la proliferación nuclear [...]. De la mencionada recomendación no puede deducirse que no exista la necesidad de congelar los fondos de las entidades que sean propiedad o estén bajo el control de Bank Melli Iran».

⁵⁷ Reglamento 881/2002/CE del Consejo, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento 467/2001/CE del Consejo por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y servicios a Afganistán, se refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán, *DOUE* Serie L 139/9, de 27 de mayo de 2002.

⁵⁸ Sentencia de 29 de abril de 2010, *The Queen on the application of M y otros c. HM Treasury*, asunto C-340/08, Rec. 2010, p. I-3913, apartado 49.

nadas al cónyuge de una persona incluida en la lista elaborada por el Comité de Sanciones⁵⁹ no son objeto de las medidas restrictivas contenidas en el Reglamento comunitario: tales fondos quedan en opinión del TJUE fuera del ámbito restrictivo del Reglamento dado que su nivel fijado para satisfacer necesidades vitales difícilmente permitiría aplicarlos a la financiación de actos terroristas⁶⁰. Como Tridimas pone de relieve, en la decisión y razonamiento del TJUE en este asunto, quedan implícitas importantes cuestiones relativas a la protección de ciertos derechos fundamentales⁶¹.

Para finalizar encontramos una interesante Sentencia del Tribunal de Justicia, dictada el 11 de abril de 2013, en ella se efectúa una interpretación de la Directiva 2000/78 conforme a disposiciones concretas de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶².

3. PECULIARIDADES DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO DE ÁMBITO GENERAL SOBRE EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

En lo que respecta al Derecho internacional consuetudinario de carácter general, se verifica la regla enunciada para el Derecho convencional de la Unión Europea: éste se introduce en el ordenamiento jurídico comunitario en un nivel jerárquicamente superior al de los actos y derecho derivado adoptado por las instituciones de la Unión. En la Sentencia *Poulsen*, el TJUE afirmó por vez primera de forma explícita que las competencias de la entonces Comunidad deben ejercerse de conformidad con el Derecho internacional general⁶³. En este asunto el TJUE puso de manifiesto que tanto al adoptar un Reglamento sobre la conservación de los recursos pesqueros como al proceder a su interpretación y aplicación debían ser respetadas las reglas consuetudinarias del Derecho internacional del mar (recuérdese que la Comunidad no era en aquel momento parte en la Convención de Montego Bay de 1982)⁶⁴.

⁵⁹ Comité creado en aplicación del apartado 6 de la Resolución 1267 (1999), de 15 de octubre, del Consejo de Seguridad.

⁶⁰ Sentencia de 29 de abril de 2010, *The Queen on the application of M y otros c. HM Treasury*, cit. *supra*, apartados 59-61.

⁶¹ TRIDIMAS, T., «The Principle of Legality, Human Rights and the Management of Risks: Post-Kadi Reflections», *op. cit.*, pp. 186-188.

⁶² Sentencia de 11 de abril de 2013, *Ring y otros*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11 (pendiente de publicación), Rec. 2013, apartado 32.

⁶³ Sentencia de 24 de noviembre de 1992, *Poulsen y Diva Navigation*, cit. *supra*.

⁶⁴ El TJUE se apoya en la jurisprudencia de la CIJ, véase la Sentencia de 24 de noviembre de 1992, *Poulsen y Diva Navigation*, cit. *supra*, apartados 9 y 10. Frente al aparente entusiasmo internacionalista del TJUE en esta decisión Sánchez Rodríguez ha señalado a raíz de

Un paso más allá, dio el TJUE en el asunto *Racke* que constituye hasta el momento la afirmación más contundente y nítida de la sumisión del derecho derivado de la Unión Europea al Derecho internacional consuetudinario de carácter general: en este caso, el TJUE entró a enjuiciar la validez de un Reglamento comunitario que venía a suspender las concesiones comerciales otorgadas en virtud del Acuerdo de Cooperación entre la CEE y la República Federativa Socialista de Yugoslavia, de cuyas disposiciones la sociedad impugnante pretendía derivar derechos invocables ante los órganos jurisdiccionales alemanes. La sociedad sostenía que la suspensión no era conforme a la cláusula *rebus sic stantibus*, contenida en el apartado 1 del artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y el TJUE enjuició a la luz de esta regla de Derecho consuetudinario internacional la validez del Reglamento controvertido⁶⁵. Para confirmar la legalidad del Reglamento cuestionado, el TJUE se limitó a apreciar si el Consejo había incurrido en un *error manifesto* en la aplicación de la doctrina del cambio fundamental en las circunstancias: lo novedoso de esta sentencia es que abrió la puerta para el escrutinio de la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión en

la misma: «[...]pese al retórico —y teórico— respeto del TJCE por la escrupulosa observancia del Derecho internacional, este último ordenamiento ha salido malparado en ocasiones en su confrontación jurisprudencial con el ordenamiento comunitario, pues en el plano de la aplicación normativa se ha llegado a conclusiones que ignoran o menosprecian las reglas generales de oponibilidad de las normas internacionales, en beneficio, claro está, de una aplicación privilegiada —cuando no abusiva— del Derecho comunitario europeo», en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Derecho Comunitario y Derecho del Mar (Observaciones a la sentencia del TJCE de 24 de noviembre de 1992, Poulsen, C-286/90)», *Revista de Instituciones Europeas*, n.º 20, 1993, pp. 141-153, en particular p. 142. No en vano, se ha llegado a decir que el TJUE efectúa una deferencia hacia el ordenamiento internacional genérica y desde sus propios valores e intereses, que ha sido calificada de *cortesía*, si bien ello no obsta para que el Derecho de la Unión Europea se sitúe en la vanguardia contribuyendo a su evolución y a reforzar su legitimidad en la sociedad internacional actual, véase al respecto, SKORDAS, A., «*Völkerrechtsfreundlichkeit* as comity and the disquiet of neoformalism: a response to Jan Klabbers», en KOUTRAKOS, P. (ed.), *European Foreign Policy, Legal and Political Perspectives*, 2011, pp. 115-144.

⁶⁵ Sentencia de 16 de marzo de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, cit. *supra*. También debe tenerse presente la Sentencia del antiguo Tribunal de Primera Instancia de 22 de enero de 1997, *Opel Austria GmbH c. Consejo*, asunto T-115/94, Rec. 1998, p. II-39. En este caso el Tribunal estableció que entre la fecha de la firma y la entrada en vigor de un acuerdo internacional concluido por la entonces Comunidad Europea, las instituciones comunitarias deben, conforme a una regla de Derecho internacional consuetudinario contenida en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, abstenerse de adoptar medidas que pudieran comprometer la realización del objeto y fin del acuerdo internacional. En materia de costumbre internacional, resulta de interés, finalmente, la Sentencia de 27 de febrero de 2002, *Herbert Weber*, asunto C-37/00, Rec. 2002, p. I-2013, donde el TJUE consideró sobre la base de las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1958 que la jurisdicción estatal se extendía a la plataforma continental.

relación con el Derecho internacional consuetudinario de carácter general⁶⁶.

El TJUE se ha mantenido en la línea iniciada en *Racke* en su reciente Sentencia en el asunto *ATAA*, donde ha confirmado la posibilidad de someter una Directiva —adoptada para integrar al sector de las actividades aéreas dentro del sistema de cuotas de emisión de gases de efecto invernadero— al control de validez en relación con ciertos principios que pertenecen al Derecho internacional consuetudinario de carácter general: el principio de que cada Estado dispone de una soberanía completa y exclusiva sobre su propio espacio aéreo, el principio según el cual ningún Estado puede someter a su soberanía parte alguna del alta mar y el principio de la libertad de sobrevuelo sobre el alta mar. Del mismo modo que en *Racke*, el TJUE ha restringido el alcance de su escrutinio a la apreciación de si las instituciones, dentro de su ámbito de competencias, habían cometido un *error manifesto* en la adopción de la legislación impugnada⁶⁷.

La sumisión del derecho derivado de la Unión al Derecho internacional consuetudinario de carácter general ofrece enormes posibilidades en el ámbito del Derecho internacional de los Derechos humanos: en primer lugar, las instituciones de la Unión deben ejercer sus competencias al adoptar todo tipo de actos (incluyendo las decisiones tomadas en el ámbito de la PESC) de conformidad con las normas consuetudinarias del Derecho internacional de los Derechos humanos. *A posteriori*, la legalidad y validez de dichos actos puede ser contrastada mediante el control de su conformidad en relación con dichas normas consuetudinarias⁶⁸ y, por último, persiste un deber de interpretación y de aplicación conforme de todo el derecho derivado con arreglo a dicho acervo consuetudinario en materia de derechos humanos⁶⁹.

⁶⁶ El interés y originalidad de esta sentencia, no sólo debe medirse desde la óptica del Derecho de la Unión Europea. Además, desde el punto de vista jurídico-internacional se trataba de la primera ocasión en que un tribunal decidió dejar sin efecto un tratado internacional en virtud de un cambio fundamental en las circunstancias. Véase, ROLDÁN BARBERO, J., «La costumbre internacional, la cláusula *rebus sic stantibus* y el Derecho Comunitario (A propósito de la sentencia *Racke* dictada por el TJCE el 16.6.98)», *loc. cit.*, p. 11.

⁶⁷ Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, *cit. supra*.

⁶⁸ En este sentido deben tenerse presentes las fuertes limitaciones y restricciones que el artículo 275 TFUE impone a la jurisdicción del TJUE.

⁶⁹ Con carácter general, puede señalarse que a él pertenecen las normas contenidas en tratados internacionales donde un elevado número de Estados miembros son parte, los derechos básicos de la persona que se derivan de la jurisprudencia de la CIJ, o las disposiciones contenidas en Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que pueden ser fuertes indicadores de la *opinio iuris* de la Comunidad Internacional (claramente en aquellos casos donde resultan adoptadas por unanimidad o incluso por el consenso entre los representantes de los Estados presentes y votantes). Recuérdese en relación con el valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General como expresiones del elemento espiritual de la costum-

4. PRECISIONES FINALES

Recapitulando, la primacía de las normas convencionales y consuetudinarias en materia de derechos humanos sobre el derecho derivado de la Unión Europea se manifiesta por tres vías principalmente:

a) En primer lugar, en la medida en que dichas normas integren acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea, éste es el caso de la CDPD, y previsiblemente pasará a serlo del CEDH.

b) La fórmula tradicional en que se ha manifestado la primacía sobre el derecho derivado de las normas convencionales en materia de derechos humanos, ha sido la empleada por el TJUE bajo la figura de los principios generales del Derecho de la Unión, en cuya construcción el Tribunal ha recreado las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos en los que han participado los Estados miembros, dotándolas dentro del ordenamiento de la Unión Europea de un carácter *supralegal* y equiparable al del Derecho originario desde el punto de vista jerárquico. El Tratado de Lisboa ha equiparado al Derecho originario en cuanto a valor jurídico a la CDFUE⁷⁰, que codifica en buena medida los principios generales del Derecho de la Unión edificados previamente por el TJUE, y que incorpora y reafirma gran parte de las obligaciones internacionales comunes en materia de derechos humanos previamente asumidas por los Estados miembros (cuyo estándar de protección no puede ser lesionado en la aplicación del Derecho de la Unión por imperativo del propio art. 53 CDFUE). Obviamente, dicha codificación operada por la CDFUE es eminentemente recopilatoria y en absoluto pétrea: la Carta está destinada a seguir evolucionando en manos del TJUE, de forma paralela y complementaria a la fórmula de los principios generales del Derecho de la Unión, y por supuesto, nutriéndose de toda evolución que se produzca en el Derecho internacional de los Derechos humanos.

c) Una vía inexplorada por el TJUE y perfectamente plausible es la del Derecho consuetudinario de carácter general propiamente en materia de de-

bre internacional, la Sentencia de la CIJ de 27 de junio de 1986, *Asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en contra de Nicaragua*, cit. *supra*. Asimismo deben verse la Opinión Consultiva de la CIJ de 8 de julio de 1996, *Licitud de la Amenaza o del Empleo de Armas Nucleares*, Rec. 1996, p. 255, apartado 70, y la Sentencia de la CIJ de 5 de febrero de 1970, *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, cit. *Supra*, apartados 33 y 34.

⁷⁰ Véanse *inter alia*, la Sentencia de 5 de octubre de 2010, *J. McB. y L. E.*, asunto C-400/10 PPU, Rec. 2010, p. I-8965; la Sentencia de 9 de noviembre de 2010, *Völker und Markus Schecke y Eifert c. Land Hessen*, asuntos acumulados C-92/09 y 93/09, Rec. 2010, p. I-11063; asimismo, la Sentencia de 1 de marzo de 2011, *Association belge des Consommateurs c. Conseil des Ministres*, asunto C-236/09, Rec. 2011, p. I-0773, apartado 32.

rechos humanos, salvo que entendamos que en la medida en que para construir los principios generales del Derecho de la Unión el TJUE se inspira en normas contenidas en tratados internacionales en los que los Estados miembros han participado, el Tribunal está implícitamente admitiendo su carácter de normas consuetudinarias e impulsando con su jurisprudencia su consolidación, vigencia y visibilidad. La duda que persiste a la luz de la jurisprudencia analizada es si el TJUE limitará el alcance de su escrutinio empleando normas de naturaleza consuetudinaria en materia de protección internacional de los derechos humanos al test del *error manifesto*.

III. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL Y CONSUETUDINARIO Y EL DERECHO ORIGINARIO DE LA UNIÓN

El TJUE nunca ha aceptado que los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea (o anteriormente por la Comunidad) tengan prioridad sobre el Derecho originario de la Unión, además el TJUE ha señalado que el recurso de anulación no es un cauce procesal que permita controlar la legalidad o instar la invalidación del Derecho originario de la Unión⁷¹. Lógicamente, a la luz de la letra del artículo 267 TFUE, tampoco es un cauce idóneo para apreciar la legalidad del Derecho originario la cuestión prejudicial de validez.

Desde el ordenamiento de la Unión Europea, se ha mantenido que los acuerdos internacionales concluidos por la Unión no prevalecen sobre las disposiciones del Derecho originario. Esta idea emana como consecuencia lógica y natural de la exigencia del actual artículo 216.1 TFUE, que engloba implícitamente las condiciones consolidadas en la jurisprudencia del TJUE para la válida conclusión de un tratado internacional por la Unión: el respeto al reparto sustantivo de competencias entre la Unión y los Estados miembros para las relaciones exteriores, las reglas relativas al procedimiento para la conclusión del acuerdo internacional y la manifestación del consentimiento en obligarse, así como la elección de la base jurídica apropiada.

El TJUE ha velado, en tanto que garante de la especificidad y autonomía del Derecho de la Unión Europea para evitar que ningún acuerdo que no haya sido concluido en respeto de las citadas condiciones establecidas para su vá-

⁷¹ Sentencia de 13 de enero de 1995, *Bonnamy c. Consejo*, asunto C-264/94 P, Rec. 1995, p. I-15, apartado 11. Del mismo modo es jurisprudencia constante que los Tratados constitutivos prevalecen, en las materias que les son propias, sobre los convenios concluidos por los Estados miembros entre ellos, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de aquéllos. Puede verse en este sentido, la Sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Matteucci c. Comunidad francesa de Bélgica*, asunto C-235/87, Rec. 1988, p. 5589, apartado 22.

lida conclusión pueda desplegar efectos en este ordenamiento. Del mismo modo, cabe inferir de la consideración del Derecho originario como «*la carta constitucional de una Comunidad de Derecho*»⁷², que el TJUE no admite que las instituciones de la Unión puedan negociar y concluir un acuerdo internacional incompatible con los Tratados constitutivos.

Esta primacía del Derecho originario sobre el Derecho convencional de la Unión Europea se manifiesta en la posibilidad que cualquier Estado miembro, el Parlamento, la Comisión o el Consejo tienen de recabar el dictamen del TJUE con carácter previo a la prestación del consentimiento en obligarse en relación con un acuerdo internacional previsto. Dicha opinión consultiva pero vinculante puede solicitarse en relación con la compatibilidad del acuerdo con el Derecho originario, tanto en lo relativo a una compatibilidad sustantiva o *intrínseca* sobre el contenido y efectos del acuerdo, como en lo tocante al procedimiento seguido para su negociación y conclusión, la base jurídica apropiada o la delimitación de competencias entre Estados miembros y la Unión en el ámbito de las relaciones exteriores, aspecto este último en el que los dictámenes emitidos por el TJUE en el marco del control previo han sido especialmente numerosos.

El artículo 218.11 TFUE señala que en caso de que del dictamen se desprenda la incompatibilidad con el Derecho originario, el acuerdo no podrá desplegar sus efectos en el ordenamiento jurídico de la Unión, salvo que se modulen los efectos del acuerdo para hacerlos compatibles con el Derecho originario, o en caso de no haberse respetado las condiciones para su válida conclusión según el Derecho de la Unión, se proceda a la subsanación. Ahora bien, en el caso de un acuerdo que por su contenido es incompatible *per se* con el Derecho originario, la única vía para su conclusión es la reforma del Derecho originario⁷³.

La solicitud de este control previo es pertinente incluso antes de la apertura de las negociaciones si el objeto general del acuerdo es suficientemente conocido⁷⁴, puede efectuarse en cualquier momento anterior a la prestación definitiva del consentimiento en obligarse⁷⁵, y para que su finalidad eminentemente preventiva se vea satisfecha el TJUE debe emitir su pronunciamiento antes de la entrada en vigor del acuerdo internacional previsto en pos de su efecto útil⁷⁶. En ocasiones la celeridad y urgencia que en las relaciones internacionales pueda existir para la conclusión de un acuerdo, hace que las peculiaridades del sistema institucional de la Unión y de su Derecho origina-

⁷² Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, cit. *supra*, apartado 21.

⁷³ Recuérdese el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, cit. *supra*.

⁷⁴ *Ibid.*, apartados 12 y 16.

⁷⁵ Dictamen del TJUE, 1/94, de 15 de noviembre de 1994, cit. *supra*, apartados 10-12.

⁷⁶ Dictamen 3/94, de 13 de diciembre de 1995, Rec. 1995, p. I-4577.

rio puedan verse relegadas a un segundo plano, y se manifieste el consentimiento en quedar internacionalmente obligada la Unión por un acuerdo internacional que puede ser dudoso desde el punto de vista *extrínseco* y/o *intrínseco* en ausencia de dictamen previo sobre su conformidad con el Derecho originario. En otras ocasiones las instituciones se decantan por la aplicación provisional de un tratado tal y como contempla el artículo 25 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: éste fue el caso del acuerdo con los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos, a efectos del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo, cuya aplicación provisional se vio obstaculizada por el Parlamento Europeo al denegar la preceptiva aprobación (vid. *infra*)⁷⁷.

En aquellos casos donde se ha producido la entrada en vigor de un acuerdo internacional desde el punto de vista internacional y las dudas acerca de su compatibilidad *intrínseca* o *extrínseca* con el Derecho originario aparecen o subsisten, queda la vía del control posterior mediante el recurso de anulación (art. 263 TFUE), que es el segundo indicio (tras el control previo) de la primacía del Derecho originario sobre el Derecho internacional convencional: desde el punto de vista de las relaciones exteriores de la Unión, esta vía es indeseable, puesto que en caso de que el TJUE declare la nulidad del acto interno de aprobación del acuerdo internacional que obliga a la Unión internacionalmente, la cesación de sus efectos en el ordenamiento de la Unión puede determinar el nacimiento de la responsabilidad internacional⁷⁸.

⁷⁷ Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América relativo al tratamiento y la transferencia de datos de mensajería financiera de la Unión Europea a los Estados Unidos, a efectos del Programa de seguimiento de la financiación del terrorismo, *DOUE* Serie L 8/11, de 13 de enero de 2010. Éste preveía su aplicación provisional con anterioridad a su entrada en vigor, pero el Parlamento Europeo denegó su aprobación al acuerdo en uso de la facultad que le confiere el artículo 218.6 TFUE, al no ajustarse el acuerdo en su opinión a la CDFUE.

⁷⁸ En la medida en que el TJUE concluya que el acto de aprobación del acuerdo internacional estaba viciado, la consecuencia es que el acuerdo internacional no ha sido concluido válidamente de acuerdo con las reglas del Derecho originario y, aunque esté vigente en el plano internacional, se produce la desaparición *ex tunc* de sus efectos en el ordenamiento jurídico de la Unión, salvo que el TJUE por deferencia decida mantener temporalmente sus efectos para permitir subsanar el vicio y evitar el perjuicio a los intereses de la Unión y de terceras partes contratantes, como ocurrió en la Sentencia de 11 de septiembre de 2003, *Comisión c. Consejo*, asunto C-211/01, Rec. 2003, p. I-8913, apartado 57; o en la Sentencia de 7 de marzo de 1996, *Parlamento c. Consejo*, asunto C-360/93, Rec. 1996, I-1195. El propio TJUE ha advertido de los riesgos del control *a posteriori* al admitir que una de las partes en un acuerdo internacional no puede unilateralmente modificar su contenido. Para eludir la responsabilidad internacional, en tal supuesto, podría invocarse el artículo 46 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, ahora bien, la dificultad estriba en demostrar que se ha infringido de forma manifiesta una norma de importancia fundamental relativa

En el asunto relativo al *Acuerdo PNR —Passenger Name Record—* con Estados Unidos, el Parlamento Europeo planteó la solicitud de un dictamen previo al TJUE, que dada la ausencia de efecto suspensivo sobre el acuerdo internacional finalmente retiró, ya que antes de que el TJUE emitiese su dictamen fue adoptada la Decisión del Consejo para su conclusión, con lo cual el pronunciamiento preventivo había perdido su objeto y posible efecto útil. Entonces, el Parlamento Europeo se decantó por acudir a la vía contenciosa en anulación en contra de las posiciones defendidas por la Comisión y el Consejo: en particular en el recurso de anulación el Parlamento contestó que la base jurídica fuera la apropiada para concluir el acuerdo, e igualmente señaló que éste no garantizaba en un nivel suficiente el derecho a la protección de datos de carácter personal. El TJUE anuló la Decisión del Consejo que permitió la conclusión del acuerdo, así como la Decisión en la que la Comisión había constatado que el acuerdo respetaba las exigencias de la Directiva 95/46 relativa a la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos⁷⁹. El TJUE resolvió apoyándose en motivos formales relativos a la inexistencia de competencia para concluir válidamente el acuerdo a partir de la base jurídica invocada y sin necesidad de entrar a valorar si dicho acuerdo respetaba los derechos fundamentales recogidos en el artículo 8 CEDH o 7 CDFUE, por tanto esta cuestión quedó inexplorada⁸⁰. La consecuencia de la anulación fue la conclusión de un nuevo acuerdo, en el marco de los antiguos segundo y tercer pilares (PESC y Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal), con base jurídica combinada en los artículos 24 y 38 TUE, un acuerdo que ha sido descrito como menos favorable para los ciudadanos de la Unión que el original, y que sin duda al adoptarse partiendo de una decisión PESC conlleva una reducción de la intervención y prerrogativas, no sólo del Parlamento

a la competencia para expresar el consentimiento en obligarse, y sobre todo, en que las particularidades del sistema institucional de la Unión sean objetivamente evidentes para otras partes contratantes de conformidad al principio de buena fe y a la práctica usual.

⁷⁹ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, cit. *supra*. Deben verse, la Decisión 2004/496/CE del Consejo, de 17 de mayo de 2004, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos, *DOUE* Serie L 183/83, de 20 de mayo de 2004; asimismo, la Decisión 2004/535/CE de la Comisión, de 14 de mayo de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de Aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos, *DOUE* Serie L 235/11, de 6 de julio de 2004.

⁸⁰ Sentencia de 30 de mayo de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*.

Europeo en la fase anterior a la manifestación de consentimiento, sino también del propio TJUE al verse limitada su jurisdicción sobre los actos de aprobación del acuerdo según el actual artículo 275 TFUE⁸¹. Este caso es paradigmático de un acuerdo internacional que sin contener normas relativas a la protección de derechos humanos, puede en cambio afectar negativamente a los estándares domésticos de protección de los derechos fundamentales que el ordenamiento de la Unión tutela en tanto que principios generales del Derecho. Éstos a la luz de la decisión adoptada en *Kadi* por el TJUE constituyen una barrera de orden *constitucional* a la asunción de obligaciones internacionales por la Unión, impidiendo teóricamente que un acuerdo internacional que no respete dicho límite intangible pueda producir efectos en el seno del ordenamiento de la Unión⁸². Aunque en este caso, el TJUE evitó quizá por pragmatismo entrar a pronunciarse sobre el respeto hacia los derechos fundamentales del Acuerdo *PNR*, la duda se ha trasladado al terreno de la PESC, donde dado el limitado alcance de la jurisdicción del TJUE, cabe plantearse si los derechos fundamentales siguen siendo un límite de orden constitucional a los acuerdos internacionales que puedan negociar y concluir las instituciones en nombre de la Unión, o si por el contrario, en el ámbito PESC se da la paradójica situación de que la Unión puede contraer obligacio-

⁸¹ Decisión 2006/729/PESC/JAI, de 16 de octubre de 2006, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, *DOUE* Serie L 298/27, de 27 de octubre de 2006, y Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, *DOUE* serie L 298/31, de 27 de octubre de 2006. En 2007, este acuerdo provisional fue reemplazado por un acuerdo sustancialmente idéntico destinado a estar en vigor por un período de siete años, Decisión 2007/551/PESC/JAI del Consejo, de 23 de julio de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, de un Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos (Acuerdo *PNR* 2007), *DOUE* Serie L 204/16, de 4 de agosto de 2007. Véase KOUTRAKOS, P., «Legal Basis and Delimitation of Competence in EU External Relations», en CREMONA, M. y DE WITTE, B. (eds.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Hart Publishing, 2008, p. 198.

⁸² Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi/Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*, apartados 285 y 316; igualmente la Sentencia de 18 de julio de 2013, *Comisión y Reino Unido c. Yassin Abdullah Kadi*, cit. *supra*. Nótese que el TEDH por su parte ha buscado una interpretación conciliadora entre las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y las obligaciones dimanantes del CEDH, admitiendo la primacía de las primeras en virtud de los artículos 25 y 103 de la propia Carta de San Francisco, véase la Decisión de la Gran Sala del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, cit. *supra*, apartados 27 y 147.

nes internacionales que exceden los límites del artículo 6 TUE⁸³. No es una cuestión remota preguntarse si los Acuerdos *PNR* son compatibles con el régimen comunitario de protección de datos personales si se tiene en cuenta el contexto del que surgen: a raíz de los ataques terroristas del funesto 11 de septiembre de 2001⁸⁴. El Abogado General Léger, a la luz de la naturaleza de los datos solicitados y de la duración de su conservación, estimó que el acuerdo internacional en efecto suponía una injerencia en los derechos tutelados por el artículo 8 CEDH, pero a la luz de la jurisprudencia del TEDH, entendió que dicha injerencia estaba justificada y era proporcionada y necesaria para la persecución de una finalidad legítima como la lucha contra el terrorismo internacional⁸⁵. El Abogado General igualmente sugirió que su escrutinio en relación con el respeto a los derechos fundamentales se limitara a la apreciación de si las instituciones Comisión y Consejo habían incurrido en *error manifiesto*, dado el amplio margen de apreciación de que en su opinión debían disfrutar las instituciones para llevar a cabo la negociación, considerando el «*contexto políticamente sensible*» en que ésta tenía lugar.

Precisamente, teniendo en cuenta el limitado alcance del margen de maniobra de que disponen las instituciones de la Unión a la hora de implementar las sanciones adoptadas por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad contra Al-Qaeda, el Abogado General Bot, en la última secuela de la saga *Kadi*, ha sostenido que el control jurisdiccional del TJUE no debe extenderse a valorar la apreciación efectuada por parte del Comité de Sanciones de los elementos de prueba determinantes para la inclusión en la lista, ¿resulta esta visión compatible con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tal y como lo interpreta el Comité de Derechos Humanos? El TJUE, en la resolución de este caso, no se ha ceñido estrictamente a esta visión prudente del Abogado General⁸⁶.

⁸³ En la Sentencia de 23 de abril de 1986, *Les Verts/Parlamento*, asunto C-294/83, Rec. 1986, p. 1339, apartado 23, el TJUE sostenía que la Comunidad era una Comunidad de Derecho en la medida en que «[...] ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado y [en que este último ha establecido] un sistema completo de vías de recurso y de procedimientos destinado a encomendar al Tribunal de Justicia el control de legalidad de los actos de las instituciones», pero, ¿puede a la luz de la exclusión de la jurisdicción del TJUE que opera el artículo 275 TFUE, extrapolarse esta fórmula de *Comunidad de Derecho* a la Unión, y puede hablarse de una verdadera *Unión de Derecho*?

⁸⁴ Estados Unidos adoptó una legislación en virtud de la cual todas las compañías aéreas que volaran con destino, procedencia o sobre el territorio de los Estados Unidos de América quedaban obligadas so pena de ser sancionadas a facilitar a las autoridades norteamericanas el acceso electrónico a los datos contenidos en sus sistemas automáticos de reserva y de control de salidas relativos a los pasajeros.

⁸⁵ Conclusiones, presentadas el 22 de noviembre de 2005, *Parlamento Europeo c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*, apartados 225-262.

⁸⁶ El Abogado General se muestra más cauto que el TJUE en su Sentencia de 2008, y tanto más sensible hacia la prerrogativa de salvaguardar la seguridad internacional que corres-

Volviendo al caso de los Acuerdos *PNR*, habría sido deseable un pronunciamiento del TJUE que marcara las líneas rectoras del difícil equilibrio entre libertad y seguridad en la lucha contra el terrorismo internacional⁸⁷, y desde luego, su opinión habría sido positiva si se tiene en cuenta la posterior dilución de garantías que comporta la conclusión de un nuevo acuerdo internacional en los dominios de la PESC. En cualquier caso, la anulación del acto interno de aprobación de este acuerdo internacional por motivos únicamente relativos a la base jurídica comportó un perjuicio a la credibilidad de la Unión Europea en las relaciones exteriores⁸⁸. Habiéndose producido tal perjuicio, el TJUE desaprovechó la oportunidad de arrojar luz a la cuestión

ponde al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Además el Abogado General se hace eco de las mejoras que ha experimentado el procedimiento de inclusión y de supresión de las personas incluidas en la lista elaborada por el Comité de Sanciones desde 2008, deben verse sus Conclusiones presentadas el 19 de marzo de 2013, *Comisión Europea, Consejo de la Unión Europea, Reino Unido c. Yassin Abdullah Kadi*, asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P (pendiente de publicación), véase el apartado 107. Debe verse la Sentencia de 18 de julio de 2013, *Comisión y Reino Unido c. Yassin Abdullah Kadi*, cit. *supra*.

⁸⁷ Véase sobre este debate más amplio, HUESA VINAIXA, R., «Las “cláusulas derogatorias” de los Convenios de Derechos Humanos en el marco de la guerra global contra el terrorismo», en SOROETA LICERAS, J. (ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. XI, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 149-173. Esta autora constata que en el marco de la *guerra global* contra el terrorismo algunos Estados han llegado a situaciones próximas al «estado de emergencia» sin una declaración formal, y sin una invocación previa de las cláusulas contenidas en los artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 15 CEDH. Resulta de gran interés la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Jedda c. Reino Unido*, Recurso n.º 27021/08, apartados 101-102, donde el TEDH contrariamente a lo sostenido por la *House of Lords* del Reino Unido, consideró que en virtud del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, las disposiciones de la Resolución 1546 (2004) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, no imponían a Reino Unido obligaciones contrarias al derecho a no ser detenido arbitrariamente consagrado en el artículo 5.1 CEDH. La base del razonamiento del TEDH radicaba en que ni del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, ni de la Resolución del Consejo de Seguridad podía extraerse un mandato de exceptuar la aplicación del CEDH, máxime teniendo en cuenta los propósitos y la finalidad de la Carta de las Naciones Unidas de alentar el respeto universal de los Derechos Humanos. El TEDH busca una interpretación armoniosa que evite el conflicto y entiende que el Consejo de Seguridad debería haber empleado un lenguaje más explícito en caso de pretender permitir a los Estados adoptar medidas en conflicto con sus obligaciones bajo el Derecho internacional de los Derechos humanos. Finalmente Reino Unido fue condenado.

⁸⁸ En cambio, el TJUE sí consideró como base jurídica adecuada el artículo 95 TCE (hoy 114 TFUE), relativo al funcionamiento del mercado interior, para la adopción de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, *DOUE* Serie L 105/54, de 13 de abril de 2006. Debe verse la Sentencia de 10 de febrero de 2009, *Irlanda c. Parlamento y Consejo de la Unión Europea*, asunto C-301/06, Rec. 2009, p. I-593.

del derecho a la vida privada, también de cara a futuros acuerdos internacionales similares⁸⁹. Se ha llegado a decir que al no haber procedido a realizar un análisis completo de la conformidad del Acuerdo PNR con el Derecho originario, el TJUE podría haber desconsiderado el deber de lealtad interinstitucional, al omitir pronunciarse sobre la cuestión de los derechos fundamentales sugerida por el Parlamento Europeo⁹⁰.

Por tanto, los derechos fundamentales tutelados bajo la fórmula de los principios generales o contenidos en la CDFUE (y por ende en el CEDH⁹¹), en tanto que exigencia de envergadura *constitucional*, suponen un límite *intrínseco* a la asunción de obligaciones por vía convencional por parte de la Unión Europea. De estos límites a la actividad convencional de la Unión, en la práctica se ha configurado en los últimos años el Parlamento Europeo como férreo guardián, en buena medida debido a los acrecidos poderes que, tras la reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Lisboa, le confiere el artículo 218.6.a) TFUE: la manifestación del consentimiento en obligarse requiere en una serie de supuestos la previa aprobación del Parlamento Europeo, que le otorga la capacidad de evitar *prima facie* que la Unión contraiga obligaciones internacionales contrarias a su régimen interno de protección de los derechos fundamentales, si bien, esta facultad no está exenta de críticos que la consideran perjudicial para las relaciones exteriores de la Unión. Del potencial de esta importante prerrogativa del Parlamento Europeo en el control *ex ante* del respeto a los derechos fundamentales en la actividad convencional de la Unión también da buena cuenta el periplo experimentado por el denominado Acuerdo *SWIFT*⁹².

Por tanto, la regla de partida es que las normas del Derecho originario prevalecen sobre las disposiciones de los acuerdos internacionales en que la Unión es parte, pero ¿se mantiene esta afirmación invariablemente cierta respecto de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea que contienen normas relativas a la protección de los derechos humanos, en la

⁸⁹ Véase asimismo el texto del Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por los transportistas aéreos al Servicio de Aduanas y de Protección de las Fronteras de Australia, *DOUE* Serie L 186/4, de 14 de julio de 2012.

⁹⁰ ADAM, S., «Quelques réflexions sur les relations entre les procédures a priori et a posteriori d'examen de compatibilité des accords communautaires suite à l'affaire dite de l'«accord PNR»», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 42, n.ºs 5-6, 2006, pp. 677-678.

⁹¹ Artículo 52.3 CDFUE.

⁹² En detalle, SANTOS VARA, J., «El Acuerdo SWIFT con Estados Unidos: génesis, alcance y consecuencias», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *La dimensión exterior del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 355-380. También puede verse CREMONA, M., «Justice and Home Affairs in a Globalised World: Ambitions and Reality in the tale of the EU-US SWIFT Agreement», *Institute for European Integration Research Working Paper Series, Working Paper*, n.º 04/2011, Viena, 2011.

medida en que éstas entroncan con las normas *domésticas* relativas a derechos fundamentales, que bien en su calidad de principios generales, bien por razón de su inclusión en la CDFUE, forman parte del núcleo esencial, del corazón del Derecho originario o si se quiere de sus *principios constitucionales*? En otras palabras, ¿constituye el Derecho internacional de los Derechos humanos, ya sea convencional o consuetudinario, una excepción a esa proclamada escisión del Derecho de la Unión Europea con respecto de su cordón umbilical con el ordenamiento jurídico internacional?⁹³.

A) *En primer lugar cabe referirse al CEDH, una vez que se produzca la adhesión de la Unión al mismo.* Teóricamente y desde una visión estrictamente jerárquica cabe decir que se ubicará en una posición intermedia entre el Derecho originario de la Unión y su derecho derivado. Lógicamente el TEDH no podrá imponer a los Estados miembros ni a las instituciones de la Unión una interpretación obligatoria de ninguna disposición del Derecho originario ni mucho menos pronunciarse sobre su validez. Ahora bien, el TEDH, completada la adhesión, no estará obligado a respetar ningún tipo de inmunidad en relación con el Derecho originario de la Unión, del mismo modo que las constituciones de los Estados parte en el CEDH no se benefician de tal exención, y el TEDH podrá constatar y determinar si una disposición del Derecho originario de la Unión (tal como se interpreta y aplica bien por las instituciones de la Unión, bien por los Estados miembros) es respetuosa con las obligaciones que el CEDH lleva aparejadas. Por tanto, el CEDH y su sistema jurisdiccional de control se incardinarán en el ordenamiento de la Unión, únicamente si satisfacen sus condiciones existenciales, y si no entran en conflicto flagrante con la especificidad y los principios estructurales de este ordenamiento; pero una vez forme parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, la obligación de respetar sus disposiciones se extenderá de forma indiferenciada a todas las normas de este ordenamiento, incluidas las normas de Derecho originario y los actos de las instituciones y de los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión. Por supuesto, al

⁹³ Dicha escisión se afirmó en la celeberrima Sentencia de 5 de octubre de 1963, *Van Gend & Loos*, asunto 26/62, Rec. 1963, p. 3: «[...] la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales [...]». La permeabilidad de los principios constitucionales del ordenamiento de la Unión hacia el Derecho internacional de los Derechos humanos viene determinada por la existencia de una cierta subjetividad del individuo en ambos ámbitos. No obstante, existe la diferencia de partida de que en el ordenamiento comunitario el interés del individuo sólo era inicialmente tutelado en su condición de nacional de un Estado miembro y en la medida en que se ejercitase alguna de las libertades económicas fundamentales; mientras que en el Derecho internacional de los Derechos humanos se tutela un interés intrínseco a todo ser humano en cuanto tal.

TJUE no le corresponderá la función de apreciar la validez de las disposiciones del Derecho originario a la luz del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, pero sí de buscar por vía interpretativa la conciliación y convergencia con las mismas como incluso antes de la adhesión está haciendo. En caso de constatarse por el TEDH que una disposición del Derecho originario infringe el CEDH su reforma sólo pueden operarla los Estados miembros siguiendo el procedimiento reglado en el artículo 48 TUE.

¿Cuál es la posición del CEDH, antes de la adhesión, a la luz de una lectura conjunta de los artículos 6.1 TUE y 52.3 CDFUE, y a la luz de la singular posición que el TJUE atribuye al CEDH como fuente de inspiración en la determinación de los principios generales del Derecho de la Unión? El artículo 6.1 TUE incorpora por referencia en el Derecho originario el contenido íntegro de la CDFUE⁹⁴. En la medida en que se le reconoce a este instrumento el mismo valor jurídico que al Derecho originario, y en la medida en que la CDFUE, a su vez, incorpora como estándar mínimo de protección para aquellas de sus disposiciones que se correspondan con las del CEDH, el estándar fijado por este último a la luz de la jurisprudencia del TEDH, podría hablarse de una *doble incorporación por referencia* del CEDH en el Derecho originario de la Unión. Se trata de una inserción muy forzada por vía interpretativa, que sin duda presenta grandes diferencias respecto de la adhesión en cuanto a la aplicabilidad del CEDH en el ordenamiento de la Unión, y que obviamente no comporta la sumisión directa de la Unión al mecanismo de control del CEDH. No obstante, existe un deber jurídico para el TJUE de buscar por vía interpretativa la conciliación entre el Derecho originario y las disposiciones del CEDH, en el caso hipotético de un conflicto⁹⁵. Además, De Witte ha llamado la atención sobre otro cambio importante del Derecho originario en este punto que el Tratado de Lisboa ha traído consigo y que ha pasado en buena medida inadvertido tanto para la doctrina mayoritaria como para el propio TJUE: la nueva redacción del artículo 6.3 TUE dispone que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales. Por tanto, de este lenguaje parece

⁹⁴ ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 15, 2008, p. 233.

⁹⁵ Esta búsqueda de la conciliación hermenéutica entre el Derecho originario y las disposiciones del CEDH es previa incluso a la adquisición de valor jurídico vinculante por parte de la CDFUE el 1 de diciembre de 2009. Una evidencia son los esfuerzos del TJUE por conciliar la configuración del *locus standi* de los particulares en el marco del recurso de anulación con las exigencias de los artículos 6 y 13 CEDH. Deben verse, la Sentencia del Tribunal General de 3 de mayo de 2002, *Jégo-Quéré*, asunto T-177/01, Rec. 2002, p. 2365; la Sentencia del TJUE de 1 de abril de 2004, *Comisión c. Jégo-Quéré*, asunto C-263/02, Rec. 2004, p. I-3425; y las Conclusiones del Abogado General JACOBS presentadas el 21 de marzo de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, asunto C-50/00 P, Rec. 2002, p. I-6677.

desprenderse que la Unión está obligada al respeto de los derechos recogidos en el CEDH, que dejaría de ser una mera fuente de inspiración para el TJUE a la hora de determinar los principios generales. Los Estados miembros podrían haber querido reducir la discrecionalidad con que cuenta el TJUE, para convertir *ipso iure* el contenido del CEDH en principios generales del Derecho de la Unión y no en una suerte de guía de referencia de singular trascendencia para su determinación, como ha venido ocurriendo hasta la fecha. De ahí que se haya dicho que, según esta visión, el CEDH podría tener aplicabilidad sustantiva propia en el ordenamiento de la Unión. Parece obvio que los Estados miembros han querido limitar mediante el artículo 6.3 TUE el juego de otros instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos en el modelo «pretoriano» del TJUE, aunque el Derecho originario no es un óbice para su desarrollo y evolución como no lo fue para su surgimiento, máxime teniendo en cuenta la apertura al Derecho internacional que presenta el artículo 53 CDFUE. En cualquier caso, con anterioridad a la adhesión, pese a que las disposiciones del CEDH puedan formar parte del ordenamiento jurídico de la Unión directamente como principios generales, las instituciones de la Unión únicamente estarían obligadas a respetar las obligaciones dimanantes de este acuerdo internacional por la vía del Derecho de la Unión y la Unión seguiría sin tener una obligación nítida de Derecho internacional que comportase la sumisión a los mecanismos de control del CEDH⁹⁶.

B) *En segundo lugar, las disposiciones de la CDPD que forman parte integrante del ordenamiento de la Unión están llamadas a ser un elemento determinante en la interpretación y determinación del alcance de las disposiciones de la CDFUE (en particular de sus arts. 21, 24 o 26).* Como Biel Portero ha puesto de manifiesto, la redacción del artículo 26 CDFUE es cuanto menos desafortunada: puesto que habla de «*personas discapacitadas*» y no de «*personas con discapacidad*», que es la noción internacionalmente aceptada⁹⁷. Esta incongruencia deberá salvarse mediante la interpretación conforme del artículo 26 CDFUE al objeto y finalidad de la CDPD, ya que dicha terminología es incompatible con el enfoque social hacia el fenómeno de la discapacidad que está ínsito en los valores y filosofía de la Convención de Naciones Unidas. Asimismo serán las disposiciones de la CDPD un elemento clave en el que con seguridad el TJUE se inspirará para extraer los derechos fundamentales que tutela en su calidad de principios generales del Derecho de la Unión, al margen de que pueda permitir la eficacia directa

⁹⁶ DE WITTE, B., «The EU and International Legal Order: The Case of Human Rights», *op. cit.*, pp. 129-130. El TJUE ha ignorado que la nueva redacción otorgada al artículo 6.3 TUE comporte un cambio sustancial en su jurisprudencia, véase la Sentencia de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, asunto C-571/10 (pendiente de publicación), Rec. 2012, apartado 61.

⁹⁷ BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, *op. cit.*, pp. 35-45 y 274.

de alguno de sus preceptos. Por otra parte, ciertas disposiciones de los Tratados de la Unión deben ser interpretadas y aplicadas a la luz de las obligaciones contraídas en virtud de la CDPD: de forma más evidente los artículos 10 y 19 TFUE. De igual modo, sería ilusorio esperar que las disposiciones de la CDPD afecten a la validez del Derecho originario, aunque la Unión está obligada a cumplir las obligaciones contraídas en virtud de este instrumento y desde el punto de vista jurídico-internacional debe recordarse que ni las exigencias de su Derecho originario pueden ser un obstáculo a dicho deber. Un razonamiento similar puede extrapolarse a otros tratados en materia de derechos humanos que la Unión decida concluir en el futuro.

C) *En tercer lugar, deben analizarse las delicadas relaciones entre el Derecho internacional general en materia de Derechos humanos y el Derecho originario de la Unión teniendo en cuenta que el primero penetra de forma automática en este último ordenamiento jurídico: a priori*, señalar que los Estados miembros al crear el Derecho originario de la Unión no pueden derogar ni exceptuar aquellas normas concernientes a los derechos de la persona humana que tengan carácter de *ius cogens*⁹⁸, del mismo modo que tampoco pueden derogar tales normas en aplicación de las disposiciones del Derecho originario ni las instituciones ni los propios Estados miembros. Debe tenerse en cuenta el carácter eminentemente evolutivo de esta noción, ya establecido en el artículo 64 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados al prever la aparición de nuevas normas imperativas mediante la figura del *ius cogens superveniens*. Por otra parte, de la fuerza del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas cabe deducir que aquellos derechos humanos que la CIJ ha declarado como obligaciones *erga omnes*, no pueden ser infringidos por las disposiciones del Derecho originario ni en su creación por los Estados miembros, ni en su subsiguiente aplicación por las institucio-

⁹⁸ Sabidas son las dificultades de especificar el contenido de esta ampulosa categoría normativa recogida en el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, véase, BIANCHI, A., «Human Rights and the Magic of Jus Cogens», *European Journal of International Law*, vol. 19, n.º 3, 2008, pp. 491-508. El propio Tribunal General reconoció la sumisión de todos los sujetos de Derecho internacional, incluyendo a la Unión Europea, al contenido de esta controvertida noción de derecho imperativo. Véase la Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2005, *Kadi c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*, apartado 226. Pese a las tentaciones de buscar a la noción de *ius cogens* fundamentaciones metajurídicas o iusnaturalistas, al ser ésta una categoría fuertemente impregnada de elementos axiológicos y éticos, es posible defender su existencia y determinar su contenido desde una perspectiva netamente positivista: el artículo 4, párrafo 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 15, párrafo 2, CEDH convergen en la idea de que ciertos derechos deben ser respetados en todo lugar y en toda circunstancia y no son, en consecuencia, susceptibles de derogación: el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, o el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre.

nes de la Unión y los propios Estados miembros⁹⁹. Por último, dentro del Derecho internacional general encontramos una categoría más amplia que abarca a las nociones de *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes*, pero que de un modo residual y para enfatizar su menor nivel de certeza en cuanto a la precisión de su juridicidad, puede ser designada como normas de naturaleza consuetudinaria relativas a la protección de los derechos humanos: desde luego estas normas no son desde el prisma del TJUE susceptibles de afectar a la validez del Derecho originario, pero de ello no cabe deducir que en aplicación del Derecho originario de la Unión puedan ser ignoradas o abiertamente infringidas. Cabe sostener esta visión no sólo desde la perspectiva del Derecho internacional, sino desde el prisma del propio Derecho originario de la Unión. En este sentido resulta claramente reveladora la resolución a cargo del TJUE del recurso por incumplimiento interpuesto por Hungría contra Eslovaquia a causa de la denegación de la entrada en territorio eslovaco al Presidente de Hungría¹⁰⁰. El TJUE consideró que el hecho de que un ciudadano de la Unión ejerciera funciones de Jefe de Estado justificaba una limitación del derecho a la libertad de circulación que contempla el artículo 21 TFUE. Para ello el TJUE señaló que el Derecho de la Unión debía interpretarse y aplicarse a la luz del Derecho internacional, y en particular, de las normas consuetudinarias de Derecho internacional general (que forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión); bajo este título el Tribunal invocó el artículo 1 de la Convención de Nueva York, de 14 de diciembre de 1973, sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas. De este modo el TJUE reconoció que una libertad funda-

⁹⁹ Las nociones de *ius cogens* y *erga omnes* son colindantes y en muchos casos se superponen, podría decirse que todas las normas imperativas constituyen obligaciones *erga omnes*, pero que no todas las obligaciones *erga omnes* son normas de *ius cogens*. Entre dichos derechos humanos que constituyen obligaciones *erga omnes* se hallan la prohibición de genocidio, su prevención y sanción, la noción más voluble de *normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana*, así como la protección contra la práctica de la discriminación racial, el *apartheid* o la esclavitud, o el derecho a no ser objeto de denegación flagrante de justicia... Se trata de una categoría abierta y sujeta a una posiblemente próspera, expansiva y fructífera evolución, véase COUVREUR, P., «La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en materia de Derechos Humanos», en SOROETA LICERAS, J. (ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, vol. XI, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 138-147. Téngase en cuenta además el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas que consagra el compromiso de la ONU con la promoción del respeto universal a los derechos humanos y libertades fundamentales. Este precepto permitió a la CIJ asentar la competencia de la Asamblea General de Naciones Unidas para solicitar su Opinión Consultiva de 30 de marzo de 1950, *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía*, Rec. 1950, p. 70.

¹⁰⁰ Con ocasión de la conmemoración de un día de fiesta nacional en Hungría, coincidente con el aniversario de la fecha en que las fuerzas armadas de cinco Estados del Pacto de Varsovia (entre ellos Hungría) habían invadido la antigua Checoslovaquia.

mental integrante del estatuto de ciudadanía de la Unión podía estar limitada en virtud de la aplicación de normas consuetudinarias provenientes del Derecho internacional general. En esta ocasión, el TJUE eludió posibles atajos como podría ser haber señalado que la visita de un Jefe de Estado de otro Estado miembro no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 21 TFUE¹⁰¹.

Esta lectura de subordinación, en materia de derechos humanos, del Derecho originario al Derecho internacional general, se desprende de la literalidad del artículo 53 CDFUE, que sitúa como nivel mínimo, para la determinación del alcance de los derechos, libertades y principios dispersos en su articulado, el establecido por el Derecho internacional¹⁰². La singularidad e importancia de este precepto requiere que abordemos en este momento específicamente su contenido.

El artículo 53 CDFUE ha sido interpretado de forma diferente por el Abogado General Bot, en el asunto *Melloni* que trae causa de la primera cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Constitucional español en su historia¹⁰³. El Abogado General ha rechazado que el artículo 53 codifique un estándar mínimo para la protección de los derechos recogidos en la CDFUE que resultaría de elegir la norma más favorable de entre las diversas fuentes que éste menciona (Derecho de la Unión, Derecho internacional y convenios internacionales en que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como las constituciones de los Estados miembros)¹⁰⁴.

¹⁰¹ Sentencia de 16 de octubre de 2012, *Hungría c. República Eslovaca*, Rec. 2012 (pendiente de publicación), apartados 44-52.

¹⁰² Cabe entender esta remisión en bloque como referida al Derecho internacional de los Derechos humanos al margen de su naturaleza convencional. Recuérdese que al observar las disposiciones de la CDFUE, las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como los Estados miembros obligados al actuar en el ámbito del Derecho de la Unión, deben observar las normas consuetudinarias en materia de Derechos Humanos, y de este deber no resulta particularmente exento el Derecho originario.

¹⁰³ La cuestión prejudicial se ha suscitado con ocasión de la ejecución de una orden europea de detención y entrega emitida por un tribunal italiano para la ejecución de una pena que fue impuesta en rebeldía, ya que el acusado, teniendo conocimiento del juicio previsto, dio mandato a un abogado para que le defendiera, y fue efectivamente defendido por éste sin comparecer personalmente. El Tribunal Constitucional quería saber si puede supeditar la entrega a la posibilidad de revisión de la sentencia en el Estado miembro emisor de la orden de detención de acuerdo con la interpretación del artículo 24.2 de la Constitución Española que el propio Tribunal había efectuado en su Sentencia 91/2000, de 30 de marzo. Deben verse las Conclusiones presentadas el 2 de octubre de 2012, *Melloni*, asunto C-399/11 (pendiente de publicación), Rec. 2013.

¹⁰⁴ Una visión que defiende que este precepto está orientado a consolidar el nivel más elevado de protección, reflejando el principio de *non regressio* en materia de derechos fundamentales puede verse en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Comentario artículo 53. Nivel de protección», en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Funda-

El Abogado General llega a esta conclusión atendiendo al tenor literal del artículo 53 CDFUE y a la letra de sus Explicaciones, ya que en ambos casos se reitera que la CDFUE no podrá resultar lesiva de los derechos y libertades fundamentales reconocidos *en su respectivo ámbito de aplicación* por las diversas fuentes que menciona.

Para el Abogado General el artículo 53 CDFUE presenta íntima conexión con el artículo 51.1 CDFUE relativo al ámbito de aplicación de este instrumento, y en su opinión, la CDFUE no puede afectar ni al Derecho internacional ni a las normas constitucionales de los Estados miembros estableciendo un estándar más reducido de protección, en sus ámbitos de aplicación, es decir, fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. En una visión que presenta al Derecho internacional, al Derecho de la Unión y al Derecho Constitucional de los Estados miembros como compartimentos estancos perfectamente delimitables, el Abogado General indica que la Carta no reemplaza a la norma constitucional en el ámbito de aplicación del Derecho nacional, no obstante, *a contrario*, sí admite que en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión el estándar más favorable recogido en la norma constitucional para la protección de un derecho fundamental no puede ser un obstáculo

ción BBVA, Bilbao, 2008, pp. 852-869. No obstante como el propio autor advierte: «*El artículo 53 no garantiza en modo alguno una primacía del ordenamiento que conceda un mayor nivel de protección al derecho fundamental en cuestión. Si así fuera se rompería el principio de primacía del Derecho Comunitario y representaría un riesgo a la unidad del ordenamiento jurídico comunitario. Supondría además que un único ordenamiento interno condicionaria unilateralmente la interpretación de ese derecho para toda la Unión*», p. 858. Este razonamiento resulta irreprochable, no obstante, nuestra opinión es que el artículo 53 CDFUE no puede esgrimirse para sostener la primacía del Derecho de la Unión, en su propio ámbito de aplicación, en contra de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos comunes a todos los Estados miembros o en contra del Derecho internacional general en materia de derechos fundamentales; ni tampoco en contra de una determinada concepción de un derecho fundamental que o bien es compartida a nivel constitucional por todos los Estados miembros, o bien constituye un elemento fundamental de la estructura constitucional del Estado miembro en cuestión. Tampoco pueden lógicamente ignorarse los estándares de protección consolidados por el TJUE en su jurisprudencia, ni los que se deriven de aquellos acuerdos destinados a la protección de derechos humanos —como la CDPD— en los que la propia Unión sea parte contratante. También se ha comparado el artículo 53 CDFUE con las cláusulas de *non regression* que contienen en sus respectivos artículos 5.2 tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque se advierte de las dificultades que esta visión relativa al estándar mínimo de protección presenta en el caso de la CDFUE, puesto que la misma pertenece a un ordenamiento jurídico que se presenta como autónomo y destinado a alcanzar una aplicación uniforme en los Estados miembros, a diferencia de los tratados internacionales cuya vocación es claramente complementar los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos, véase ALONSO GARCÍA, R., «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *Jean Monnet Working Paper*, vol. 4, n.º 2, New York University School of Law, 2002.

ni para la primacía ni para la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Las exigencias de la especificidad del ordenamiento de la Unión, hacen según el Abogado General, que el estándar de protección de derechos fundamentales no pueda elegirse *in abstracto* según una regla de interpretación *in bonus*¹⁰⁵, sino que debe establecerse dicho estándar a la luz del objetivo de establecer un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que tiene como principio rector la confianza mutua para el reconocimiento y ejecución de resoluciones penales dictadas por órganos judiciales de otros Estados miembros.

A nuestro juicio no puede aceptarse esta visión: en este caso concreto el conflicto aparece en la interpretación de una norma constitucional según la cual la ejecución de lo dispuesto en el derecho derivado (una Decisión marco) estaría condicionada a la celebración de un nuevo juicio en el Estado emisor, sin ser esta visión compartida por todos los Estados miembros ni exigida por el TEDH. Hasta ahí de acuerdo, ahora imagínese que el conflicto se plantea no con una norma constitucional, sino con una norma recogida en un tratado internacional sobre derechos humanos —distinto al CEDH— concluido por todos los Estados miembros, ¿podrían la primacía del Derecho de la Unión y la CDFUE rebajar su estándar de protección? Negar al artículo 53 CDFUE el carácter de estándar mínimo debido a las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y de su especificidad, lleva al error de entender que los tres niveles señalados (internacional, Unión Europea, nacional) son compartimentos sellados sin vasos de comunicación con ámbitos de aplicación perfectamente delimitados.

Por supuesto, parecería excesivo que una peculiaridad constitucional de un solo Estado miembro que no sea relevante para su propia identidad constitucional pueda frustrar la primacía del Derecho de la Unión y la consecución de los fines del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. El TJUE así lo ha entendido al resolver el asunto *Melloni* definitivamente en febrero de 2013, pronunciándose de forma lacónica con respecto al carácter del artículo 53 CDFUE, sin desmentir que éste pueda funcionar como una cláusula de apertura al Derecho internacional de los Derechos humanos¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Sobre la relevancia hermenéutica del principio *in dubio pro libertate* en materia de derechos fundamentales puede verse, PÉREZ LUÑO, A. E., «La interpretación de los derechos fundamentales», en MEDINA, M., MESA, R. y MARIÑO, P. (coords.), *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional —Libro Homenaje al profesor D. Antonio Truyol Serra—*, vol. II, Madrid, 1986, pp. 990-993. Este principio «[...] Jobliga al intérprete a no considerar cada uno de los derechos fundamentales como un compartimento estanco dotado de una lógica propia y un sentido autosuficiente, sino como un elemento de un sistema unitario que expresa una estructura coherente y jerarquizada en función de los valores que lo informan», en p. 992.

¹⁰⁶ Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, asunto C-399/11 (pendiente de publicación), Rec. 2013.

Es nuestra opinión que la función del artículo 53 CDFUE es precisamente la de servir de vínculo, de nexo de comunicación, para lograr por vía hermenéutica determinar en el ordenamiento de la Unión el estándar de protección más adecuado para los derechos fundamentales uniendo las distintas fuentes de que puede nutrirse: Derecho internacional convencional o consuetudinario, Derecho de la Unión y Derecho constitucional de los Estados miembros. Negar la entrada por la vía del artículo 53 CDFUE en el ordenamiento de la Unión, siquiera como herramientas hermenéuticas que imponen un deber de interpretación conforme, a los acuerdos internacionales comunes en materia de derechos humanos concluidos por los Estados miembros, al Derecho internacional general (de fuerza extraconvencional), o a las normas constitucionales comunes de los Estados miembros que establecen una protección más favorable, resulta difícil de sostener a la luz de lo dicho por el propio TJUE en sus asuntos *Racke* u *Omega*¹⁰⁷. En su visión funcionalista e instrumental del papel de las normas de derechos fundamentales, supeditadas en el ordenamiento de la Unión a las exigencias de la aplicación uniforme, el Abogado General olvida que no es necesario que una concepción sobre el alcance de un derecho fundamental sea compartida a nivel constitucional por todos los Estados miembros para que ésta pueda operar como límite a la primacía del Derecho de la Unión (incluso de rango primario) como demuestra la resolución del asunto *Omega* por parte del TJUE.

Curiosamente, en 2006, la Gran Sala del TEDH se anticipó al TJUE a la hora de pronunciarse sobre el nuevo artículo 53 CDFUE, cuando ésta todavía era un instrumento de *soft law*: en el asunto *Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca*, el TEDH empleó la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores como elemento interpretativo para determinar el contenido del artículo 12 CDFUE, referido a las libertades de reunión y de asociación, amparándose para ello en el artículo 53 CDFUE. Lo cierto es que en este asunto ambos instrumentos de *soft law* fueron relevantes en la interpretación del CEDH a la hora de condenar a Dinamarca por el mantenimiento de prácticas de monopolio sindical¹⁰⁸. En esta actitud del TEDH de interpretar disposiciones de la CDFUE anticipándose a su intérprete natural —el TJUE— podría verse un claro intento del TEDH, no sólo de hacer evolucionar el contenido del CEDH mediante su interpretación dinámica para engrosar el acervo *paneuropeo* en materia de derechos fundamentales, sino de ocupar el terreno, puesto que *a posteriori* el TJUE se vería obligado a seguir la interpretación realizada por el TEDH.

¹⁰⁷ Sentencia de 16 de marzo de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, cit. *supra*; y Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega Spielhallen*, asunto C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609.

¹⁰⁸ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 11 de enero de 2006, *Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca*, Recursos acumulados n.º 52562/99 y n.º 52620/99, apartados 73-74.

Retomando las peculiaridades de la costumbre internacional en su relación con el Derecho originario, conviene apuntar que al margen de su fuerza convencional, resulta más difícil sostener la vinculación de la Unión Europea a los derechos económicos, sociales y culturales, cuya realización está más ligada a la existencia de una actividad prestacional y no meramente de no hacer o de observancia pasiva. No obstante, puede hablarse también de la existencia de un mínimo de derechos económicos, sociales y culturales que constituyen normas consuetudinarias y cuya realización no puede verse entorpecida por la aplicación del Derecho originario de la Unión, e incluso puede sostenerse que ésta dentro del respeto a los principios de subsidiariedad y de competencias por atribución queda obligada a promover su realización. La Unión Europea, si se quiere también por aplicación del principio de cooperación leal, está obligada a no impedir y activamente a apoyar que los Estados miembros alcancen los niveles mínimos de realización de derechos subjetivos tales como la percepción de los alimentos esenciales, la atención primaria de salud esencial, la vivienda o la enseñanza básica¹⁰⁹. Cuanto menos podría derivarse una forma atenuada de responsabilidad *in vigilando* bien de la Unión, bien atribuible al conjunto de Estados miembros por la elaboración del Derecho originario y su aplicación ulterior¹¹⁰.

Como se ha dicho, el alcance de estas normas consuetudinarias no puede ser un pretexto para el escrutinio de la validez del Derecho originario, pero sí podría inferirse y sería más fácil sostener un cierto deber de interpretación y aplicación conforme del mismo a la finalidad de las normas consuetudinarias. E incluso en última instancia podría derivarse la necesidad de que el conjunto de los Estados miembros procedieran a una revisión en consonancia del propio Derecho originario en el caso de ser ésta necesaria para dar cumplimiento a dichas obligaciones.

A modo de recapitulación, pueden extraerse tres ideas para sintetizar los aspectos más relevantes de la relación entre el Derecho originario de la Unión y el Derecho internacional en lo concerniente a la protección de los derechos humanos:

¹⁰⁹ El TJUE de forma indirecta ha respaldado y favorecido el derecho fundamental a la vivienda. Debe verse la Sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz c. Catalunyaacaixa*, asunto C-415/11 (pendiente de publicación), Rec. 2013.

¹¹⁰ «Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y de vivienda básicos o de las formas más básicas de la enseñanza, no estaría *prima facie* cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto», véase la Observación General n.º 3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del art. 2 del Pacto)*, 5.º Período de Sesiones, 1990, HRI/GEN/1/Rev.8, p. 19, apartado 10.

a) La regla general es que los acuerdos internacionales concluidos por la Unión se posicionan jerárquicamente en este ordenamiento de forma intermedia entre el Derecho originario y el derecho derivado. La validez del Derecho originario no se ve afectada por las obligaciones convencionales de la Unión, y la primacía del Derecho originario sobre los acuerdos internacionales concluidos por la Unión se manifiesta en la posibilidad de someter la conformidad de los acuerdos previstos con los Tratados a la apreciación del TJUE tanto mediante el control previo como mediante el control posterior.

b) Los derechos fundamentales que el TJUE tutela como principios generales del Derecho así como los contenidos en la CDFUE constituyen límites *intrínsecos* a la asunción de obligaciones internacionales por vía convencional para la Unión Europea.

c) Las normas relativas a la protección de los derechos humanos contenidas en acuerdos internacionales concluidos por la Unión y las normas consuetudinarias de carácter general en esta materia, en la medida en que contribuyen a reforzar y engrosar el patrimonio jurídico-político de los Estados miembros que ha sido tutelado por el TJUE como integrante del Derecho originario, se integran *nominalmente* por vía interpretativa en el Derecho originario de la Unión, constituyendo a su vez nuevos límites a la asunción de obligaciones internacionales. La apertura del artículo 53 CDFUE al ordenamiento jurídico-internacional y a los acuerdos concluidos por la Unión puede constituir una valiosa herramienta para consagrar y acentuar este fenómeno.

CAPÍTULO VI

EFICACIA DIRECTA DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES CONCLUIDOS POR LA UNIÓN EUROPEA

Para determinar la eficacia directa de una disposición contenida en una norma u obligación internacional, y antes de ver lo que dice el ordenamiento jurídico doméstico al respecto (el de la Unión en este caso), parece lógico acudir en primer lugar a las directrices del propio Derecho internacional: la cuestión de la eficacia directa parece presentar íntima relación con la intención de las partes que crean la norma internacional según la opinión consultiva emitida por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto relativo a la *Jurisdicción de los Tribunales de Danzig*¹. Dicha intención de las partes debe sondearse en el texto del acuerdo, norma o acto internacional, de conformidad con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 31-

¹ Opinión Consultiva de 3 de marzo de 1928, Rec. 1928, Serie B, n.º 15, pp. 17-18. En este asunto la CPJI señaló que, según un principio de Derecho internacional sólidamente establecido, los acuerdos internacionales no pueden crear directamente derechos y obligaciones para los particulares. Es decir, que si un acuerdo internacional reconoce derechos u obligaciones a los particulares, éstos no pueden ser tutelados más que por los tribunales nacionales, ya que sus titulares no tienen la capacidad jurídica de entablar directamente una reclamación internacional para recabar su tutela. Por otra parte, la atribución de derechos y obligaciones a los particulares dependía, según la CPJI, enteramente de la voluntad de los Estados y es éste un parámetro que el juez nacional debe considerar a la hora de otorgar eficacia directa a las disposiciones de un tratado internacional. Téngase en cuenta que la CPJI, con anterioridad, había dejado sentado que cuando un Estado ha contraído válidamente obligaciones internacionales, está obligado igualmente a llevar a cabo las modificaciones legislativas necesarias para asegurar la plena ejecución de los compromisos asumidos, véase su Opinión Consultiva de 21 de febrero de 1925, *Intercambio de poblaciones griegas y turcas*, Rec. 1925, Serie B, n.º 10, p. 20, de este modo se paliaría en términos de efectividad la ausencia de carácter *self-executing* y de eficacia directa de la disposición de una norma o acto internacional. La concepción de la CPJI se ha visto matizada y progresivamente modificada debido a la creciente subjetividad internacional del individuo que se manifiesta tanto en el Derecho internacional de los Derechos humanos como en el nacimiento y posterior evolución del ordenamiento jurídico comunitario europeo. Tampoco deben obviarse los desarrollos del Derecho Penal internacional desde la segunda mitad del siglo XX que han ampliado sustancialmente el campo material originador de la responsabilidad internacional pasiva del individuo.

33 de ambas Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 1986².

En el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, los acuerdos internacionales cuya conclusión ya se ha planteado y pueda plantearse en el futuro la Unión Europea, serán generalmente acuerdos mixtos bien de carácter completo (como será el caso del CEDH cuando se culmine el proceso de adhesión) bien de carácter imperfecto como es el caso de la CDPD (en la que es parte la Unión pero no la totalidad de sus Estados miembros). Dada la naturaleza de la aplicación descentralizada del Derecho de la Unión y su vocación de ser interpretado y aplicado de modo uniforme en los Estados miembros, claramente al margen de las atribuciones competenciales del TJUE y del Tribunal General³, los órganos encargados con carácter ordinario de determinar la existencia de eficacia directa de las disposiciones de estos acuerdos internacionales concluidos por la Unión y los Estados miembros serán los órganos judiciales de los Estados miembros: para ello deberán actuar en estrecha colaboración con el TJUE a través del diálogo prejudicial en los ámbitos de los acuerdos mixtos que recaigan dentro del ámbito del Derecho de la Unión⁴. En aquellos ámbitos de los acuerdos mixtos que pertenezcan a la competencia puramente estatal, los jueces y tribunales de los Estados miembros podrán decidir con absoluta discrecionalidad acerca de la eficacia directa de las disposiciones de los acuerdos mixtos. Como se razonó en el apartado relativo a la relación entre el Derecho convencional de la Unión y su derecho derivado, la eficacia directa de las disposiciones contenidas en los acuerdos internacionales concluidos por la Unión, convierte a és-

² Véase FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *La Interpretación de las Normas Internacionales*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, pp. 79-102. Por analogía, los tres métodos de interpretación contemplados en el artículo 31.1 de ambos Convenios considerados en plano de igualdad (interpretación gramatical, lógico-sistemática y teleológica) podrían servir para determinar la eficacia directa de disposiciones contenidas no únicamente en acuerdos internacionales, sino también en el derecho convencional derivado (decisiones de los órganos instituidos en virtud de los acuerdos internacionales), en normas de naturaleza consuetudinaria, o en actos unilaterales de organizaciones internacionales.

³ La intervención del TJUE mediante la vía prejudicial es claramente una garantía que refuerza la observancia por parte de los Estados miembros de las obligaciones internacionales de la Unión. Deben recordarse las palabras del TJUE en la Sentencia de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg*, cit. *supra*, apartado 14.

⁴ Es decir aquellas disposiciones de los acuerdos internacionales referentes a ámbitos donde la Unión haya legislado, a ámbitos ampliamente cubiertos por el Derecho de la Unión o aquellas disposiciones susceptibles de aplicarse a situaciones regidas tanto por el derecho interno como por el Derecho de la Unión, véanse las Sentencias de 16 de junio de 1998, *Hermès*, cit. *supra*, apartado 32; de 14 de diciembre de 2000, *Dior y otros*, cit. *supra*, apartado 33; y de 8 de marzo de 2011, *Zoskuppenie*, cit. *supra*, apartados 33 y 36. Téngase en cuenta que el competente para trazar la frontera entre las obligaciones asumidas por la Unión y aquellas que asumen los Estados miembros en el marco de un acuerdo mixto es el TJUE.

tas en posibles parámetros para el control de la legalidad de su derecho derivado.

Al adentrarse en las premisas para la determinación de la eficacia directa tomadas en consideración por el Tribunal de Justicia debe partirse de la idea recogida en el asunto *Kupferberg* de que el Derecho internacional deja libertad (dentro del respeto a las exigencias del principio de buena fe) a las partes en un acuerdo internacional para elegir las modalidades de aplicación del mismo en aras de la consecución finalista de la ejecución plena de los compromisos contraídos internacionalmente⁵.

Dentro de dichas modalidades de aplicación, las instituciones comunitarias cuando negocian y concluyen un acuerdo internacional son libres para pactar que a sus disposiciones deba dárseles eficacia directa en los ordenamientos de las partes contratantes. En ausencia de tal estipulación convencional corresponde al TJUE, en el ámbito comunitario dentro del marco de las competencias que le atribuye el Derecho originario, pronunciarse acerca de la posible eficacia directa de las disposiciones de un acuerdo internacional concluido por la Unión o bien de los actos unilaterales adoptados por los órganos instituidos en virtud de tales acuerdos que forman parte plenamente integrante del ordenamiento de la Unión. Para ello el TJUE debe considerar en todo momento el origen internacional de las disposiciones⁶.

En el caso de acuerdos internacionales multilaterales —como son los tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos— la falta de reciprocidad en el reconocimiento de eficacia directa en los ordenamientos de las otras partes contratantes a las disposiciones del acuerdo por parte de sus respectivos órganos jurisdiccionales, al margen de que pueda constituir una razón política o económica, no es *per se* una razón jurídica suficiente para descartar la eficacia directa⁷: este razonamiento es más válido máxime en el caso de acuerdos internacionales relativos a la protección internacional de los derechos humanos, que tienen una vocación cuasilegislativa y que no obedecen a la lógica *do ut des*⁸.

Obviamente los tratados internacionales relativos a la protección de los derechos humanos presentan una lógica diferente a las reglas del sistema de

⁵ Sentencia de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg*, cit. *supra*, apartado 18.

⁶ *Ibid.*, apartado 17.

⁷ Véase en Díez-HOCHLEITNER, J., *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento comunitario*, op. cit., p. 69.

⁸ Esta idea no se ve desmentida por el hecho de que tratados como el CEDH prevean un sistema de demandas interestatales (art. 33), o por el hecho de que la protección y realización doméstica de los derechos humanos presente una correlación directa y positiva con el grado de respeto hacia dichas obligaciones que logre promoverse en el plano multilateral o universal, debido al fenómeno globalizador, que podría estar moldeando y transformando la idea clásica de la subsidiariedad del sistema internacional para la protección de los derechos humanos.

la OMC, donde en la determinación del contenido debe tenerse presente la flexibilidad inherente a su proceso de gestación y aplicación, en el que resulta esencial el continuo ajuste de las posiciones respectivas de las partes contratantes que también son socios comerciales⁹.

El TJUE ha llevado a cabo tradicionalmente un análisis *en dos etapas* para determinar la existencia de eficacia directa (entendida ésta como aptitud para generar derechos a favor de los particulares que éstos puedan hacer valer ante todos los poderes públicos de los Estados miembros, habida cuenta de que el Tribunal ha empleado de forma indistinta los términos aplicación directa y efecto directo para referirse a este fenómeno) de las disposiciones de un acuerdo internacional concluido por la Unión¹⁰:

a) En primer lugar, el TJUE examina la naturaleza general del acuerdo en que se inscribe la disposición, apreciando su tenor literal y su objeto (combinando por tanto los criterios literal, contextual y finalista para la interpretación), para determinar la aptitud general del acuerdo a la hora de generar derechos en favor de los particulares¹¹.

b) En segundo lugar, el análisis del TJUE pretende elucidar si la disposición convencional concreta presenta los rasgos de claridad, precisión e incondicionalidad, en modo suficiente para producir una obligación que no esté subordinada ni en su ejecución ni en sus efectos a la adopción de un acto jurídico ulterior¹².

⁹ CANNIZZARO, E., «The Neo-Monism of the European Legal Order», en CANNIZZARO, E., PALCHETTI, P. y WESSEL, R. (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, p. 42.

¹⁰ «Una disposición de un acuerdo celebrado por la Comunidad con terceros países debe considerarse directamente aplicable cuando contiene, a la vista de su tenor, de su objeto, así como por la naturaleza del acuerdo, una obligación clara y precisa, cuya ejecución y cuyos efectos no se subordinan a la adopción de acto ulterior alguno», este enunciado fue introducido en la Sentencia de 30 de septiembre de 1987, *Demirel*, cit. *supra*, apartado 14.

¹¹ A nivel orientativo puede tenerse presente que el TJUE ha mostrado mayor reticencia a la hora de reconocer eficacia directa a las disposiciones contenidas en tratados multilaterales que en el caso de las disposiciones ínsitas en tratados bilaterales. No obstante, la distinción entre tratados multilaterales y bilaterales no es en sí misma un criterio determinante de la aptitud del acuerdo internacional para generar derechos, véase JACOBS, F. G., «The Internal Legal Effects of the EU's International Agreements and the Protection of Individual Rights», *op. cit.*, pp. 531-532.

¹² Bien es cierto que si los términos de la disposición invocada del acuerdo internacional no reúnen los requisitos de precisión e incondicionalidad, el TJUE podría prescindir de entrar en cualquier otro tipo de consideraciones, aunque de todos modos es recomendable que se pronuncie en primer lugar sobre la aptitud general del acuerdo en que se inserta para generar derechos en favor de los particulares de cara a allanar el terreno para futuros supuestos en que se plantee la aplicabilidad e invocabilidad del mismo acuerdo internacional. Por otra parte, la propuesta como primera fase del análisis no es en modo alguno prescindible, puesto que el TJUE ha rechazado que deba existir homogeneidad en la aplicación de disposiciones idénti-

Ahora bien no puede formularse un enunciado teórico de validez general acerca de la práctica del TJUE en el reconocimiento de eficacia directa a las disposiciones de los diversos tipos de acuerdos internacionales que son concluidos por la Unión Europea, de ahí que resulte especialmente interesante la valoración casuística del sistema general del acuerdo a los efectos de determinar su aptitud para generar derechos a favor de los particulares, dado el necesario margen de discreción con que el Tribunal debe contar: el reconocimiento de eficacia directa no se reduce al supuesto de los acuerdos internacionales orientados a una gradual adhesión futura a la Unión Europea¹³.

Se ha señalado que el TJUE no se conduce por los mismos parámetros a la hora de determinar la eficacia directa del derecho derivado *interno* al que privilegia frente al Derecho convencional, no obstante, en relación con el primero el TJUE parece regirse por la voluntad de los Estados miembros que al establecer los Tratados constitutivos pretendían otorgar derechos subjetivos, de modo que a la luz de su objeto y fin, el Tribunal admite la eficacia directa de cualquier disposición del derecho derivado dado que sea suficientemente precisa e incondicional¹⁴.

Cuando se habla de eficacia directa de las disposiciones contenidas en acuerdos internacionales concluidos por la Unión, debe pensarse en la eficacia directa vertical. De todos modos, la eficacia directa en las relaciones horizontales que no ha sido explorada por el TJUE parece expedita; por ejemplo, cabría plantearse si numerosas disposiciones de la CDPD son susceptibles de eficacia directa en las relaciones horizontales ya que las mismas parecen de escasa efectividad si no van acompañadas de obligaciones jurídicas impuestas a operadores económicos privados (accesibilidad, no discriminación, acceso a la información, empleo, etc.). No obstante, *a priori* parece limitado el alcance de las disposiciones de la Convención en las relaciones horizontales ya que en principio los destinatarios son las partes contratantes.

En la literatura jurídica, un caso relativo a la eficacia directa de las disposiciones de los acuerdos internacionales en el ordenamiento de la Unión que ha acaparado gran parte de la atención es el del GATT prime-

cas, que pueden tener sentido y alcance diverso según estén recogidas en uno u otro tipo de acuerdo internacional o en el Derecho originario. Esto es particularmente cierto en la comparación entre en el Espacio Económico Europeo y las mayores ambiciones presentes en la integración europea de construir una Unión Económica y Monetaria. Véanse las Sentencias de 11 de febrero de 2010, *Fokus Invest*, asunto C-541/08, Rec. 2010, p. I-1025; y de 12 de noviembre de 2009, *Grimme*, asunto C-351/08, Rec. 2009, p. I-10777.

¹³ Sirva de ejemplo el acuerdo de asociación y cooperación con Rusia, véase la Sentencia de 12 de abril de 2005, *Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura y Real Federación Española de Fútbol*, asunto C-265/03, Rec. 2005, p. I-02579.

¹⁴ Véanse las Conclusiones presentadas por el Abogado General Darmon, el 19 de mayo de 1987, *Demirel*, asunto C-12/86, Rec. 1987, p. 3719, apartado 18.

ro y posteriormente del derecho de la OMC: se ha dicho que la denegación de eficacia directa al derecho de la OMC constituye más bien la excepción que la regla en la actitud del TJUE hacia el Derecho Convencional¹⁵. Si bien el Acuerdo de la OMC al introducir un mecanismo cuasi jurisdiccional para la solución de controversias había reducido la flexibilidad que aquejaba al GATT¹⁶, dejando cierta esperanza para el reconocimiento de eficacia directa a este derecho por parte del TJUE, lo cierto es que el Tribunal ha denegado la eficacia directa tanto a las disposiciones de los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea en el seno de la OMC como a las resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de dicha organización internacional¹⁷. Entre los motivos que han llevado al TJUE a considerar en la primera etapa del análisis expuesto que por su naturaleza, economía y sistema las disposiciones del derecho de la OMC no son susceptibles de eficacia directa ni tampoco de convertirse en parámetros susceptibles de ser empleados para enjuiciar la legalidad de la actuación de las instituciones de la Unión hay que considerar: la posición política de la Unión; la necesidad de otorgar un grado de margen de maniobra a los órganos legislativos y ejecutivos de la Unión equivalente al que ostentan los órganos de los socios comerciales¹⁸; la idea de que la decisión unilateral de conceder eficacia directa al derecho de la OMC ante los órganos del sistema jurisdiccional de la Unión situaría en desventaja a los operadores económicos europeos que operan en el territorio de otros socios comerciales, frente a los operadores económicos de estos últimos países que operan en el territorio de los Estados miembros de la Unión; y, por último, se ha señalado como obstáculo a la eficacia directa del derecho de la OMC el hecho de que ésta entraña una discriminación

¹⁵ VON BOGDANDY, A., «Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law», *loc. cit.*, p. 405.

¹⁶ La existencia de un mecanismo para la solución de controversias fundado principalmente en la negociación entre las partes fue uno de los elementos decisivos considerados por el TJUE para denegar eficacia directa al GATT. Véase la Sentencia de 12 de diciembre de 1972, *International Fruit Company y Otros*, cit. *supra*, apartados 19-27.

¹⁷ Véanse *inter alia*: la Sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Portugal c. Consejo*, asunto C-149/96, Rec. 1999, p. I-8395, apartados 40 y 47; Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Biret International c. Consejo*, asunto C-93/02, Rec. 2003, p. I-10497, apartado 52; Sentencia de 1 de marzo de 2005, *Van Parys*, asunto C-377/02, Rec. 2005, p. I-1465, apartado 39; y la Sentencia de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, Rec. 2008, p. I-6513, apartado 111. Asimismo, TANCREDI, A., «On the Absence of Direct Effect of the WTO Dispute Settlement Body's Decisions in the EU Legal Order», en CANNIZZARO, E., PALCHETTI, P. y WESSEL, R. A. (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 249-268.

¹⁸ Sentencia de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*, apartado 119.

inversa que favorecería al operador económico transnacional frente a los operadores *domésticos*¹⁹.

Precisamente en algún caso han sido estos operadores económicos de carácter transnacional, los que dada su insatisfacción ante la denegación de eficacia directa en el ordenamiento de la Unión al derecho de la OMC —incluyendo las decisiones del Órgano de Apelación— han acudido ante el TEDH alegando haber sufrido menoscabo en su derecho a un proceso equitativo que garantiza el artículo 6 CEDH: éste es el caso de *Biret International*²⁰.

Por tanto, *de lege ferenda*, sin ánimo de reducir los derechos fundamentales a una visión instrumental o economicista y sobre todo una vez se complete la adhesión de la Unión al CEDH: queda pendiente que el TEDH determine si comparte el criterio que el TJUE ha mostrado en el asunto *FIAMM*, cuando este último concluye la inexistencia de responsabilidad extracontractual de la entonces Comunidad ante una restricción a los derechos de propiedad y de libre ejercicio de una actividad profesional que en su opinión no constituye «una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados», dado el riesgo —que en opinión del TJUE— deben asumir los operadores económicos cuyas operaciones incluyen la exportación hacia otros socios comerciales que, en el marco de la OMC, pueden dentro de

¹⁹ VON BOGDANDY, A., «Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law», *loc. cit.*, p. 405.

²⁰ Decisión del TEDH de 9 de diciembre de 2008, *Biret International c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, Recurso n.º 13762/04. La sociedad recurrente pretendía inferir la responsabilidad extracontractual de la entonces Comunidad del hecho de haber sido declarada por el Órgano de Apelación de la OMC como contraria al Acuerdo de la OMC sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias la legislación comunitaria que establecía restricciones a la importación de carne bovina tratada con hormonas. En este caso la sociedad *Biret International* esgrimía una infracción de los artículos 6 y 13 CEDH al no haber podido contestar la validez de las directivas comunitarias en sede comunitaria antes de que se declarase por el Órgano de Apelación su no conformidad con las obligaciones internacionales de la Comunidad en el marco de la OMC; también extendía su demanda la recurrente al hecho de no poder obtener la declaración de responsabilidad extracontractual de la Comunidad sino en relación con los daños sufridos desde el momento en que finalizara el plazo concedido por el órgano de solución de diferencias a la Comunidad para adaptar su legislación a sus obligaciones internacionales. Por este motivo la recurrente también alegaba el menoscabo a su derecho a la propiedad recogido en el artículo 1 del Protocolo n.º 1 al CEDH. La respuesta del TEDH fue declararse incompetente *ratione personae* en relación con la pretendida responsabilidad extracontractual de la entonces Comunidad al no haberse adherido ésta al CEDH; así como extender a las medidas de restricción de la importación de carne bovina tratada con hormonas adoptadas por Francia —en aplicación de las directivas comunitarias controvertidas— la presunción de protección equivalente hacia los derechos del sistema del CEDH, que el TEDH estableció en el asunto *Bosphorus* en relación con el Derecho proveniente del antiguo primer pilar de la integración europea.

la flexibilidad que otorga este derecho suspender determinadas concesiones comerciales²¹.

Del mismo modo, la adhesión de la Unión al CEDH permitiría que el TJUE viera reducido su gran margen de discrecionalidad a la hora de determinar en qué medida o hasta qué punto los individuos deben soportar los daños ocasionados por una intervención pública lícita de las instituciones comunitarias: es decir, el TEDH podría ayudar a determinar el contenido de la categoría de responsabilidad objetiva de la Unión que el Abogado General Poiares Maduro sugirió al TJUE en este mismo asunto al apuntar la posible existencia de responsabilidad de las instituciones de la Unión por una actividad lícita cuando ésta entrañe un perjuicio que pueda ser caracterizado como *anormal y especial*²². Lógicamente al presentar estrecha conexión con numerosos derechos fundamentales del CEDH, el TEDH se convertiría en un garante externo que ayudaría al TJUE a fijar los límites de la soportabilidad para los individuos de la actividad lícita e internacionalmente ilícita de las instituciones comunitarias.

En relación con otros acuerdos internacionales, se ha dicho que el TJUE ha adoptado una postura alejada en cierto modo de ese análisis global y más sensible hacia la cuestión de si ciertas provisiones concretas del acuerdo internacional son susceptibles de gobernar la posición jurídica del individuo o si éstas tienen el objeto y propósito de proteger determinados intereses del individuo²³. Más tarde en *Intertanko* en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, el TJUE descarta que las

²¹ Sentencia de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*, apartados 181-186.

²² Conclusiones presentadas el 20 de febrero de 2008, *FIAMM y Fedon c. Consejo y Comisión*, asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, Rec. 2008, p. I-6513, apartados 71-83. A favor de la responsabilidad objetiva aun en el caso de actos lícitos como solución teórica y sustantiva a este supuesto puede verse, DANI, M., «Remedying European Legal Pluralism: The FIAMM and Fedon Litigation and the Judicial Protection of International Trade Bystanders», *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 2, pp. 303-340.

²³ KADDOUS, C., «Effects of International Agreements in the EU Legal Order», *op. cit.*, p. 305; también, JACOBS, F. G., «The Internal Legal Effects of the EU's International Agreements and the Protection of Individual Rights», *op. cit.*, p. 533. Véanse la Sentencia de 12 de abril de 2005, *Simutenkov c. Ministerio de Educación y Cultura y Real Federación Española de Fútbol*, cit. *supra*, apartado 28, y en relación con el Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional la Sentencia de 10 de enero de 2006, *LATA*, cit. *supra*, apartado 41. *Simutenkov* refleja esa postergación/relajación de la toma en consideración de los objetivos y propósitos inherentes a la naturaleza del acuerdo en que se inserta la disposición, ya que en este asunto el TJUE llegó a una solución idéntica a la alcanzada en relación con disposiciones análogas contenidas en otros acuerdos de asociación si orientados a la adhesión a la Unión Europea: véanse la Sentencia de 29 de enero de 2002, *Meyer*, asunto C-162/00, Rec. 2002, p. I-1049 (Polonia); así como la Sentencia de 8 de mayo de 2003, *Kolpak*, asunto C-438/00, Rec. 2003, p. I-4135 (Eslovaquia).

disposiciones de este acuerdo internacional sean susceptibles de eficacia directa, puesto que no otorgan a los individuos derechos autónomos, sino únicamente en virtud de un ligamen estrecho entre su buque y el Estado del pabellón²⁴. Esa atención que el TJUE presta al marco interestatal que establece la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar para denegar la eficacia directa de sus disposiciones, contrasta con la actitud que el TJUE ha mantenido en relación con los preceptos de su propio Derecho originario. Al interpretar los tratados constitutivos, el Tribunal ha considerado que el hecho de dirigirse formalmente a los Estados miembros un precepto del Derecho originario no era óbice, por ejemplo, para el reconocimiento de la eficacia directa incluso en las relaciones horizontales, frente a empleadores públicos y privados, del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos recogido en el entonces artículo 119 del Tratado CEE²⁵.

Partiendo de este examen, intentaremos extraer de este análisis de la práctica del TJUE algunas nociones que puedan ser extrapolables a los acuerdos internacionales concluidos por la Unión Europea relativos a la protección internacional de los derechos humanos. Al tratarse de acuerdos mixtos, como se dijo, el TJUE será el encargado de determinar la eficacia directa de sus disposiciones en los ámbitos de competencia comunitaria, decidiendo los tribunales nacionales en las áreas de los acuerdos de competencia puramente estatal: aunque en todo caso la eficacia última de la parte comunitaria de los acuerdos queda en manos de los jueces nacionales en tanto que jueces ordinarios encargados de la aplicación descentralizada del Derecho de la Unión.

El caso del primer tratado de derechos humanos concluido por la Unión, la CDPD, parece indicar que sus disposiciones carecen de aplicabilidad directa, y que precisan de una ulterior actuación legislativa para la efectividad

²⁴ Sentencia de 3 de junio de 2008, *Intertanko y otros*, cit. *supra*, apartados 59 y 64. Este razonamiento ha recibido críticas, ya que se dice que la mayor parte de acuerdos internacionales se orientan al establecimiento de un marco interestatal, por lo que de seguirse estrictamente esta visión, prácticamente ningún acuerdo generaría derechos subjetivos invocables por los particulares en el ordenamiento interno, véanse al respecto, GONZÁLEZ GIMÉNEZ, J., «Régimen comunitario de la contaminación por descargas procedentes de buques: la relación con las normas internacionales y la sentencia del TJCE sobre el asunto *Intertanko*», *loc. cit.*, pp. 936-941. Según la Abogada General Kokott el extremo hasta el cual los justiciables podían confiar en este acuerdo internacional dependía no de su naturaleza ni carácter general, sino del contenido de cada disposición particular por separado, véase VAN ROSSEM, J. W., «Interaction between EU Law and International Law in the Light of *Intertanko* and *Kadi*: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XL, 2009, p. 188. Véanse asimismo las Conclusiones presentadas el 20 de noviembre de 2007, *Intertanko y otros*, asunto C-308/06, Rec. 2008, p. I-4057, apartados 48-59.

²⁵ Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne c. Sabena*, asunto C-43/75, Rec. 1976, p. 455, apartado 31.

de los derechos y principios cuyo articulado reconoce²⁶. Por tanto, si bien el sistema y naturaleza general de este acuerdo internacional serían aptos para atribuir derechos subjetivos de acuerdo con el criterio del TJUE, el principal obstáculo para la eficacia directa estriba en la redacción de sus disposiciones singulares: el carácter de las disposiciones de la CDPD parece requerir de una actuación a cargo de las partes contratantes, su efectividad está condicionada a la actividad de los poderes de las instituciones de cada parte contratante, es decir, se imponen por tanto *obligaciones positivas*. En opinión de Biel Portero, la igualdad de oportunidades y la no discriminación, principios transversales que presiden la interpretación y aplicación de la CDPD, configuran en la normativa internacional verdaderos derechos subjetivos²⁷.

Por tanto, a salvo de cuestiones como la prohibición de discriminación por razón de discapacidad²⁸ o la exigencia de ajustes razonables que parecen suficientemente claras, precisas e incondicionales²⁹, puede intuirse que el TJUE no se mostrará proclive a otorgar eficacia directa a las restantes dispo-

²⁶ Manifestación indiciaria de esta ausencia de aplicabilidad directa de la CDPD puede ser el hecho de que, con posterioridad a la fecha de su firma por la Unión (30 de agosto de 2007) y con anterioridad a la fecha de manifestación del consentimiento en obligarse internacional en virtud de este tratado (23 de diciembre de 2010), la Comisión Europea haya presentado una propuesta de Directiva para dar efectividad a algunas de sus disposiciones. Véase la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de 2 de julio de 2008, COM (2008) 426 final.

²⁷ «Ello implica que la discapacidad nunca podrá ser, por sí misma, causa de denegación y limitación de cualquiera de los derechos humanos de los que son titulares estas personas. Y esta obligación de los Estados es una obligación inmediata, exigible incluso respecto de aquellos derechos, como el acceso al empleo, la salud o la educación, susceptibles de ser desarrollados de forma progresiva», BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., p. 507.

²⁸ El articulado de la CDPD parece abocado a dar contenido a esta prohibición que también recibe una formulación unívoca y tajante en el artículo 21.1 CDFUE, lo que multiplica sus posibilidades de eficacia directa. En cambio el artículo 26 CDFUE relativo a la integración de las personas discapacitadas parece estar formulado de una forma más abierta albergando un principio.

²⁹ El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado que la denegación de un acomodo razonable a los alumnos con discapacidad en el ámbito de la educación constituye una discriminación contraria a la CDPD, siendo esta obligación de proveer ajustes razonables de aplicación inmediata y no sujeta a realización progresiva, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España*, Sexto Período de Sesiones, 19 a 23 de septiembre de 2011, CRPD/C/ESP/CO/1, p. 7, apartado 44. Por su parte, en un asunto reciente el TJUE ha considerado que la reducción de la jornada de trabajo constituye uno de los ajustes razonables exigibles en principio en virtud del párrafo 4 del artículo 2 de la CDPD. El Tribunal ha dejado en manos del juez nacional la comprobación de si dicho ajuste razonable constituiría o no una carga excesiva para el empleador en los asuntos principales, debe verse la Sentencia de 11 de abril de 2013, *Ring y otros*, cit. *supra*, apartados 53-64.

siciones de la CDPD. A estos efectos conviene tener presente que el Tribunal de Justicia ha condenado a Italia por incumplimiento del Derecho de la Unión ya que la legislación italiana no establece de un modo adecuado y general la obligación para todos los empleadores de proveer ajustes razonables para las personas con discapacidad en aras de contribuir a su mayor empleabilidad³⁰.

En relación con este acuerdo internacional, hay que mencionar una enigmática disposición que da a entender que algunos de sus preceptos son susceptibles de eficacia directa y que así se ha establecido desde el propio ordenamiento internacional por las partes contratantes. Corresponde por tanto al TJUE despejar las dudas en el marco de la tarea asignada de favorecer la interpretación y aplicación uniforme de la Convención. Se trata de su artículo 4.2³¹.

Sabido es que el TJUE exige, para dictaminar la eficacia directa, los mismos requisitos tanto para las disposiciones materiales de un acuerdo como para las decisiones o actos unilaterales de los órganos instituidos por los acuerdos internacionales para el control de su aplicación³². Como se señaló, el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad establecerá recomendaciones y directrices en respuesta a los informes periódicos presentados por la Unión Europea relativos a las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las obligaciones de la CDPD; de igual modo, de haber aceptado obligarse en virtud del Protocolo Facultativo, el Comité sería competente para dictaminar acerca de la existencia de una violación o no de las obligaciones asumidas por la Unión en el marco de la CDPD en respuesta a comunicaciones individuales. Tanto en uno como en otro caso estamos ante recomendaciones no exentas de valor jurídico, que debería buscarse en lo dicho por el TJUE en el asunto *Deutsche Shell*³³.

Queda el interrogante abierto de si dado el carácter cuasi jurisdiccional de las decisiones del Comité en respuesta a comunicaciones individuales, de concluir en el futuro la Unión el Protocolo Facultativo, serían susceptibles de

³⁰ Debe verse la Sentencia de 4 de julio de 2013, *Comisión c. Italia*, asunto C-312/11 (pendiente de publicación), Rec. 2013.

³¹ «Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional».

³² Sentencia de 20 de septiembre de 1990, *Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, cit. *supra*, apartados 14-15.

³³ «Aunque las recomendaciones [...] no puedan generar derechos en favor de los justiciables que éstos puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, estos últimos están obligados a tenerlos en cuenta al dirimir los litigios que se les hayan sometido, especialmente cuando, como sucede en el procedimiento principal, son útiles para interpretar las disposiciones del Convenio», Sentencia de 21 de enero de 1993, *Deutsche Shell*, cit. *supra*, apartado 18.

efecto directo³⁴. La existencia de un mecanismo cuasi jurisdiccional es un elemento que aboga en principio a favor del reconocimiento de eficacia directa al contribuir a que las obligaciones del acuerdo internacional asuman un carácter más preciso, detallado e incondicional. En este caso, no existe el elemento de negociación presente en la solución de diferencias en el seno de la OMC, aunque las recomendaciones dejan un amplio margen de discrecionalidad a las partes para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas y este elemento de flexibilidad parece ir en detrimento de la línea necesaria para el reconocimiento de eficacia directa³⁵.

El otro acuerdo internacional relativo a derechos humanos sobre cuya potencial eficacia directa puede reflexionarse, de cara a la futura adhesión de la Unión a su entramado institucional, es el CEDH: en la antesala de la adhesión el TJUE ya ha otorgado a sus disposiciones un valor próximo a la eficacia directa en el control de legalidad de los actos de sus instituciones en la medida en que aquéllas integren la categoría de principios generales del Derecho de la Unión³⁶. De igual modo se ha visto que el TJUE en la resolución de algún asunto ha seguido de forma rigurosa e íntegra el razonamiento del Tribunal de Estrasburgo³⁷.

³⁴ En caso de concluir el Comité que una de las partes ha violado sus obligaciones en virtud de la CDPD, la parte en cuestión tiene una obligación de poner todos sus medios para dar satisfacción y respetar los derechos recogidos en el acuerdo internacional a favor de todos los individuos que se hallen sujetos a su jurisdicción, véase por analogía Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación n.º 31/2003, *LR c. Eslovaquia*, 10 de marzo de 2005, cit. *supra*, apartado 10, punto 10.

³⁵ Sobre el carácter ambiguo de la jurisprudencia del TJUE al respecto, BONAFÉ, B. I., «Direct effect of international agreements in the EU legal order: does it depend on the existence of an international dispute settlement mechanism?», en CANNIZZARO, E., PALCHETTI, P. y WESSEL, R. (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2012, pp. 229-248.

³⁶ Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, cit. *supra*. El CEDH constituye un ejemplo de excepción a la renuencia que el TJUE muestra hacia la posibilidad de que la legalidad de las medidas y actos de las instituciones de la Unión puedan ser revisadas a la luz de una norma originada fuera de su propio ordenamiento jurídico, véase VAN ROSSEM, J. W., «Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community», *loc. cit.*, p. 208: «Admittedly, the non-binding nature of the ECHR for the EU does not appear to constitute an impediment to function as an external source of law against which the validity of EU legislation can be tested. A closer look reveals, however that this is not necessarily a fair representation». Debe verse la Sentencia de 26 de junio de 2007, *Ordre des barreaux*, asunto C-305/05, Rec. 2007, p. 5305, apartado 37. No obstante, tampoco debe llegarse a un exceso de entusiasmo en este sentido, pues, como el TJUE ha recordado recientemente, el artículo 6.3 TUE no extiende al CEDH las características propias del Derecho de la Unión de primacía y efecto directo sobre los derechos nacionales, ni en modo alguno determina cuáles han de ser las relaciones entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, véase la Sentencia de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, cit. *supra*, apartados 60-63.

³⁷ Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department y M.E. y otros c. Refugee Applications Commissioner*, cit. *supra*.

En la medida en que en virtud del artículo 15 CEDH hay algunos de sus derechos que no admiten derogación bajo ninguna circunstancia, parece difícil que pueda denegárseles eficacia directa en el ordenamiento jurídico de la Unión: se trata del derecho a la vida (salvo acto lícito de guerra)³⁸, de la prohibición de tortura (que incluye la prohibición de *refoulement*)³⁹, de la prohibición de esclavitud o servidumbre o del principio *nulla poena sine praevia lege*, todos ellos contenidos, además, en la CDFUE. También parecen disposiciones susceptibles de contener obligaciones suficientemente claras, precisas o incondicionales entre otras las relativas a un proceso equitativo, al derecho a un recurso efectivo o la prohibición de discriminación⁴⁰.

La existencia de un mecanismo jurisdiccional obligatorio como es el TEDH, encargado del control de la aplicación de las disposiciones del CEDH, así como de la determinación precisa, dinámica y evolutiva de su contenido a través de su jurisprudencia, es un elemento que puede aventurarse que influirá positivamente en el otorgamiento de eficacia directa a las disposiciones del CEDH. El mecanismo previsto para la supervisión de la ejecución y cumplimiento de las sentencias del TEDH en el artículo 46 CEDH, de naturaleza intergubernamental a través del Comité de Ministros, no parece en principio admitir margen para las transacciones entre las partes contratantes como ocurre en la solución de diferencias en el seno de la OMC.

³⁸ La CIJ ha confirmado el carácter inderogable incluso en tiempo de guerra del derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, correspondiendo al Derecho internacional humanitario la labor de determinar en el marco de los conflictos armados qué supuestos constituyen una privación arbitraria del derecho a la vida, debe verse su Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, *Licitud de la Amenaza o del Empleo de Armas Nucleares*, cit. *supra*, p. 240, apartado 25.

³⁹ El TJUE indirectamente ya ha admitido el carácter inderogable de algunos de estos derechos recogidos en el CEDH, véase la Sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger c. República de Austria*, asunto C-112/00, Rec. 2003, p. I-5659, apartado 80.

⁴⁰ En términos contundentes e ilustrativos se ha pronunciado de modo favorable a la eficacia directa de las provisiones del CEDH el antiguo Abogado General Jacobs: «*What does it seem clear beyond doubt, as regards the internal legal effects of accession to the Convention and protocols, is that the provisions of the Convention and protocols laying down individual rights and freedoms would be accepted as having direct effect. Such provisions could indeed be regarded as the archetype of provisions having direct effect. That would be so notwithstanding the flexibility of some of the provisions, for example the element of discretion conferred on states by the notion of a "margin of appreciation" used by the Strasbourg Court*», JACOBS, F. G., «The Internal Legal Effects of the EU's International Agreements and the Protection of Individual Rights», *op. cit.*, p. 542. Dicha afirmación no obsta para que disposiciones del CEDH que se refieren a libertades individuales cuyo ejercicio presenta necesariamente carácter colectivo también puedan gozar de eficacia directa en el ordenamiento de la Unión, éste es el caso de las libertades de reunión pacífica y de asociación recogidas en su artículo 11.

En cualquier caso, más que la naturaleza del mecanismo jurisdiccional encargado del control del CEDH y más allá del sistema del acuerdo internacional evaluado desde una perspectiva global, los factores que inducen en mayor medida a pensar que el TJUE no otorgará eficacia directa a las sentencias del TEDH son: en primer lugar, que todos los Estados miembros no han llegado tan lejos, por lo que dicho reconocimiento unilateral por parte del TJUE tendría consecuencias inesperadas y de extremo alcance en los ordenamientos internos de los Estados miembros⁴¹; en segundo lugar, cabe pensar que el otorgamiento de eficacia directa a las sentencias del TEDH en el ordenamiento de la Unión atenta de lleno contra la autonomía del mismo que con sumo celo trata de salvaguardar el TJUE en su labor de *gatekeeper* que no sólo de *door opener* hacia el Derecho internacional.

Por último, debe tenerse en cuenta que el TJUE ha limitado hasta la fecha el efecto directo y el potencial de las normas consuetudinarias en el control de la legalidad de la actuación de las instituciones comunitarias al supuesto del *error manifesto*, exigiendo, al parecer de modo similar que para el caso

⁴¹ Piénsese que no todos los jueces nacionales ordinarios y constitucionales de los Estados miembros llegan tan lejos como a inaplicar o dejar sin validez una norma interna por no ser compatible con la jurisprudencia del TEDH, ni todos los ordenamientos de los Estados miembros permiten la reapertura de los procedimientos o la revisión de resoluciones judiciales firmes, en materia penal, en caso de violaciones graves del CEDH declaradas por el TEDH. Véase MARTINICO, G., «Is the European Convention Going to Be “Supreme”? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts», *loc. cit.* No obstante, cuando el TEDH declara la aplicación de una legislación interna no conforme con el CEDH, en otro caso similar, los tribunales internos estarían obligados a no aplicar esa misma norma interna, aplicando en su lugar la jurisprudencia del TEDH. En el caso del Tribunal Constitucional español debe recordarse su Sentencia 303/1993, de 25 de octubre, en cuyo Fundamento Jurídico n.º 8 el Tribunal señaló que la jurisprudencia del TEDH no sólo constituye un criterio hermenéutico esencial para la interpretación de los preceptos constitucionales relativos a la tutela de los derechos fundamentales por la vía del artículo 10.2 de la Constitución española, sino que llegó incluso a afirmar que ésta resulta de *aplicación inmediata* en el ordenamiento interno. Ahora bien, tampoco deben sobrevalorarse estas palabras ya que la ejecución *stricto sensu* de una sentencia del TEDH, que exija la anulación o revisión de una resolución judicial firme de los tribunales españoles, se limita aún a día de hoy al excepcional caso *Bultó*. En este caso, tras una serie de intervenciones del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, el Tribunal Constitucional, en amparo, anuló resoluciones de los tribunales ordinarios ordenando la retroacción de actuaciones procesales, para restituir a los demandantes en el disfrute efectivo del derecho fundamental cuya violación había constatado el TEDH. Sobre este asunto véase ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó (Comentario a la STC 245/1991, de 16 de diciembre)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 19, n.º 1, 1992, pp. 139-164. En el caso de Francia puede verse DE GOUTTES, R., «La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la Cour Européenne des Droits de l’Homme», en *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan —Libertés, Justice, Tolérance—*, vol. I, Bruylant, Bruselas, 2004, pp. 563-578.

de las disposiciones de los acuerdos internacionales, la suficiente claridad, precisión e incondicionalidad en su mandato jurídico⁴².

⁴² Véanse la Sentencia de 16 de marzo de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, cit. *supra*; asimismo la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros c. Secretary of State for Energy and Climate Change*, cit. *supra*, apartado 110. En este último caso el TJUE admite que lógicamente un principio de derecho consuetudinario no reviste el mismo grado de precisión que una disposición de un acuerdo internacional, por ello el control jurisdiccional se limita a apreciar si las instituciones en adopción de un acto han cometido un error manifiesto en relación con tales principios generales del derecho internacional consuetudinario. Una opinión según la cual en *Racke* se admitió la revisión de la validez de un acto comunitario a la luz de una norma consuetudinaria carente de eficacia directa, puede verse en VAN ROSSEM, J. W., «Interaction between EU Law and International Law in the Light of *Intertanko* and *Kadi*: The Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community», *loc. cit.*, p. 215. En el mismo sentido se pronuncia GIANELLI, A., «Customary International Law in the European Union», *op. cit.*, p. 104.

PARTE TERCERA

LA EJECUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA
DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS
SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD Y DEL CONVENIO
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO VII

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA LA UNIÓN EUROPEA Y SU ORDENAMIENTO JURÍDICO

I. CONSIDERACIONES INICIALES: REPARTO DE LOS EFECTOS DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS

La Unión Europea, en cuanto parte en la Convención al haber depositado el 23 de diciembre de 2010 su instrumento de confirmación oficial, queda obligada como sujeto de derecho internacional a implementar las disposiciones de la Convención tal y como señaló la CIJ en su Opinión Consultiva de 20 de diciembre de 1980¹. La Unión debe actuar de buena fe con arreglo al principio *pacta sunt servanda* establecido por la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 26².

La CDPD es un *acuerdo mixto*³ en la medida en que su ámbito material recae sobre ciertas competencias de naturaleza compartida entre la Unión y

¹ Opinión Consultiva de la CIJ de 20 de diciembre de 1980, *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto*, Rec. 1980, pp. 89-90, apartado 37.

² El TJUE reconoció el carácter de principio fundamental del ordenamiento jurídico internacional de este principio en la Sentencia de 16 de marzo de 1998, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, cit. *supra*, apartado 49.

³ El régimen de los acuerdos mixtos no puede ser abordado con exhaustividad en el presente trabajo, pero puede consultarse en: HILLION, C. y KOUTRAKOS, P., *Mixed Agreements Revisited-The EU and its Member States in the World*, Hart Publishing, 2010; véase también WESSEL, R. A., «The EU as a Party to international agreements: shared competences, mixed responsibilities», en DASHWOOD, A. y MARESCEAU, M., *Law and Practice of EU External Relations*, Cambridge University Press, 2008, pp. 152-187; asimismo ROSAS, A., «The European Union and Mixed Agreements», en DASHWOOD, A. y HILLION, C., *The General Law of E.C. External Relations*, Sweet & Maxwell, Londres, 2001, pp. 200-220.

sus Estados miembros; por lo tanto, la Convención debe ser implementada conjuntamente por la Unión y sus Estados miembros con arreglo al principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE)⁴.

Desde el punto de vista del derecho de la Unión, la responsabilidad *ad intra* a la hora de implementar la Convención se regirá por la delimitación de competencias entre la Unión y sus Estados miembros, en la cual la última palabra corresponde al TJUE⁵; mientras que desde el punto de vista del Derecho internacional, la responsabilidad internacional pasiva se regirá en principio por la declaración de competencias —sujeta a evolución— realizada con arreglo al artículo 44.1 de la Convención que se contiene en la Decisión del Consejo relativa a la conclusión de la CDPD⁶, en la que se explicita en qué grado (exclusivo, compartido, suplementario) la Unión ha recibido la transferencia por parte de los Estados miembros para ejercer las competencias sobre las materias regidas por la Convención.

En cualquier caso, esta declaración de competencias no es suficientemente precisa para efectuar un deslinde perfecto y tajante entre las áreas de la CDPD cuya implementación corresponde a la Unión y aquellas que son puramente estatales. Además, en virtud del artículo 44.1, la Unión queda obligada a comunicar al depositario del instrumento de confirmación oficial de la Convención cualquier modificación sustancial en su grado de competencia, algo que sin duda ocurrirá dependiendo de la intensidad con que la Unión legisle en áreas cubiertas por la CDPD. Como se dijo en el Capítulo I al hablar de la participación de la Unión en la conclusión de este tratado, se trata de un *acuerdo mixto incompleto*, en la medida en que algunos Estados miembros siguen sin ratificar la CDPD y, por tanto, las obligaciones en materia de derechos de las personas con discapacidad que reciben por vía del Derecho de la Unión están en abierta asimetría con aquellas que han asumido en virtud de su núcleo de soberanía de ejercicio puramente estatal⁷.

⁴ Con carácter general, J. LASO PÉREZ, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Colex, Madrid, 2000.

⁵ No en vano, el TJUE tuvo ocasión de anular en el marco del EURATOM un párrafo de la declaración de competencias realizada por la entonces Comunidad Europea de la Energía Atómica por imperativo de la Convención sobre Seguridad Nuclear, véase la Sentencia de 10 de diciembre de 2002, *Comisión c. Consejo*, asunto C-29/99, Rec. I-11221.

⁶ Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, cit. *supra*. Sobre el modo en que se reparten los efectos obligatorios entre la Unión Europea y sus Estados miembros de un acuerdo internacional mixto que incorpora una declaración de competencias debe verse, NEFRAMI, E., *L'Action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, op. cit., pp. 102-107.

⁷ En la fecha de cierre del presente trabajo, Finlandia, Irlanda y Países Bajos, siguen sin ratificar la CDPD, véase <http://www.un.org/spanish/disabilities/countries.asp?navid=18&pid=578>

Dado el carácter artificial y en cierto modo simplificador de la declaración de competencias y dada la naturaleza concurrente de la competencia en un importante ámbito material como es la no discriminación por razón de discapacidad en el empleo y la ocupación, resulta imprescindible para una adecuada implementación de la CDPD en el ordenamiento jurídico de la Unión que todos los Estados miembros ratifiquen la Convención, dirigiéndose de este modo la Unión al cumplimiento de su ambicioso objetivo de combatir la exclusión social y la discriminación (art. 3.3 TUE)⁸. De otro modo, la *probatio diabolica* que resulta de demostrar a quién corresponde con certeza la competencia en un área material cubierta por la CDPD para poder exigir responsabilidad en caso de incumplimiento por omisión de las obligaciones impuestas por este acuerdo internacional, sólo redundaría en detrimento precisamente del grado de realización de los derechos de las personas con discapacidad; máxime teniendo en cuenta que la propia Unión Europea sigue sin obligarse en relación con el Protocolo Facultativo para otorgar al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la competencia para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetas a su jurisdicción.

Como Wessel señala no hay razón que permita concluir que el razonamiento del TJUE en el asunto *Haegeman*⁹ no sea extensible a los acuerdos celebrados por la Unión Europea —del mismo modo que se aplicaba a los acuerdos celebrados por las Comunidades Europeas—. Por tanto, los acuerdos concluidos por la Unión forman parte integrante desde su entrada en vigor de su ordenamiento jurídico¹⁰. Los Estados miembros quedan obligados a respetar los acuerdos celebrados por la Unión especialmente con arreglo al Derecho de la Unión; es decir, debido al ejercicio del *ius ad tractatum* de la Unión contraen una obligación no sólo sus instituciones, sino también los Estados miembros, como señala el nuevo artículo 216.2 TFUE¹¹.

En aquellas materias recogidas en la Convención que pertenezcan a la competencia de la Unión (sea ésta exclusiva o compartida con los Estados miembros), como el TJUE recientemente ha recordado, los Estados miembros quedan obligados por el principio de cooperación leal en la implementación de las obligaciones contraídas: existe un deber de cooperación estre-

⁸ SANTOS VARA, J., «Las implicaciones de la participación de la Unión Europea en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (dir.), y GARRIDO MUÑOZ, A. (coord.), *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, Iustel, Madrid, 2011, p. 387.

⁹ Sentencia de 30 de abril de 1974, *Haegeman*, cit. *supra*, apartado 5.

¹⁰ WESSEL, R. A., «The EU as a Party to international agreements: shared competences, mixed responsibilities», *op. cit.*, p. 182.

¹¹ Vid. Sentencia de 26 de octubre de 1982, *Kupferberg*, cit. *supra*, p. 3641, apartado 13.

cha entre ellos y las instituciones de la Unión con objeto de facilitar la misión de la Unión y el cumplimiento de los fines señalados por los Tratados¹² —en particular el artículo 10 TFUE—.

Mientras que en aquellas materias regidas por la Convención cuya implementación corresponda en exclusiva a la competencia de los Estados miembros, al tratarse de un ámbito cubierto por el Derecho de la Unión —pues como se ha expuesto los acuerdos celebrados por la Unión forman parte integrante de su ordenamiento— rige el principio que el TJUE ha recordado en el asunto *Rottmann*: «[...] el hecho de que una materia sea competencia de los Estados miembros no obsta para que, en situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión, las normas nacionales de que se trate deban respetar este último»¹³.

Difícilmente, pueden los Estados miembros cumplir con el mandato de cooperación leal si no ratifican ellos también la CDPD y ponen en marcha las políticas, acciones, medidas legislativas y administrativas (art. 4 de la Convención) necesarias para cumplir con las obligaciones que de la misma se derivan: los objetivos de la Convención que recaen en áreas de competencia compartida no pueden lograrse sino mediante una acción coordinada, complementaria y cumulativa de la Unión y sus Estados miembros, en este sentido la ratificación por todos y cada uno de ellos de la Convención parece como se ha señalado necesaria.

Al mismo tiempo debe admitirse que tanto la consecución de los objetivos de la Unión como el deber de cooperación leal reducen el margen discrecional de soberanía que los Estados miembros tienen para concluir o no este acuerdo internacional. No obstante, persisten dudas acerca de si la significación y alcance jurídico del deber de cooperación leal son o no de tal magnitud en el ordenamiento de la Unión como para acarrear la constatación de su infracción y la imposición de sanciones a manos de la Comisión Europea y del TJUE (arts. 258-260 TFUE) en caso de no proceder un Estado miembro a la ratificación de la CDPD. Aunque no debe olvidarse que existen condenas a Estados miembros por infracción de este principio¹⁴, la Comisión sigue ostentando un poder discrecional para elevar o no un asunto al conocimiento del TJUE.

¹² Sentencia de 20 de abril de 2010, *Comisión c. Suecia*, cit. *supra*, apartados 69-75.

¹³ Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Rottmann c. Freistaat Bayern*, asunto C-135/08, Rec. 2010, p. 1449, apartado 41.

¹⁴ Por ejemplo, en la Sentencia de 20 de abril de 2010, *Comisión c. Suecia*, cit. *supra*; o en la Sentencia de 30 de marzo de 2006, *Comisión c. Irlanda (Mox)*, cit. *supra*.

II. EXIGENCIAS DE LA UNIDAD DE REPRESENTACIÓN INTERNACIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA Y DIRECTRICES PARA LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN: LA ADOPCIÓN DE UN CÓDIGO DE CONDUCTA

Con anterioridad al depósito del instrumento de confirmación oficial de la CDPD por parte de la Unión Europea, fue adoptado un Código de conducta entre el Consejo, los Estados miembros y la Comisión, al objeto de esclarecer tanto la aplicación por la Unión Europea de las disposiciones de la Convención como la representación de la Unión en el marco institucional de la misma¹⁵. El Código de conducta parte del principio primordial de reafirmar la función centralizadora de la Comisión Europea para la aplicación de las disposiciones de la Convención en las cuestiones que incumban a la Unión por razón de competencia¹⁶. Para la aplicación de las disposiciones de la CDPD y para la unidad de representación exterior de la Unión y sus Estados miembros en el marco de los órganos creados por la Convención el Código reafirma la necesidad de estrecha cooperación entre las instituciones de un lado, de otro lado de los Estados miembros y por supuesto un correcto ensamblaje del conjunto: es decir, se requiere la combinación sinérgica de la cooperación interinstitucional e intergubernamental al máximo nivel, con arreglo a los principios de subsidiariedad y respeto a la atribución de competencias¹⁷. Las reglas relativas a la colaboración y coordinación de la Unión Europea y sus Estados miembros tanto para la aplicación de la CDPD como para la participación en sus respectivos órganos de control aparecen detalladas en este Código de conducta:

a) En áreas de la Convención donde la competencia bien de los Estados, bien de la Unión, tiene alcance exclusivo se establece una obligación de conducta de que bien los Estados o bien la Unión coordinen sus posiciones/adopten una posición propia de la Unión, respectivamente. La Comisión Europea ejercerá el derecho de voto en la Conferencia de los Estados Partes en

¹⁵ Código de conducta entre el Consejo, los Estados miembros y la Comisión por el que se establecen disposiciones internas para la aplicación por la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y para la representación de la Unión Europea en dicha Convención, *DOUE* Serie C 340/11, de 15 de diciembre de 2010.

¹⁶ *Ibid.*, punto 11.

¹⁷ Este Código de conducta reafirma la jurisprudencia del TJUE relativa al deber de cooperación leal en materia de relaciones exteriores en otros casos donde habían sido adoptados códigos de conducta. Véanse las Sentencias de 19 de marzo de 1996, *Comisión c. Consejo*, asunto C-25/94, Rec. 1996, p. I-1469; y de 30 de marzo de 2006, *Comisión c. Irlanda (Mox)*, cit. *supra*.

aquellos asuntos pertenecientes a la competencia exclusiva de la Unión siempre que se hayan acordado posiciones comunes.

b) En aquellos ámbitos donde la Unión comparte competencia con los Estados miembros o presenta una competencia de apoyo, complementaria o de coordinación, se establece que los Estados miembros y la Unión procurarán elaborar posiciones comunes, de cara por ejemplo a la adopción de actos legislativos para luchar contra la discriminación por razón de discapacidad fundados en el artículo 19 TFUE. Para clarificar el reparto de competencias a la hora de participar en los órganos creados por la Convención se prevé la posibilidad de convocar reuniones de coordinación de la Comisión y de los Estados miembros, a iniciativa de la Presidencia del Consejo de la Unión, de la Comisión Europea o de un Estado miembro. Ante la posibilidad de que no pueda efectuarse un deslinde limpio de competencias en ciertas áreas de la CDPD, se prevé un criterio abierto para determinar a quién corresponderá presentar las posiciones comunes: cuando la materia corresponda a un ámbito de competencia preponderantemente correspondiente a la Unión se encargará la Comisión Europea; si la materia pertenece preponderantemente a la competencia de los Estados miembros se encargará bien la Presidencia del Consejo bien un Estado miembro. Para el ejercicio del voto en la Conferencia de los Estados Partes, la Comisión Europea lo hará en relación con los asuntos de competencia compartida que pertenezcan preponderantemente a la competencia de la Unión, siempre que se hayan alcanzado posiciones comunes. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.4 CDPD, la Unión tendrá derecho a un número de votos correspondiente al número de Estados miembros que hayan ratificado la Convención. Por último, en ausencia de posiciones comunes, serán los Estados miembros quienes ejerzan el derecho de voto y lo harán *«en el ámbito de su competencia a condición de que su posición sea coherente con las políticas de la Unión y se ajuste al Derecho de la Unión»*.

Del mismo modo, en el Código de conducta se prevé que junto con los candidatos que los Estados miembros puedan proponer para su designación como expertos integrantes del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con arreglo al artículo 34.5 CDPD, la Unión pueda proponer un candidato propio *«sobre la base de una propuesta de la Comisión que deberá ser aprobada por consenso por los Estados miembros dentro del grupo competente del Consejo»*.

En lo que respecta a la presentación periódica de informes al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exigida por el artículo 35 CDPD¹⁸, se ha previsto que la Unión prepare el informe en relación con

¹⁸ A finales de 2012, la Unión debía hacer llegar al Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad por conducto del Secretario General de Naciones Unidas un infor-

aquellos asuntos que pertenezcan a su competencia exclusiva o cuando pertenezcan preponderantemente a su competencia. Del resto de materias serán los Estados miembros quienes emitan sus informes. No obstante, se prevé que los Estados miembros y la Comisión se transmitan recíprocamente sus informes antes de presentarlos al Comité, así como que se asistan mutuamente durante la supervisión ante el mismo.

El propio Código de conducta da aplicación al artículo 33.1 de la Convención y forma parte de los mecanismos de coordinación a los que éste alude. En aplicación de este mismo precepto existe un Grupo de Alto Nivel en materia de discapacidad compuesto por representantes de los Estados miembros, entre los que se encuentran integrantes de la sociedad civil y de las organizaciones que representan a las personas con discapacidad tal y como exige el artículo 33.3 CDPD¹⁹. Por otra parte sigue pendiente el establecimiento de un marco integrado que incluya uno o varios mecanismos independientes para promover y supervisar la aplicación de la Convención, en cumplimiento de lo dispuesto en su artículo 33.2.

En definitiva, el Código de conducta es un instrumento idóneo para regular las directrices que han de presidir la aplicación de la Convención en el ordenamiento de la Unión, así como su representación externa en el seno de los órganos creados por ella.

III. EJECUCIÓN NORMATIVA Y JUDICIAL DE LA CONVENCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA

Desde mediados de la década de los noventa, a través de los Fondos Estructurales y en particular del Fondo Social Europeo, fueron puestos en marcha diferentes programas e iniciativas comunitarias con el objeto de prestar asistencia financiera a proyectos que facilitaran y promovieran la integración, especialmente en el ámbito del empleo, de personas con algún tipo de discapacidad²⁰. Antes de esa fecha, en la legislación comunitaria se encuen-

me sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Convención.

¹⁹ La creación de este Grupo de Alto Nivel se previó en la Comunicación de la Comisión sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía de 30 de julio de 1996, cit. *supra*. Puede consultarse este informe elaborado por el Grupo de Alto Nivel sobre el proceso de implementación de la Convención: *Fourth Disability High Level Group Report on the Implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, mayo de 2011, disponible en: http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/dhlg_4th_report_en.pdf

²⁰ BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., pp. 252-266. En detalle sobre la aplicación de los Fondos Estructurales a este tipo de medidas durante la década de los noventa puede consultarse, la Comunicación de la Comisión sobre la

tra alguna mención puntual e incipiente a las necesidades de acomodación de los lugares de trabajo para los trabajadores con discapacidad²¹. Tras la introducción en el Tratado de Ámsterdam de una nueva base jurídica en el artículo 13 TCE que permitía a las instituciones la adopción de actos legislativos para luchar contra la discriminación entre otros motivos por razón de discapacidad, fue adoptada la Directiva 2000/78, que fue uno de los principales detonantes de que la Unión Europea se decidiera a participar en la elaboración de una convención multilateral sobre los derechos de las personas con discapacidad²².

Con posterioridad fue adoptado el Reglamento 2204/2002/CE, de la Comisión, relativo a las ayudas estatales al empleo: en él se autorizaba a los Estados miembros a financiar hasta el 60 por 100 del coste salarial anual bruto y de las cotizaciones obligatorias a la seguridad social cuando una empresa contrataba de forma permanente a un trabajador con discapacidad²³. Este régimen jurídico expiró a finales de junio de 2008, y fue entonces sustituido por otro Reglamento²⁴. En ambos casos la definición de «trabajadores discapacitados» contenida en estos instrumentos, es de dudosa compatibilidad con el espíritu de la nueva Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; no sólo desde el punto de vista semántico, sino también sustantivo, al poner el énfasis en los daños físicos, mentales o psicológicos que padece la persona con discapacidad, reflejando un modelo médico tradicional hacia la discapacidad contrario al enfoque so-

Igualdad de Oportunidades de las Personas con Minusvalía de 30 de julio de 1996, cit. *supra*, puntos 52-58.

²¹ Directiva 89/654/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo, *DOUE* Serie L 393/1, de 30 de diciembre de 1989, artículo 20.

²² Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cit. *supra*.

²³ Reglamento 2204/2002/CE de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo, *DOUE* Serie L 337/3, de 13 de diciembre de 2002. En este Reglamento también se autorizaba a los Estados a financiar hasta un 50 por 100 idénticos costes que para los trabajadores discapacitados para el supuesto de los trabajadores desfavorecidos entre los que se encuentran los miembros pertenecientes a una minoría étnica existente en un Estado miembro. Este régimen jurídico ha estado en vigor hasta el 30 de junio de 2008, véase el Reglamento 1976/2006/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2006, por el que se modifican los Reglamentos 2204/2002/CE, 70/2001/CE y 68/2001/CE por lo que respecta a la prórroga de sus períodos de aplicación, *DOUE* Serie L 368/85, de 23 de diciembre de 2006.

²⁴ Reglamento 800/2008/CE de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado (Reglamento general de exención por categorías), *DOUE* Serie L 214/3, de 9 de agosto de 2008.

cial que caracteriza a la filosofía de la Convención²⁵. Por lo demás, ambos instrumentos consideran como «*trabajadores discapacitados*» a quienes merezcan tal consideración en la legislación nacional.

En 2003, además de proclamarse el «*Año Europeo de las Personas con Discapacidad*»²⁶, fue adoptado un plan de acción europeo en materia de discapacidad tendente al logro de la igualdad de oportunidades, que introdujo una nueva orientación para las políticas de gasto público pensando en su viabilidad a medio y largo plazo: se trataba de potenciar las medidas activas en el mercado de trabajo para lograr la inclusión de las personas con discapacidad y evitar así la dependencia duradera y exclusiva de estas personas en relación con prestaciones sociales meramente pasivas²⁷. Complementaria de este plan de acción resulta la Comunicación que un año antes había presentado la Comisión Europea sobre la responsabilidad social de las empresas, dirigida entre otros objetivos a lograr la igualdad de oportunidades laborales para las personas con discapacidad²⁸.

En 2004, con el fin de favorecer la libre circulación de las personas con discapacidad la Comisión se comprometió a reducir el número de prestaciones por invalidez que no son exportables de un Estado miembro a otro²⁹.

En 2005, la Comisión Europea lanzó un Libro Verde encaminado a la futura adopción de una estrategia de la Unión Europea en materia de salud mental para reducir la estigmatización y tradicional discriminación que las personas con discapacidad psíquica o intelectual han venido sufriendo en

²⁵ Véase sobre el paso del enfoque médico hacia el enfoque social en materia de discapacidad que incorpora la CDPD, CARDONA LLORENS, J. y SANJOSÉ GIL, A., «Un cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad», en SANZ CABALLERO, S. y FERRER LLORET, J. (eds.), *La protección internacional y europea de los grupos vulnerables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 165-207.

²⁶ Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad, *DOUE* Serie L 335/15, de 19 de diciembre de 2001.

²⁷ Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, cit. *supra*, pp. 16-20. Véase MANGAS MARTÍN, A., «Comentario artículo 26. Integración de las Personas Discapacitadas», en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coord.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 465.

²⁸ Comunicación de la Comisión, de 2 de julio de 2002, relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible, COM (2002) 347 final, p. 21.

²⁹ Reglamento 883/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, *DOUE* Serie L 166/1, de 30 de abril de 2004. Véase igualmente el Reglamento 987/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004/CE sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, *DOUE* Serie 284/1, de 30 de octubre de 2009.

diferente grado e intensidad en los Estados miembros³⁰. El propósito de la Comisión Europea era iniciar un debate con las demás instituciones europeas, los Estados miembros, así como con la sociedad civil, incluyendo a profesionales de la sanidad, a pacientes y a la comunidad investigadora, de cara a formular una estrategia que pudiera mitigar la incidencia de enfermedades mentales en la población, teniendo en cuenta su elevado coste en términos no sólo humanos y sociales, sino también financieros. Lo cierto es que esta estrategia no ha dado como fruto hasta la fecha ningún acto de contenido normativo, como lamentaba el pleno del Parlamento Europeo en una resolución de 2009³¹. Por su parte, el Consejo de la Unión Europea en 2011, en sus conclusiones sobre el Pacto Europeo para la Salud y el Bienestar Mental, se limita a constatar hechos obvios como que los problemas de salud mental y los trastornos psíquicos repercuten negativamente en la economía, se traducen en pérdidas de productividad y en un coste (de nuevo económico) para las empresas³². Ello al mismo tiempo que se recomienda a los Estados miembros dar prioridad a la salud mental en sus políticas de salud y bienestar mental así como a poner en marcha estrategias para la prevención de la depresión y el suicidio³³.

Regresando a un orden cronológico, en el plano normativo debe destacarse la adopción en 2006 de un Reglamento relativo a los derechos de las personas de movilidad reducida en el transporte aéreo³⁴.

³⁰ Libro Verde de la Comisión, de 14 de octubre de 2005, Mejorar la salud mental de la población. Hacia una estrategia de la Unión Europea en materia de salud mental, COM (2005) 484 final.

³¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de febrero de 2009, sobre la salud mental [2008/2209(INI)] P6_TA (2009)0063. En este caso el Parlamento Europeo instó a todos los Estados miembros a la ratificación del Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de los adultos.

³² La Comisión Europea había animado a los Estados miembros a tener en cuenta en sus estrategias las necesidades de las personas con discapacidad psíquica en el ámbito laboral, véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 21 de febrero de 2007, Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), COM (2007) 62 final.

³³ Conclusiones del Consejo, El Pacto Europeo para la Salud y el Bienestar Mental: Resultados y actuación futura, *DOUE* Serie C 202/1, de 8 de julio de 2011. En este documento el Consejo se hace eco de la Resolución de la AGNU 65/95, de 1 de diciembre de 2010, sobre salud mundial y política exterior, A/RES/65/95. En el segundo plan comunitario en materia de salud para el período 2008-2013, apenas hay una mención a la discapacidad, en cualquier caso el enfoque es preminentemente preventivo de la aparición de enfermedades, véase la Decisión 1350/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se establece el segundo Programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud (2008-2013), *DOUE* Serie L 301/3, de 20 de noviembre de 2007.

³⁴ Reglamento 1107/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el trans-

El año 2007 fue proclamado «Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos»³⁵. Junto a él hallamos sendos programas plurianuales de la Unión Europea como el Plan de Acción sobre discapacidad y la Estrategia europea sobre discapacidad (2004-2010)³⁶ y la actual Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 que no ofrece detalle alguno sobre los resultados obtenidos con la anterior estrategia plurianual. La presente Estrategia contempla a nivel de las instituciones de la Unión y a nivel de coordinación de los Estados miembros ocho puntos de acción para la implementación de la Convención: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior³⁷. A caballo entre ambos períodos, y por tanto anticipándose a la entrada en vigor de la CDPD para la Unión Europea, está el denominado programa PROGRESS (2007-2013) que persigue facilitar la asistencia financiera a proyectos relativos al empleo, protección e inclusión social, la no discriminación y diversidad, teniendo en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad³⁸. En el marco de este programa se creó el *Academic Network of European Disability Experts (ANED)* en diciembre de 2007, que se encarga de colaborar con la Comisión Europea en materia de discapacidad y ha suministrado un análisis crítico de algunos instrumentos pertenecientes al derecho derivado de las instituciones europeas para facilitar las modificaciones necesarias de cara a la implementación adecuada de la CDPD³⁹.

La implementación de la CDPD en el ordenamiento de la Unión *prima facie* debería haber supuesto como primera medida la adopción de un acto

porte aéreo, cit. *supra*. Véase BIEL PORTERO, I., «Los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida en el transporte aéreo. Comentario al Reglamento (CE) n.º 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006», cit. *supra*.

³⁵ Decisión 771/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, por la que se establece el Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos (2007) - Hacia una sociedad justa, *DOUE* Serie L 146/1, de 31 de mayo de 2006.

³⁶ Dicho plan plurianual fue previsto en la Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, cit. *supra*.

³⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones, sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras, de 15 de noviembre de 2010, cit. *supra*.

³⁸ Decisión 1672/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006, por la que se establece un programa comunitario para el empleo y la solidaridad social, Progress, *DOUE* Serie L 315/1, de 15 de noviembre de 2006.

³⁹ Véase una panorámica de catorce sectores diferentes del ordenamiento de la Unión Europea analizados desde el prisma de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, WADDINGTON, L. (coord.), *European Law and Policy: Annotation of Selected Legal Instruments*, Academic Network of European Disability experts (ANED), University of Leeds, noviembre 2010.

legislativo sobre la base del artículo 19 TFUE dirigido en exclusiva a regular los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento de la Unión. En este sentido cabe resaltar que, como consecuencia de una campaña puesta en marcha en 2007 por el Foro Europeo de la Discapacidad —plataforma no gubernamental—, se recogieron por toda Europa más de 1.300.000 firmas invitando a las instituciones de la Unión Europea a estudiar esta opción de legislación específica en materia de discapacidad⁴⁰. La respuesta más semejante a adoptar un instrumento normativo integral en materia de discapacidad por parte de las instituciones de la Unión Europea es la presentación de una propuesta de Directiva por la Comisión Europea en 2008 para la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, sin estar limitada al ámbito del empleo y la ocupación tal y como la Convención exige⁴¹. Se pretende extender el principio de no discriminación y también establecer derechos subjetivos para las personas con discapacidad más allá de las limitaciones de la Directiva 2000/78⁴². Al ser presentada la propuesta con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Parlamento Europeo únicamente debía ser consultado (art. 13 TCE), no siendo necesaria su aprobación como ocurre con el nuevo artículo 19 TFUE⁴³. Finalmente, se optó por un instrumento conjunto de armonización para luchar contra diversos tipos de discriminación, aunque, como la propia Comisión, advierte algunos sectores y ONG habían mostrado su preferencia du-

⁴⁰ BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., p. 264.

⁴¹ Propuesta de Directiva del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de 2 de julio de 2008, cit. *supra*. Esta Directiva pretendería equiparar el grado de protección otorgado contra la discriminación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al grado de protección contra la discriminación por origen racial o étnico que consolida la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, *DOUE* Serie L 180/22, de 19 de julio de 2000. Véase CLIFFORD, J., «The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law», *The Equal Rights Review*, vol. 6, 2011, p. 19. Con carácter general sobre la propuesta debe verse, WADDINGTON, L., «Future Prospects for EU Equality Law: Lessons to be Learnt from the Proposed Equal Treatment Directive», *European Law Review*, vol. 36, n.º 2, 2011, pp. 163-184.

⁴² Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cit. *supra*.

⁴³ Véase la posición del Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo especial para la adopción de la Directiva, en la que formula enmiendas a la propuesta de la Comisión: Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)], P6_TA(2009)0211, *DOUE* Serie C 137 E/68, de 27 de mayo de 2010.

rante las consultas por un instrumento específico para luchar contra la discriminación hacia las personas con discapacidad⁴⁴. La propuesta de la Comisión extiende la obligación de establecer ajustes razonables para evitar la discriminación y promover la igualdad de trato hacia las personas con discapacidad en el acceso efectivo a los siguientes ámbitos: la protección social, los beneficios sociales, la asistencia sanitaria, la educación y el acceso a bienes y servicios y su suministro (con disposiciones particulares para la banca y el sector de las aseguradoras⁴⁵), incluyendo la vivienda (art. 4). Nótese que el artículo 12.5 CDPD obliga a las partes a adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a acceder en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito bancario.

A la hora de establecer si la realización de ajustes razonables constituye una carga desproporcionada e inasumible, la propuesta presta particular atención a la situación de pequeñas y medianas empresas distinguiéndola frente a la situación de grandes empresas u organismos públicos, siendo más exigente con estos dos últimos. El texto presentado por la Comisión contiene asimismo disposiciones usuales en otros instrumentos de derecho derivado de la Unión para promover la igualdad como son: *a*) la inversión de la carga de la prueba cuando una persona perjudicada por la denegación de la igualdad de trato presente hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta (art. 8), o *b*) la introducción de medidas de acción positiva (art. 5).

Algunas de las cuestiones más criticadas del texto propuesto por la Comisión estriban en la oportunidad perdida para introducir una definición o guía hacia el concepto de discapacidad acorde con la Convención de Naciones Unidas, es decir, separándose del intento de definición realizado por el TJUE en el asunto *Chacón Navas*⁴⁶ que ha sido percibido como un regreso hacia el enfoque *médico*⁴⁷.

En *Chacón Navas* el TJUE señaló que el legislador comunitario al combatir la discriminación por razón de discapacidad en el marco de la Directiva 2000/78, estaba pensando en supuestos que obstaculizaban la participación

⁴⁴ Propuesta de Directiva del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, cit. *supra*, pp. 3-4.

⁴⁵ Véase el artículo 2 apartado 7 de la Propuesta: «[...] por lo que se refiere a la prestación de servicios financieros, los Estados miembros podrán decidir autorizar diferencias de trato ajustadas en caso de que, para el producto en cuestión, la consideración de la edad o la discapacidad constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos», *ibid*, p. 19.

⁴⁶ Sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, cit. *supra*.

⁴⁷ BELL, M., «Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission's 2008 Proposal for a New Directive», *The Equal Rights Review*, vol. 3, 2009, p. 8.

en la vida profesional durante un período de larga duración, excluyendo cualquier posibilidad de asimilación entre la simple enfermedad y la discapacidad⁴⁸. Por su parte, el órgano jurisdiccional remitente de la petición prejudicial había puesto el énfasis en la enfermedad como origen de deficiencias que pueden discapacitar al individuo, invocando para ello la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) adoptada en 2001 en el seno de la OMS⁴⁹. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha constatado que los Estados miembros, en la implementación de esta Directiva, sin apartarse de lo dicho por el TJUE en *Chacón Navas*, mantienen divergencias e indefinición en lo que respecta a la discapacidad intelectual⁵⁰. El TJUE ha hecho un esfuerzo considerable en la resolución del asunto *Ring y otros* para adaptar la definición de discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78/CE en relación con el articulado de la CDPD⁵¹.

De igual modo, resulta clave para la nueva Directiva propuesta la inclusión de una prohibición expresa de la discriminación por asociación con personas con discapacidad o basada en la suposición de la discapacidad⁵². Ambos aspectos (definición de discapacidad y discriminación por asociación) han sido abordados por el Parlamento Europeo en las enmiendas presentadas

⁴⁸ Sentencia de 11 de julio de 2006, *Chacón Navas c. Eures Colectividades S.A.*, cit. *supra*, apartados 44 y 45.

⁴⁹ La CIF establece la siguiente definición de discapacidad: «es un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una "condición de salud") y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)». Esta definición inspira ese cambio de paradigma en materia de discapacidad que se observa en la filosofía de la CDPD y configura la discapacidad como un fenómeno complejo y multidimensional que resulta de la interacción dinámica del individuo con un estado de salud y los factores contextuales (su entorno físico y social). Véase BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., pp. 40-42.

⁵⁰ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *The legal protection of persons with mental health problems under non-discrimination law*, 2011, p. 24. Disponible en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2011/legal-protection-persons-mental-health-problems-under-non-discrimination-law>

⁵¹ Sentencia de 11 de abril de 2013, *Ring y otros*, cit. *supra*, apartados 34-47.

⁵² *Ibid.* en la Sentencia de 17 de julio de 2008, *Coleman c. Attridge Law*, cit. *supra*, el TJUE había considerado contraria a la Directiva 2000/78/CE la discriminación padecida por un trabajador motivada por la discapacidad que padecía un hijo suyo, a quien dicho trabajador prodigaba la mayor parte de los cuidados que tal estado requería. Tal trato discriminatorio por asociación consideró el TJUE que era contrario a la prohibición de discriminación directa por razón de discapacidad. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha censurado en el Examen del informe presentado por España con arreglo al artículo 35 CDPD que no exista suficiente protección jurídica contra la discriminación por razón de asociación con una persona con discapacidad, véase Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España*, cit. *supra*, p. 3, apartado 19.

tras su consulta⁵³. Uno de los aspectos más celebrados de las modificaciones que el Parlamento Europeo introduce a la Directiva propuesta es que aborda por fin el fenómeno de la discriminación múltiple⁵⁴. Sería deseable que en el instrumento normativo finalmente adoptado se tenga presente la realidad de la discriminación múltiple. Como pone de relieve el Informe Mundial sobre la Discapacidad, el efecto de la discriminación por razón de discapacidad es más acentuado en aquellos grupos donde existe algún otro motivo de vulnerabilidad especial: la pertenencia a un grupo étnico minoritario, ser mujer o anciano, la escasez de recursos económicos o las dificultades en el acceso a la formación académica, son todos factores que amplifican la incidencia dañina en la persona de la discriminación por razón de discapacidad, pero no solo, pues dichos factores aislados o de forma concurrente están en numerosas ocasiones en la génesis y aparición de la propia discapacidad⁵⁵.

Un instrumento normativo basado en un enfoque de no discriminación y de ajustes razonables puede ser el que se acomode en mayor medida a las competencias atribuidas a la Unión Europea, pero por sí solo no basta para implementar las obligaciones dimanantes de la CDPD. Deben atacarse de forma decidida aquellos factores que están en el origen de la estigmatización y exclusión social de personas con discapacidad: la percepción social de la discapacidad ha entorpecido tradicionalmente el acceso a la educación inclusiva de personas con discapacidad⁵⁶, la ausencia de educación dificulta el acceso al empleo, sin empleo la asistencia sanitaria se obstaculiza... Del mismo modo la pobreza puede determinar la exclusión del acceso a la educación o dificultar el acceso a ella, siendo un factor que a su vez complica el acceso al empleo y a la sanidad, un factor que produce en última instancia un incremento notable del riesgo de que aparezca la discapacidad intelectual o mental en algún momento de la vida de la persona.

Lógicamente las dificultades se incrementan para las mujeres y también para personas con más de 65 años: la situación de la mujer es doblemente

⁵³ Véanse las enmiendas 17 y 41, respectivamente, a la propuesta de la Comisión, Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, cit. *supra*. Ésta es la definición de discapacidad propuesta formulada en términos abiertos e inclusivos: «Entre las personas con discapacidad se incluye a quienes sufren de discapacidades físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, en combinación con obstáculos de diverso tipo, bien en el entorno o en las actitudes, pueden dificultar su participación plena y efectiva en la sociedad, en pie de igualdad con los demás».

⁵⁴ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 2 de abril de 2009, cit. *supra*.

⁵⁵ Informe Mundial sobre la Discapacidad, Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial, 2011.

⁵⁶ Desde 1996 los Estados miembros vienen colaborando e intercambiando conocimientos en el ámbito de la educación especial con la creación de Agencia Europea para el Desarrollo de la Educación Especial, en la que participan además Islandia, Noruega y Suiza y que cuenta con el apoyo financiero de la Comisión Europea.

complicada puesto que suelen ocuparse en una mayor proporción (75 por 100) del cuidado de personas con discapacidad, y en ocasiones mujeres que en edades avanzadas requieren servicios de asistencia por razón de discapacidad, prestan ellas mismas a su vez cuidado y atención a otras personas con discapacidad⁵⁷.

Como ha puesto de manifiesto el Grupo de Alto Nivel en materia de discapacidad, apoyándose en las estadísticas que suministra Eurostat y que también sirven de referencia (en el marco de lo exigido por el art. 31 CDPD) a la Comisión Europea a la que pertenece este último, se estima que alrededor de un 10 por 100 de la población de los Estados miembros padece algún tipo de discapacidad. Además, las tasas de ocupación para personas con grados muy graves y graves de discapacidad son significativamente inferiores a las del resto de la población, a la par que la pobreza tiene en las personas con discapacidad una incidencia superior en un 70 por 100 a la que tiene por término medio en el resto de la población. Como se ha dicho el énfasis en lograr el acceso de las personas con discapacidad a todos los niveles de educación y posteriormente al mercado de trabajo puede ser la forma de romper el círculo vicioso pobreza-discapacidad y lograr aumentar el grado de inclusión de estas personas⁵⁸.

Si se tiene en cuenta que la incidencia y aparición de diversos tipos de discapacidad crece de un modo más que proporcional a la edad a partir de cierta edad (digamos por ejemplo 65 años), no debe perderse de vista la evolución previsible de la estructura demográfica de los 27 Estados miembros, que ha dado lugar a que se plantee la necesidad de estimular el período de permanencia de forma voluntaria en el trabajo más allá de la edad de jubilación como fórmula preventiva frente a la aparición de problemas de discapacidad en personas de la tercera edad: es decir, a la búsqueda de que la transición del trabajo a la jubilación se posponga en la medida de lo posible como respuesta al aumento de esperanza de vida media y al aumento de la edad media de la población en el contexto de la apremiante lucha por la sostenibilidad de las finanzas públicas, y también de la solidaridad intergeneracional⁵⁹.

Volviendo al terreno de la aplicación normativa de la CDPD, el principal bache para la adopción de esta nueva Directiva, que extendería en el ámbito del Derecho de la Unión la prohibición de discriminación por razón de discapacidad más allá del ámbito del empleo y de la ocupación, se encuentra

⁵⁷ Véase un artículo periodístico sobre dicho informe, MORÁN, C., «La pobreza lleva a la discapacidad y la discapacidad lleva a la pobreza», *El País*, 13 de enero de 2012.

⁵⁸ *Fourth Disability High Level Group Report on the Implementation of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, cit. *supra*, p. 98.

⁵⁹ Véase Eurostat, *Active ageing and solidarity between generations. A statistical portrait of the European Union 2012*, Luxemburgo, 2011.

precisamente en el procedimiento legislativo especial previsto en el artículo 19 TFUE para su adopción: dicho procedimiento requiere unanimidad en el Consejo de la Unión, por tanto, teniendo en cuenta que tal unanimidad no se ha producido entre los veintiocho a la hora de ratificar la CDPD, resulta fácil comprender que el acuerdo necesario en el seno del Consejo pueda demorar la adopción definitiva de este instrumento. Por otra parte, el deber de cooperación leal de los Estados miembros en el seno del Consejo de la Unión Europea no es de tal magnitud que les sea exigible llegar a un acuerdo unánime para permitir a la Unión Europea la consecución de sus objetivos en materia de lucha contra la discriminación por razón de discapacidad⁶⁰.

En cualquier caso, no deja de ser llamativo que buena parte del desarrollo de un acuerdo internacional que impone obligaciones de naturaleza mediata, como es la CDPD, se haga en el ordenamiento de la Unión a través de un tipo de norma como la Directiva que también presenta dicho carácter indirecto, de este modo se demora en un doble escalón jurídico la plasmación normativa final de las obligaciones dimanantes de este acuerdo internacional⁶¹.

En la Directiva 2012/29/UE, recientemente adoptada, para establecer un marco homogéneo de normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, se alude a la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad que sean víctimas tengan tanto acceso físico pleno a los locales donde tienen lugar los procesos penales, como accesibilidad a la información y posibilidad de comunicarse y ser oídos en un lenguaje adaptado a sus características personales. Del mismo modo se establece la obligación de garantizar a las personas con discapacidad el disfrute efectivo del conjunto de derechos comprendidos en la Directiva en pie de igualdad con los demás. Sin embargo, sorprendentemente la Directiva no alude en ningún momento a la necesidad de aplicar los principios y normas que contiene la CDPD⁶². No es casual que dicha mención a la CDPD sí se contuviera, en cambio, en la Propuesta de Directiva formulada por la Comisión Europea⁶³.

⁶⁰ LASO PÉREZ, J., *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, op. cit., p. 423. Al no existir una obligación de que el Consejo adopte medidas con anterioridad a un determinado límite temporal en el artículo 19 TFUE, y al no tratarse de un área donde la Unión posee la competencia exclusiva, debe descartarse la posibilidad de recurrir al recurso por omisión ante su inactividad con fundamento en el principio de cooperación leal.

⁶¹ ROLDÁN BARBERO, J., «La interacción entre las normas internas e internacionales en el acervo jurídico europeo», cit. *supra*, p. 708.

⁶² Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, cit. *supra*.

⁶³ Véase el vigesimoprimer considerando de la Propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los

A la hora de paliar las deficiencias que se hayan podido producir en los procesos nacionales de trasposición y aplicación de la Directiva 2000/78, podría resultar de utilidad que el TJUE reconociese en el ámbito del empleo y la ocupación como principio general del Derecho de la Unión la prohibición de discriminación por razón de discapacidad. Como se vio, este resultado también podría conseguirse dando eficacia directa a las disposiciones de la CDPD, aunque sería más difícil por esta vía conseguir la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de discapacidad en los litigios entre particulares. En cuanto al reconocimiento de un principio general que prohiba la discriminación por razón de discapacidad, en este caso tendría *a priori* menores dificultades que en el asunto *Mangold*⁶⁴, ya que el período de trasposición de la Directiva al derecho de los Estados miembros ya habría expirado. Dicho principio general obligaría a los Estados miembros cuando adaptan su ordenamiento jurídico al ordenamiento de la Unión (es decir cuando actúan como agentes de la Unión), en aquellos supuestos donde invocan una excepción al Derecho de la Unión y, por último, en aquellas situaciones cubiertas por una norma sustantiva del Derecho de la Unión que resulte de aplicación. Dentro de dicho ámbito de aplicación un principio general que prohíba la discriminación por razón de discapacidad en el empleo y la ocupación presentaría la ventaja de ser aplicable en litigios entre particulares⁶⁵. Ante el *impasse* en que se halla la propuesta de Directiva presentada en 2008 por la Comisión Europea podría ser una opción el reconocimiento por parte del TJUE de un principio general de no discriminación por razón de discapacidad más allá del ámbito del empleo y de la ocupación. No obstante, el TJUE se encontraría con el límite de respetar la distribución horizontal y vertical de poderes que fija el artículo 19 TFUE⁶⁶.

Está por ver si el TJUE efectúa el reconocimiento como principio general de la prohibición con carácter general de toda discriminación por razón de discapacidad apoyándose en el artículo 21 CDFUE. A consecuencia de la ratificación de la CDPD, las instituciones y especialmente el TJUE cuando tenga ocasión, deben hacer una interpretación conforme a sus disposiciones

derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, Bruselas, 18 de mayo de 2011, COM(2011) 275 final, 2011/0129 (COD).

⁶⁴ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold c. Helm*, asunto C-144/04, Rec. 2005, p. I-9981.

⁶⁵ Véanse las Conclusiones de la Abogada General Sharpston, presentadas el 22 de mayo de 2008, *Bartsch*, asunto C-427/06, Rec. 2008, p. 7245, apartado 69. Un análisis de las condiciones en que los principios generales del Derecho de la Unión pueden desplegar su eficacia en litigios entre particulares puede verse en las Conclusiones de la Abogada General Trstenjak, presentadas el 8 de septiembre de 2011, *Domínguez*, asunto C-282/10 (pendiente de publicación), Rec. 2012, apartados 115-142.

⁶⁶ Véanse las Conclusiones del Abogado General Mazák, presentadas el 15 de febrero de 2007, *Palacios de la Villa c. Cortefiel*, asunto C-411/05, Rec. 2007, p. I-8531.

de todo el derecho derivado de la Unión. Además el articulado de la CDPD deberá servir para guiar al TJUE a la hora de determinar el contenido de los artículos 21 y 26 CDFUE. De estos preceptos, como se dijo, resulta criticable, en primer lugar, la terminología empleada por el artículo 21 CDFUE —en su versión española— de «personas discapacitadas» en lugar de hablar de «personas con discapacidad» y, en segundo lugar, que el artículo 26 CDFUE no implica un reconocimiento efectivo y autónomo de derechos para la integración de las personas con discapacidad⁶⁷. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión no debe olvidarse que la discapacidad no constituye una cuestión únicamente de derechos humanos, sino que dada la naturaleza de las competencias atribuidas a la Unión su incidencia en el mercado interior es considerable.

Un ámbito que recae sobre la competencia de los Estados miembros y que está cubierto por el Derecho de la Unión es el relativo al derecho de los ciudadanos europeos al sufragio activo y pasivo en elecciones al Parlamento Europeo⁶⁸ y en elecciones municipales⁶⁹ en aquel Estado miembro donde residan, otorgados en idénticas condiciones a sus nacionales. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha concluido en un informe que un elevado número de Estados miembros excluyen de la participación política o únicamente conceden derechos de participación limitados a personas con problemas de salud mental y/o discapacidad intelectual⁷⁰: dichas limitaciones deberán ser cuidadosamente analizadas a la luz del articulado y espíritu de la Convención, con los cuales resultan *a priori* dudosamente compatibles⁷¹. Además, en algunos casos esta exclusión o limitación está consagrada a nivel constitucional: éste es el caso de la Constitución de Bulgaria, Dinamarca, Estonia, Grecia, Hungría, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia o Portugal, entre otros. Todos ellos exceptúan del derecho universal de sufragio a las personas que no tengan una capacidad legal de obrar plena, con independencia de su nivel concreto de habilidad

⁶⁷ BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., p. 274.

⁶⁸ Véanse los artículos 20.2 TFUE, 14.3 TUE y 39 CDFUE.

⁶⁹ Véanse los artículos 20.2 TFUE y 40 CDFUE.

⁷⁰ Véase el informe: *The right to political participation of persons with mental health problems and persons with intellectual disabilities*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, octubre 2010, disponible en: http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Report-vote-disability_EN.pdf

⁷¹ El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha exhortado a España a que introduzca las modificaciones legislativas necesarias para permitir que las personas con discapacidad puedan votar y participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a España*, cit. *supra*, p. 8, apartado 48.

funcional. De modo que aquellos de los Estados miembros que presentan este tipo de disposiciones constitucionales no están libres de un eventual conflicto constitucional con este acuerdo internacional, también por la vía del Derecho de la Unión, en concreto del artículo 216.2 TFUE. En la mayoría de Estados miembros los derechos de participación política parecen estar ligados a la capacidad jurídica (capacidad de obrar), que de acuerdo con el artículo 12 CDPD es una cuestión progresiva, y en caso de ausencia los Estados parte deben prestar el apoyo necesario para permitir a la persona con discapacidad su ejercicio en condiciones de igualdad.

El TEDH en el asunto *Alajos Kiss c. Hungría* concluyó que la denegación sistemática e indiscriminada del derecho de voto, sin un escrutinio judicial individual, a personas con discapacidad mental o intelectual por el mero hecho de estar sometidas a un figura de guarda legal, constituye una restricción desproporcionada que excede el margen de apreciación otorgado a los Estados en la persecución de un fin legítimo. De este modo Hungría fue condenada por vulnerar el artículo 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH⁷².

Dentro de la competencia exclusiva de la Unión, el artículo 9 de la Convención relativo a la accesibilidad está llamado a introducir numerosos cambios en la práctica de las instituciones, órganos y organismos de la Unión: especialmente en conexión con el derecho a una buena administración (art. 41 CDFUE), el acceso a los documentos públicos (art. 42 CDFUE)⁷³, el derecho de petición ante el Parlamento Europeo (art. 44 CDFUE) y en general en relación con la participación de las personas con discapacidad en la vida política de la Unión. En particular, el artículo 4.3 CDPD señala que las personas con discapacidad, incluidos los niños y niñas con discapacidad, serán consultadas y colaborarán en la adopción de la legislación y las políticas que les conciernan en la implementación de la Convención.

En el marco de los artículos 21 y 30 CDPD, en sus aspectos relativos a la libertad de información y al derecho a la participación en la vida cultural de las personas con discapacidad, resulta interesante una Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2012 en la que se pide al Consejo de la Unión y a la Comisión Europea que presten su apoyo a la realización de un tratado internacional en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual con el objeto de mejorar el acceso a los libros para las personas

⁷² Sentencia del TEDH, de 20 de mayo de 2010, *Alajos Kiss c. Hungría*, Recurso n.º 38832/06, apartados 41-44.

⁷³ Sigue vigente el Reglamento 1049/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, *DOUE* Serie L 145/43, de 31 de mayo de 2001. En el mismo no se hace ninguna mención a las necesidades particulares de personas con algún tipo de discapacidad a la hora de acceder a la información.

con discapacidades visuales. El Parlamento Europeo constata la inexistencia de norma jurídica internacional alguna que permita establecer derogaciones a la regulación de los derechos de autor para la distribución transfronteriza de libros adaptados a las personas con discapacidades visuales de lectura⁷⁴. Por su parte, la Comisión Europea había impulsado desde diciembre de 2009 una plataforma para el diálogo entre las asociaciones representativas a nivel europeo de personas con discapacidad visual y dislexia de un lado, y representantes de corporaciones de edición/publicación y de autores de libros de otro⁷⁵.

La CDPD, para permitir el goce efectivo de los derechos que reconoce a las personas con discapacidad a lo largo de su articulado, contempla un mandato más amplio de ajustes razonables que la Directiva 2000/78⁷⁶, pues no está limitado al ámbito del empleo y de la ocupación como ésta, y afectará a la Unión Europea pero sobre todo a los Estados miembros en sus respectivos ámbitos de competencia. Su artículo 5.3 establece la obligación de adoptar ajustes razonables para permitir el ejercicio y disfrute de todos los derechos humanos recogidos en la Convención por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Además de contemplarse la obligación de introducir ajustes razonables en el trabajo y en el empleo, la Convención introduce esta obligación en el acceso a la educación (art. 24) y en los casos en que personas con discapacidad se vean privadas de libertad con arreglo a derecho (art. 14); ámbitos estos dos últimos donde la atribución competencial de la Unión Europea es más bien escasa o inexistente.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En este sistema *multinivel* para la protección de los derechos humanos, debe servir como guía para el TJUE (en la interpretación de las disposiciones tanto de la CDPD, como de la CDFUE y de su derecho derivado) la jurisprudencia del TEDH establecida en la interpretación del artículo 14 CEDH y su Protocolo n.º 12. Ambos contienen una prohibición general de la discrimina-

⁷⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2012, sobre la petición 0924/2011, presentada por Dan Pescod, de nacionalidad británica, en nombre de la Unión Europea de Ciegos (UEC)/Royal National Institute of Blind People (RNIB), sobre el acceso de las personas ciegas a los libros y otros productos impresos (2011/2894(RSP)) P7_TA(2012)0059.

⁷⁵ Véase, Memorando de Acuerdo de la Plataforma de Diálogo entre Partes Interesadas de la UE sobre el acceso a las obras por parte de las personas con discapacidad de acceso al material impreso, 2009, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/copyright-info_en.htm#otherdocs.

⁷⁶ Directiva 2000/78/CE del Consejo, cit. *supra*.

ción que incluye la discriminación por razón de discapacidad bajo la rúbrica final «o cualquier otra situación»⁷⁷.

El TEDH consideró en el asunto *Glor c. Suiza*⁷⁸ que Suiza en su incumplimiento de respetar la obligación de proveer ajustes razonables había infringido la prohibición de no discriminación por razón de discapacidad, entendiendo que la *diabetes mellitus tipo I* podía ser constitutiva de discapacidad. Ésta fue la primera ocasión en que el TEDH constató la infracción del artículo 14 por la existencia de una discriminación fundada en la discapacidad⁷⁹.

En el antes citado asunto *Alajos Kiss c. Hungría*, el TEDH señala que las restricciones a los derechos fundamentales de personas con problemas de salud mental o discapacidad intelectual deben ser sometidas a un elevado, riguroso y estricto escrutinio para poder ser justificadas, de conformidad, con la CDPD, con respecto a la cual el Tribunal constata que Hungría había consentido en obligarse⁸⁰.

En el reciente asunto *Kiyutin c. Rusia*, el TEDH ha efectuado una interpretación del CEDH conforme con la CDPD al declarar que Rusia infringió los artículos 8 y 14 CEDH al haber denegado a un nacional uzbeko el permiso de residencia por ser VIH positivo⁸¹.

Por tanto, aun sin estar vinculado a la CDPD por vía convencional el Estado demandado y condenado en el caso concreto (ni Suiza ni Rusia lo estaban) el TEDH aplica el CEDH de forma conforme a sus disposiciones por considerar que la CDPD contiene normas vigentes de Derecho internacional general que se reflejan en ese consenso europeo regional.

Por tanto, de la misma forma que el TEDH ha intentado efectuar una interpretación del CEDH conforme a las disposiciones y al espíritu de la

⁷⁷ El Reino de España ha sido uno de los escasos Estados miembros que ha aceptado obligarse en relación con este Protocolo, véase el Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CETS n.º 177), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000, *BOE* n.º 64, de 14 de marzo de 2008, p. 15299. Dieciocho Estados miembros no han ratificado este Protocolo: Alemania, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Malta, Polonia, Portugal, República Checa, Reino Unido y Suecia.

⁷⁸ Sentencia del TEDH, de 30 de abril de 2009, *Glor c. Suiza*, Recurso n.º 13444/04.

⁷⁹ CLIFFORD, J., «The UN Disability Convention and its Impact on European Equality Law», *loc. cit.*, p. 20. En su opinión esta Sentencia refleja la existencia de un consenso europeo acerca de la necesidad de proteger a las personas con discapacidad puesto que Suiza ni siquiera era signataria de la CDPD.

⁸⁰ Sentencia del TEDH, de 20 de mayo de 2010, *Alajos Kiss c. Hungría*, cit. *supra*, apartado 44 en relación con el apartado 14.

⁸¹ Sentencia del TEDH de 10 de marzo de 2011, *Kiyutin c. Rusia*, Recurso n.º 2700/10, apartado 32. En este apartado el Tribunal constata que Rusia era signataria de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad pero que no la había ratificado. De todos modos, el Tribunal trata de construir su solución al caso de manera conforme con la CDPD.

CDPD, es de esperar que el TJUE convierta el respeto a la CDPD en parámetro de legalidad del derecho derivado de la Unión y promueva una interpretación del derecho derivado conforme a las disposiciones de la Convención. En este sistema *multinivel* lo lógico sería, como se ha expuesto, que el TJUE se alinee en su jurisprudencia con la línea analizada y seguida por el TEDH que a su vez ha buscado la convergencia con las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas. En este sentido será crucial el rol del TJUE como garante de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión en la resolución de cuestiones prejudiciales que planteen dudas sobre la interpretación de las disposiciones de la CDPD, en tanto que parte integrante ésta del Derecho de la Unión.

El TJUE tiene en el momento presente asuntos pendientes de resolución donde se invoca la CDPD y que son de vital importancia tanto para la aplicación de este acuerdo internacional en el ordenamiento de la Unión como para dilucidar sus relaciones con el derecho derivado. De enorme interés resulta en especial la cuestión prejudicial planteada por un tribunal de Irlanda, que no es parte en la CDPD, y que trae causa de un hipotético supuesto de discriminación por razón de discapacidad al denegarse el permiso de maternidad a una mujer incapaz de gestar cuyo hijo biológico ha nacido mediante un contrato de maternidad subrogada⁸².

⁸² En el primer asunto la Abogada General Kokott, propone una interpretación de la Directiva 2000/78/CE a la luz de las obligaciones contraídas en virtud de la CDPD, señalando que la primera no puede ofrecer una protección inferior a la proferida por la Convención *onusiana*, véanse sus Conclusiones presentadas el 6 de diciembre de 2012, *Ring y otros*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11 (pendiente de publicación). Este primer asunto ha sido ya resuelto por el Tribunal siguiendo a la Abogada General en su Sentencia de 11 de abril de 2013, *Ring y otros*, cit. *supra*. En segundo lugar, debe verse la Petición de decisión prejudicial planteada por The Equality Tribunal (Irlanda) el 30 de julio de 2012, *Z c. Government Department & Board of Management of a Community School*, asunto C-363/12 (pendiente de publicación). El Tribunal irlandés formula entre otras preguntas la siguiente: «¿debe interpretarse la Directiva 2000/78/CE y en particular sus artículos 3, apartado 1, y 5, en el sentido de que existe discriminación por razón de discapacidad en el caso de que a una mujer —que sufre de una discapacidad que le impide gestar y dar a luz, cuyo hijo biológico ha nacido mediante un contrato de maternidad subrogada y que es responsable del cuidado del hijo biológico desde el nacimiento— se le deniegue un permiso laboral retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o por adopción?». Finalmente, el Tribunal remitente solicita al TJUE que se pronuncie acerca de si las disposiciones de la CDPD pueden invocarse para atacar la validez de la Directiva 2000/78/CE, y en caso afirmativo, demanda que se pronuncie acerca de la compatibilidad de varios preceptos de la misma con la Convención de la ONU. El tercer asunto tiene su origen en el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España debido a la presunta infracción cometida de la Directiva sobre el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). En este caso España había aplicado un tipo de IVA reducido a los aparatos y complementos esenciales o principalmente utilizados para suplir las deficiencias del hombre, pero que no se destinan al uso personal y exclusivo de las personas con discapacidad (*minusválidos* según el tenor literal de la Directiva). El Abogado General

Paradójicamente, pese a que el artículo 14 CEDH y el Protocolo n.º 12 al CEDH están llamados a tener gran utilidad en la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, a día de hoy el CEDH no sólo no contiene ninguna disposición específicamente destinada a los derechos de las personas con discapacidad, sino que además mantiene la redacción original del artículo 5.1.e) que difícilmente puede conciliarse con la CDPD. En este precepto se permite la privación de libertad conforme a derecho «*de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo*»⁸³.

También en el Consejo de Europa debe destacarse el caso de la Carta Social Europea. La arcaica redacción de su artículo 15 ha sido remplazada en la Carta Social Europea Revisada de 1996 por una disposición tendente a la integración de las personas con discapacidad sobre la base del enfoque social. Además, se dice que en aplicación de este precepto el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha situado a la vanguardia en materia de discapacidad⁸⁴.

Por otra parte, las disposiciones de la CDPD deben interpretarse y aplicarse de conformidad con el *Derecho internacional de los Derechos humanos*: por un lado, la Convención contiene una cláusula habitual en los tratados de derechos humanos en la que se dispone que su aplicación no interfiere con disposiciones de otros instrumentos internacionales que puedan resultar más favorables para la protección de los derechos de las personas con discapacidad (art. 4.4); por otro lado, son frecuentes las remisiones genéricas que la Convención realiza al *Derecho internacional de los Derechos humanos* (en relación con las situaciones de riesgo y emergencia humanitaria; la igualdad ante la ley; la libertad y la seguridad de la persona; la recopilación de datos y estadísticas y la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte).

Cabe señalar también la disposición del artículo 4.2 de la Convención que establece que los preceptos relativos a los derechos económicos, so-

Jääskinen se remite a la definición de discapacidad recogida en la CDPD en sus Conclusiones presentadas el 25 de octubre de 2012, *Comisión c. España*, asunto C-360/11 (pendiente de publicación), Rec. 2013, apartados 64-65. En su Sentencia de 17 de enero de 2013, *Comisión c. España*, asunto C-360/11 (pendiente de publicación), Rec. 2013, el TJUE ha condenado a España por infracción de la Directiva sobre el IVA, sin aludir a la CDPD.

⁸³ Sobre el término *enajenado* el TEDH ha admitido una cierta flexibilidad así como su carácter evolutivo dependiendo de la actitud y sensibilidad que una sociedad determinada muestra hacia los problemas de salud mental, véase la Sentencia del TEDH de 24 de octubre de 1979, *Winterwerp c. Países Bajos*, Recurso n.º 6301/73, apartado 37.

⁸⁴ BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, op. cit., p. 504.

ciales y culturales imponen a los Estados parte (y a la Unión dentro de su esfera de competencias) obligaciones de realización progresiva que dependen de su respectiva disponibilidad de recursos y, añade, «*sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional*». Esta última parte del precepto parece estar vacía de contenido, pues extrañamente pueden tener carácter *self-executing* normas relativas a derechos económicos, sociales y culturales que requieren de una acción positiva por parte del Estado o de las instituciones europeas en el caso de la Unión para su efectiva realización; y ello pese a que la CDPD supera, como se ha dicho, la tradicional dicotomía entre derechos negativos y positivos⁸⁵. Esto es así puesto que la traducción de las disposiciones de la CDPD en un compromiso concreto que refuerce los derechos sociales, económicos y culturales de las personas con discapacidad y los convierta en justiciables, ante los tribunales de los Estados miembros o el TJUE en su caso, va a depender enormemente de la coyuntura económica y de las exigencias de equilibrio presupuestario⁸⁶.

Eso sí, no debe olvidarse que tanto la Unión Europea⁸⁷ como aquellos de los Estados miembros que han ratificado la CDPD estarán sujetos al escrutinio del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se encargará de determinar si han cumplido su obligación de adoptar medidas para la realización de los derechos reconocidos en la Convención «*hasta el máximo de sus recursos disponibles*» (art. 4.2 CDPD)⁸⁸. El gasto público por

⁸⁵ MÉGRET, F., «The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights», *loc. cit.*, pp. 5-6.

⁸⁶ No debe desdeñarse que en el contexto de la crisis financiera internacional iniciada en 2008 y la consiguiente crisis de la deuda soberana que ha afectado a varios Estados miembros de la llamada zona euro, se ha planteado atribuir a la Comisión Europea y al Consejo de la Unión facultades intensificadas para supervisar la aprobación de los presupuestos nacionales de los Estados que han adoptado la moneda única.

⁸⁷ De cara a la adopción del paquete de medidas legislativas destinadas a la reforma de la Política de Cohesión de la Unión, los Estados miembros han abogado por suprimir toda mención a las personas con discapacidad, véase *Bulletin Quotidien Agence Europe* de 28 de abril de 2012, punto 10.

⁸⁸ Con carácter general sobre esta obligación puede verse SKOGLY, S., «The Requirement of Using the “Maximum of Available Resources” for Human Rights Realisation: A Question of Quality as Well as Quantity?», *loc. cit.*, pp. 393-420. Este autor pone de manifiesto que si bien los recursos presupuestarios de carácter financiero no son los únicos para cumplir con las obligaciones de realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, sí que tienen un carácter determinante, según se infiere del propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Piénsese igualmente en los recursos humanos cuya formación requiere de una inversión también económico-financiera: psicólogos, médicos, psiquiatras, personal de enfermería, trabajadores sociales, etc.

habitante destinado a la protección social de personas con discapacidad oscilaba en 2009 notablemente entre Estados miembros: de los cerca de 1.700 euros/habitante destinados por Dinamarca o los 1.600 euros/habitante empleados por Suecia, a los 42 euros/habitante de Bulgaria o los 31 euros/habitante de Rumanía. España con 303 euros/habitante, aunque a la zaga, no distaba mucho de Estados vecinos como Francia o Italia⁸⁹. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad deberá evaluar si dichos recursos son o no suficientes para el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la CDPD en cada caso, a la vista de los resultados alcanzados por cada parte.

Por otra parte, difícilmente se puede negar que en el ejercicio de las competencias que la Unión Europea ha asumido en el marco de la Unión Económica y Monetaria —y en particular a través de la famosa «regla de equilibrio presupuestario»⁹⁰— ésta condiciona a la baja el nivel de recursos de que disponen algunos Estados miembros para destinar al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la CDPD (o, al menos, esto es lo que algunos Estados han esgrimido para reducir su nivel de inversión pública en áreas cubiertas por este tratado internacional⁹¹).

En este sentido resultan de gran interés las Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales formuladas en respuesta al quinto informe periódico presentado por España con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto de Naciones Unidas de 1966 sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹².

Entrando en el debate acerca de si el modelo de política económica predominante actualmente en la Unión Europea es un factor que puede agrandar las consecuencias de la discriminación por razón de discapacidad, lo cierto es que la mano invisible del mercado por sí sola (sin desdeñar las loables iniciativas que en ocasiones aparecen desde el sector privado) no es suficiente para la integración y plena efectividad de los derechos de las personas con discapacidad. Ni la Unión Europea ni los Estados miembros, por su parte, deberían dejar exclusivamente en manos del buen hacer y de la filantropía del sector privado los derechos de las personas con discapacidad.

⁸⁹ Véanse las estadísticas elaboradas por Eurostat a precios constantes del año 2000, disponibles en: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=spr_exp_fdi&lang=en

⁹⁰ Véase el artículo 3 del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, firmado el 2 de marzo de 2012 por 25 Estados miembros.

⁹¹ ORÉ AGUILAR, G., «Derechos sociales; el otro déficit», *El País*, 7 de mayo de 2012.

⁹² *Observaciones finales del Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales a España*, 48.º Período de Sesiones, 30 de abril a 18 de mayo de 2012, E/C.12/ESP/CO/5, p. 3, apartado 8.

Al sector público, bien a las instituciones europeas bien a las nacionales, les corresponde encauzar y estimular a la iniciativa privada a interesarse de forma creciente por los derechos de las personas con discapacidad, pero también le corresponde imponer obligaciones a los operadores económicos privados (en este sentido, la Unión Europea tiene competencias atribuidas; piénsese en la armonización del mercado interior o la regulación de las libertades económicas fundamentales).

Comoquiera que la opción por el *adelgazamiento* del Estado en la Unión Europea es una opción de política económica *urbi et orbi*, puesto que no hay ningún fundamento exclusivamente de teoría económica que convierta al endeudamiento *per se* en más arriesgado, menos rentable o más dañino socialmente para el caso del sector público que para el caso del sector privado, las medidas de política económica no son un motivo jurídicamente válido para desatender las obligaciones de un colectivo de especial vulnerabilidad y tendencialmente creciente en la Unión Europea en volumen e importancia demográfica, como es el de las personas con discapacidad. Lo cierto es que la parte destinada a los ejes prioritarios para la participación de las personas con discapacidad a través del Fondo Social Europeo ha aumentado en el período 2007-2013 con respecto al período anterior 2000-2006. Habrá que ver si esa deseable tendencia al incremento se mantiene en futuras perspectivas financieras plurianuales⁹³. Por su parte, el Comité Económico y Social Europeo ha reivindicado la necesidad de que el nuevo Marco Financiero Plurianual correspondiente al período 2014-2020 permita financiar adecuadamente la aplicación de la CDPD. Además, el Comité Económico y Social Europeo se ha posicionado de forma favorable a la asignación directa de financiación con cargo a los Fondos Estructurales a medidas dirigidas a las personas con discapacidad. Por último, el Comité Económico y Social Europeo ha señalado la necesidad de redefinir la futura política de cohesión para ejecutar plenamente las obligaciones que derivan de la CDPD⁹⁴.

Debe tenerse presente también en materia de política económica la disposición transversal que se incorpora en el artículo 10 TFUE, que obliga a la Unión a intentar luchar contra la discriminación por razón de discapacidad en la definición y ejecución de todas sus políticas y acciones, lógicamente

⁹³ Comisión Europea, *El Fondo Social Europeo y las personas con discapacidad*, 2010.

⁹⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras», COM(2010) 636 final, (2011/C 376/15), *DOUE* Serie C 376/81, de 22 de diciembre de 2011.

también en materia de las relaciones exteriores de la Unión, y cómo no en la omnipresente Política Económica y Monetaria⁹⁵.

⁹⁵ «La UE ha continuado su labor de protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidades fuera de la UE, incluyendo sistemáticamente a estas personas en sus actividades de cooperación para el desarrollo. Desde el año 2000, la Comisión ha financiado más de 280 proyectos en 69 países (por un total de más de 145 millones de euros) centrados específicamente en las personas con discapacidades. Se han subvencionado así actividades relacionadas principalmente con la creación de capacidades, la elaboración de políticas, la rehabilitación basada en la comunidad, la promoción de los derechos humanos, la desinstitucionalización, la integración social y la mejora de la recogida de datos», Documento del Consejo n.º 8363/1/10, de 11 de mayo de 2010, Derechos humanos y democracia en el mundo. Informe sobre la acción de la UE, julio de 2008 a diciembre de 2009. Por otra parte, el respeto a los derechos de las personas con discapacidad también es una cuestión que se incorpora a la lista de requisitos que los candidatos a la adhesión a la Unión Europea deben asumir como integrante del acervo de la Unión. Debe tenerse presente que los objetivos de la desinstitucionalización y la integración social de las personas con discapacidad distan de ser una realidad en los propios Estados miembros de la Unión Europea, véase la siguiente publicación, *Forgotten Europeans – Forgotten Rights. The Human Rights of Persons Placed in Institutions*, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Europe Regional Office, 2011.

CAPÍTULO VIII

EJECUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

I. CONSIDERACIONES INICIALES

Sabido es que en el modelo «pretoriano» de protección de los derechos fundamentales, dentro del campo de aplicación del Derecho comunitario, el TJUE viene otorgando desde el asunto *Rutili*¹ un papel singular tanto a disposiciones concretas del CEDH y de sus Protocolos, como a la jurisprudencia del TEDH adoptada en su interpretación². El hecho de que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH hayan recibido y reciban una posición preeminente en este modelo de protección de los derechos fundamentales articulado por el TJUE puede verse como la aplicación jurisdiccional anticipada en el ordenamiento de la Unión Europea de un acuerdo internacional en el que ésta pretende convertirse en parte contratante. Pese a que el TJUE ha sustituido en algunos asuntos recientes la terminología relativa a la especial relevancia del CEDH en la determinación de los principios generales por una actitud más próxima a su aplicabilidad directa³, el TJUE, de forma contraria a otras posi-

¹ Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili c. Ministre de l'intérieur*, cit. *supra*, apartado 32. Véase también sobre la especial significación que el TJUE concede al CEDH en la determinación de los principios generales del Derecho de la Unión la Sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoescht c. Comisión*, cit. *supra*, apartados 13 y 19. Bien es cierto que con anterioridad a 1975, en su Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold c. Comisión*, asunto C-4/73, Rec. 1974, p. 491, apartados 13 y 14, el Tribunal se había hecho eco de la invocación del CEDH por la parte recurrente, pero no mencionó expresamente este instrumento al formular su *doctrina pretoriana* ni analizó disposiciones concretas del mismo.

² Véase MILLÁN MORO, L., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea y el Tratado de Lisboa», en SOROETA LICERAS, J. (ed.), *La eficacia del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián Vol. XI*, Universidad del País Vasco, 2011, pp. 181-182. Asimismo, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Le rôle joué par la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire», *Bulletin des Droits de l'homme*, n.º 10, septiembre 2002, pp. 1-5.

³ Véanse, por ejemplo, la Sentencia de 17 de febrero de 2009, *Meki Elgafaji y Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, asunto C-465/07, Rec. 2009, p. I-921, apartados 27 y

bles interpretaciones, ha señalado que el artículo 6.3 TUE no extiende al CEDH (sin la autoridad mediata de los principios generales) las características propias del Derecho de la Unión de primacía y efecto directo sobre los derechos nacionales, ni en modo alguno prejuzga cuáles han de ser las relaciones entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros⁴.

Mucho se ha escrito sobre las relaciones entre los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo. A ello cabe remitirse⁵, así como a lo visto en el Capítulo I cuando se abordaron los entresijos previos a la adhesión.

28, donde el TJUE manda interpretar una Directiva comunitaria en conformidad con el CEDH al órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial; así como la Sentencia de 14 de febrero de 2008, *Varec SA c. Estado belga*, asunto C-450/06, Rec. 2008, p. I-0581, apartados 44 ss.

⁴ Sentencia de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, cit. *supra*, apartados 60-63. En algún caso los jueces ordinarios italianos han entendido que el nuevo artículo 6 TUE convertía *ipso iure* al CEDH en parte plenamente integrante del ordenamiento jurídico de la Unión, extendiendo hacia él sin ambages las cualidades de primacía y eficacia directa, sobre esta cuestión: MARTINICO, G., «Is the European Convention Going to Be “Supreme”? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts», *loc. cit.*, p. 415. De forma más elocuente el TJUE ha dispuesto: «*Por lo que se refiere, en primer lugar, a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre el Derecho nacional y el CEDH, debe recordarse que, si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales —como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3—, y el artículo 52, apartado 3, de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, éste no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión. En consecuencia, el Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional [...]»», véase la Sentencia de 26 de febrero de 2013, *Aklagaren*, asunto C-617-10 (pendiente de publicación), Rec. 2013, apartado 44.*

⁵ En especial, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y DEL VALLE GÁLVEZ, A., «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *loc. cit.*; SPIELMANN, D., «Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities», en ALSTON, P., BUSTELO, M. y HEENAN, J. (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, pp. 757-780; así como CALLEWAERT, J., «The European Convention on Human Rights and European Union Law: A Long Way to Harmony», *loc. cit.*; también HARPAZ, G., «The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy», *Common Market Law Review*, vol. 46, n.º 1, 2009, pp. 105-141. Una perspectiva más reciente que muestra la aptitud cooperativa y mutuamente beneficiosa para ambos tribunales en TIMMERMANS, C., «The Relationship between the European Court of Justice and the European Court of Human Rights», *op. cit.*, pp. 151-160. Sobre la deferencia que el TEDH viene teniendo hacia el Derecho de la Unión y en particular hacia la jurisprudencia del TJUE, debe verse como ilustrativa la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 12 de abril de 2006, *Stec y otros c. Reino Unido*, Recursos acumulados n.º 65731/01 y n.º 65900/01, apartado 58.

Desde el punto de vista de las implicaciones de la jurisprudencia del TEDH en el Derecho de la Unión, la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011 en los asuntos *N.S.* y *M.E.*⁶ da buena cuenta del estadio actual de las relaciones entre ambos tribunales: se trata de un reflejo inmediato y fidedigno de lo establecido por el TEDH en el asunto *M.S.S.* sustancialmente idéntico que se había resuelto escasos meses atrás⁷.

El TJUE ha señalado que una presunción irrefutable fundada en el principio de confianza mutua de que todos los Estados, sean miembros o terceros, que participan en el régimen de asilo de la Unión respetan los derechos fundamentales sería contraria a la CDFUE interpretada a la luz del CEDH⁸. Este asunto confirma, además, la enorme importancia que la jurisprudencia del TEDH sigue teniendo en el modelo de protección de los derechos fundamentales de la Unión, incluso cuando ésta se ha dotado de su propio catálogo de derechos fundamentales equiparado por fin en valor jurídico al Derecho primario.

Por tanto, puede considerarse que esta labor jurisprudencial ha allanado el camino que deberá seguirse cuando la Unión esté obligada de forma definitiva por vía convencional al CEDH y deba aplicarlo y ejecutarlo plenamente en la totalidad de su ordenamiento.

Junto con la aplicación judicial del CEDH, encontramos en la antesala de la adhesión significativos esfuerzos de las instituciones de la Unión por adelantar en el terreno normativo la aplicación de este tratado internacional, en especial, en ámbitos materiales donde las competencias de la Unión han experimentado un considerable crecimiento: éste es el caso del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en concreto de la Cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza. En este terreno, para facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, el nuevo artículo 82.2 TFUE, tras la reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Lisboa, permite de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario la adopción de normas mínimas referidas, entre otras cuestiones, a los derechos de las personas durante el procedimiento penal. El propio Consejo de la Unión se anticipó a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa con la adopción de un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales que tomaba el CEDH como punto de partida⁹.

⁶ Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department* y *M.E. y otros c. Refugee Applications Commissioner*, cit. *supra*.

⁷ Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, cit. *supra*.

⁸ MATTERA, A., «Droits fondamentaux, principes et valeurs de l'Union européenne. Quelques réflexions suite à l'arrêt du 21 décembre 2011. Affaires jointes C-411/10 et C-493/10», *Revue du Droit de l'Union européenne*, n.º 1, 2012, pp. 121-134.

⁹ Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 2009 sobre un plan de trabajo para reforzar los derechos procesales de sospechosos o acusados en los procesos penales, *DOUE*

De momento el procedimiento legislativo ordinario a partir del artículo 82.2 TFUE ha sido exitoso con la adopción de la Directiva 2010/64/UE relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales (con la finalidad de garantizar el contenido del art. 6 CEDH a la luz de la jurisprudencia del TEDH)¹⁰, así como de la Directiva 2012/13/UE relativa al derecho a la información en los procesos penales (que trae causa de los arts. 5 y 6 CEDH)¹¹. En ambos casos se refleja como mínimo el nivel de protección de los derechos fundamentales asociado al CEDH conforme a la jurisprudencia del TEDH, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan establecer un nivel más elevado de protección. El caso de la Directiva 2012/13/UE, además, es ilustrativo de la introducción de una novedosa cláusula de «no regresión», en su artículo 10, que implica que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada como restrictiva de las disposiciones de la CDFUE, del CEDH ni de ninguna otra norma de Derecho internacional o del ordenamiento jurídico de los Estados miembros que establezca un nivel de protección más elevado¹².

En otros casos la aplicación e invocación anticipada del CEDH es imprecisa, vaga y difícilmente puede sujetarse su respeto en la actualidad a un

Serie C 295/1, de 4 de diciembre de 2009. En dicho plan se contiene una *Medida E* relativa a *Salvaguardias especiales para acusados o sospechosos que sean vulnerables*: «Con el fin de garantizar la equidad procesal, es importante que se preste una atención particular a los sospechosos o acusados que no puedan comprender o seguir el contenido o el sentido del proceso debido, por ejemplo, a su edad o a su condición mental o física». Lógicamente esta medida parece orientada a dar aplicación al artículo 14 CDPD como *lex specialis* frente al artículo 6 CEDH. El desarrollo y la aplicación normativa de esta medida encontrarán como principal óbice la indefinición de *persona vulnerable*. Sobre el estatuto en el proceso penal de la víctima especialmente vulnerable deben verse las Sentencias del TJUE de 21 de diciembre de 2011, X., asunto C-507/10 (pendiente de publicación), Rec. 2011, así como la Sentencia de 16 de junio de 2005, *Maria Pupino*, asunto C-105/03, Rec. 2005, p. I-5285.

¹⁰ Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, *DOUE* Serie L 280/1, de 26 de octubre de 2010. La misma contiene únicamente en su Preámbulo una escaleta mención a las particularidades de las personas vulnerables.

¹¹ Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, *DOUE* Serie L 142/1, de 1 de junio de 2012. Igualmente en su artículo 3 se refiere a la obligación de los Estados miembros de garantizar que la información se adecue a las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables.

¹² «Ninguna disposición de la presente Directiva se interpretará en el sentido de que limita cualquier derecho o garantía procesal que estén reconocidos al amparo de la Carta, del CEDH y de otras disposiciones pertinentes del Derecho internacional o de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que garanticen un nivel de protección más elevado, ni de que es una excepción a dichos derechos y garantías procesales», *ibid.* Téngase en cuenta que este tipo de cláusulas no siempre se traducen en una aplicación favorable a la protección de los derechos fundamentales, en este sentido, puede verse el asunto relativo a la Directiva de reagrupación familiar, Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, cit. *supra*, apartado 107.

control jurisdiccional efectivo: éste es el caso de la operación militar *Atalanta*, establecida en el ámbito PESC y destinada a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería frente a las costas de Somalia. En el artículo 12 de la Decisión que ha ampliado su mandato para incluir las aguas interiores somalíes y el territorio en tierra únicamente se contempla que las personas detenidas puedan ser entregadas a un tercer Estado para su enjuiciamiento en virtud de un acuerdo internacional, de modo que se respeten las «normas internacionales sobre derechos humanos, para garantizar en particular que nadie sea sometido a la pena de muerte, a tortura ni a ningún otro trato cruel, inhumano o degradante»¹³. En cualquier caso, se trata de una mención respecto a la que cabe formular reservas en relación a su capacidad de garantizar que los procesados en terceros Estados reciban con carácter extraterritorial una protección homologable a la contenida en el artículo 6 CEDH y en la jurisprudencia del TEDH¹⁴.

II. REPERCUSIONES PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UNIÓN EUROPEA DERIVADAS DE SU ADHESIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A grandes rasgos, pueden señalarse los ejemplos jurisprudenciales y normativos vistos como parte del camino que ha sido andado hacia la ejecución completa de las obligaciones dimanantes del CEDH en el ordenamiento de la Unión Europea. Una vez completada la adhesión se conocerá con exactitud la magnitud del camino que resta por andar en esta dirección. Mientras tanto pueden ponerse de manifiesto algunas de las repercusiones que con gran probabilidad tendrá la adhesión en el ordenamiento jurídico de la Unión:

¹³ Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012, por la que se modifica la Acción Común 2008/851/PESC relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, *DOUE* Serie L 89/69, de 27 de marzo de 2012.

¹⁴ Véase la Decisión 2011/640/PESC del Consejo, de 12 de julio de 2011, relativa a la firma y la celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Mauricio sobre las condiciones de entrega, por la fuerza naval dirigida por la Unión Europea a la República de Mauricio, de sospechosos de piratería y de los bienes incautados relacionados, y sobre las condiciones de trato de tales sospechosos después de su entrega, *DOUE* Serie L 254/1, de 30 de septiembre de 2011, en particular el apartado 8 de su artículo 4: «Prevía consulta a la Unión Europea, Mauricio podrá entregar a tales personas condenadas, y que estén cumpliendo condena en su territorio, a otro Estado que respete las mencionadas normas sobre derechos humanos, a fin de que cumplan el resto de la condena en ese otro Estado. En caso de graves reservas respecto de la situación de los derechos humanos en el otro Estado, la entrega no tendrá lugar hasta que ambas Partes, tras consultarse con el fin de tratar las reservas expresadas, hayan encontrado una solución satisfactoria».

a) El TJUE tendrá idéntica subordinación al TEDH respecto de las cuestiones ligadas a los derechos fundamentales que aparecen recogidos en el CEDH a la que tienen en la actualidad cualquiera de los tribunales supremos o constitucionales de los Estados miembros. Como se ha dicho en numerosas ocasiones, no será una relación de dependencia jerárquica, sino una relación de cooperación y sumisión al criterio último del TEDH por razón de especialización¹⁵. Además, la posibilidad de recurso individual ante el TEDH vendría a dotar a los particulares de la vía de recurso necesaria para completar el modelo de protección de derechos fundamentales frente a las decisiones de las instancias que componen el TJUE según el artículo 19 TUE (es decir, Tribunal de Justicia, Tribunal General y los tribunales especializados).

b) Desde el punto de vista del escrutinio del TEDH, la adhesión hará que los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y el ordenamiento jurídico de la Unión Europea conformen un cuerpo jurídico de complejas interacciones sometido por entero a su control. Ello implica que además de las situaciones puramente internas, desde el punto de vista del Derecho de la Unión¹⁶ y de aquellas situaciones donde los Estados miembros actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión¹⁷, el TEDH tendrá jurisdicción plena *ratione personae* sobre las actuaciones de todas las instituciones, órganos, organismos y agencias de la Unión Europea. Por tanto, mientras que antes de la adhesión los únicos dominios compartidos por la jurisdicción del TJUE y del TEDH tenían que ver con la actuación de los Estados miembros en el ámbito del Derecho de la Unión (coincidiendo con el alcance vertical del mandato de la CDFUE según su art. 51), tras la adhesión, las áreas de potencial coincidencia de ambos altos tribunales se amplían de forma considerable¹⁸.

¹⁵ POLAKIEWICZ, J., «Relationship between the European Convention on Human Rights and EU Charter of Fundamental Rights - Some proposals for a coherent system of human rights protection in Europe», en KRONENBERGER, V. (ed.), *The EU and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, Asser Press, La Haya, 2001, pp. 83-86.

¹⁶ Véase como ejemplo la Sentencia de 29 de mayo de 1997, *Kremzow c. República de Austria*, asunto C-299/95, Rec. 1997, p. I-2629.

¹⁷ Desde el punto de vista del TJUE, véanse como ejemplos una situación de derogación a una de las libertades fundamentales como la acaecida en la Sentencia de 12 de junio de 2003, *Schmidberger c. República de Austria*, cit. *supra*; o una situación de aplicación de un Reglamento de la Unión como la vista en la Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department y M.E. y otros c. Refugee Applications Commissioner*, cit. *supra*. Desde el punto de vista del CEDH, ejemplos son aquellas situaciones donde los Estados miembros aplican con margen de apreciación el Derecho de la Unión (Sentencia del TEDH de 15 de noviembre de 1996, *Cantoni c. Francia*, cit. *supra*), o bien sin margen de apreciación (Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, cit. *supra*).

¹⁸ Recuértese que, con carácter previo a la adhesión, el TEDH nunca ha ejercido su jurisdicción en relación con actos jurídicamente vinculantes adoptados por las instituciones de

c) Mientras que el TJUE carece de competencia para apreciar la validez del Derecho originario a la luz de los derechos fundamentales y lo único que puede hacer en caso de conflicto es o bien buscar la conciliación mediante su interpretación conforme o como mucho sugerir a los Estados miembros la revisión de los tratados según el procedimiento previsto en el artículo 48 TUE, el TEDH no tendrá tras la adhesión limitación alguna a la hora de verificar el respeto a los derechos recogidos en el CEDH (y en los Protocolos n.ºs 1 y 6, a los que de momento ha proyectado adherirse la Unión) en la interpretación y aplicación del Derecho originario. Lógicamente, los pronunciamientos de este último tribunal tampoco podrán afectar a la validez del Derecho originario de la Unión, no obstante, sí podrían hipotéticamente engendrar la obligación para los Estados miembros de revisar el Derecho originario para adecuarlo a las exigencias del Convenio y sus Protocolos¹⁹.

d) Por tanto, con independencia de los actos específicos de derecho derivado que pueda requerir el desarrollo normativo del CEDH, las instituciones tendrán presente *ex ante* a la hora de elaborar el derecho derivado el nivel mínimo de protección hacia los derechos fundamentales dimanante de este instrumento con carácter transversal²⁰. Precisamente, tratarán de evitar que la legalidad del derecho derivado sea atacada *ex post* ante los órganos jurisdiccionales del sistema de la Unión, puesto que es factible que el TJUE decida otorgar a las disposiciones del CEDH eficacia directa, de modo que éstas se conviertan en un parámetro de validez del derecho derivado de forma inmediata y no de forma interpuesta a través de los principios generales del Derecho de la Unión.

e) El TJUE deberá procurar coherencia y armonía entre las diferentes fuentes de protección de los derechos fundamentales que contempla el actual artículo 6 TUE. Resulta de especial interés en este sentido la disposición horizontal del artículo 52.3 CDFUE: puesto que la CDFUE tiene idéntico valor jurídico al Derecho originario y sus artículos deben recibir como mínimo el

la Unión. Valga como ejemplo la Decisión de la Gran Sala del TEDH de 10 de marzo de 2004 en el asunto *Senator Lines c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, cit. *supra*.

¹⁹ CORTÉS MARTÍN, J. M., «Sur l'adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent : le mécanisme du codéfendeur», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, n.º 4, 2011, p. 617.

²⁰ Téngase en cuenta que la Comisión Europea ha establecido la organización interna necesaria para garantizar que «sus servicios efectúen una comprobación sistemática y rigurosa del respeto de todos los derechos fundamentales concernidos en la elaboración de cualquier propuesta legislativa». Lógicamente un elemento de referencia para verificar el respeto hacia los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE serán las disposiciones del CEDH, véase Comunicación de la Comisión, de 19 de octubre de 2010, sobre la Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea, cit. *supra*.

contenido otorgado a los correspondientes artículos del CEDH en la jurisprudencia del TEDH, en sustancia el CEDH tendrá en el ordenamiento de la Unión un valor jurídico superior al que corresponde al resto de acuerdos internacionales concluidos por la Unión. Puede decirse que el CEDH no sólo tendrá un valor superior al derecho derivado en tanto que acuerdo internacional concluido por la Unión, sino que estará equiparado en sustancia (a través de la CDFUE) al Derecho originario. La consecuencia más importante de este estatus es que el contenido del CEDH (y de los Protocolos Adicionales n.º 1 y n.º 6, si la Unión se convierte en parte) se configura como un límite material a la actividad convencional de la Unión Europea. De este modo, no sólo el TJUE se erige en garante del respeto a la sustancia del CEDH en el ejercicio del *ius ad tractatum* mediante la figura del dictamen previo de conformidad con el artículo 218.11 TFUE, en caso de pedirse el dictamen, sino que el Parlamento Europeo también estará en una posición clave para garantizar el contenido del CEDH mediante su preceptiva aprobación de la decisión de concluir acuerdos internacionales en los casos contemplados en el artículo 218.6.a) TFUE. El caso del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación (ACTA) es paradigmático de la concurrencia de ambos tipos de control del respeto a los derechos fundamentales recogidos en el CEDH en la actividad convencional exterior de la Unión: el 4 de julio de 2012 el pleno del Parlamento Europeo denegó su aprobación al acuerdo internacional al considerar que no refleja un adecuado equilibrio entre la protección de los derechos de propiedad intelectual y otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, el derecho a la intimidad y la protección de los datos personales y la confidencialidad de las comunicaciones y el derecho a un procedimiento con las debidas garantías. Además, la Comisión Europea ha solicitado un dictamen al TJUE al abrigo del artículo 218.11 TFUE para que éste se pronuncie sobre su compatibilidad con el Derecho primario y en especial con la CDFUE, que debe ser interpretada y aplicada a la luz del CEDH y la jurisprudencia del TEDH²¹.

²¹ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2012, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, Australia, Canadá, la República de Corea, los Estados Unidos de América, Japón, el Reino de Marruecos, los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Zelanda, la República de Singapur y la Confederación Suiza (12195/2011 – C7-0027/2012 – 2011/0167(NLE)), P7_TA(2012)0287. Asimismo debe verse la Opinión de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, Ponente Dimitrios Droutsas, para la Comisión de Comercio Internacional sobre la compatibilidad del Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, Australia, Canadá, la República de Corea, los Estados Unidos de América, Japón, el Reino de Marruecos, los Estados Unidos Mexicanos, Nueva Zelanda, la República de Singapur y la Confederación Suiza con los derechos consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (12195/2011 – C7-0027/2012 – 2011/0167(NLE)).

III. ¿DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL PASIVA DERIVADA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS?²²

La primera idea de la que debe partirse para la asignación de responsabilidades en la ejecución de las obligaciones derivadas del CEDH es que una vez se complete la adhesión, éste será un acuerdo internacional mixto del que serán partes contratantes la Unión y todos sus Estados miembros y que afectará a dominios materiales en los que Estados miembros y Unión comparten competencias.

En la medida en que el Protocolo n.º 8 añadido por el Tratado de Lisboa y referido a la adhesión de la Unión al CEDH establece el límite de que el acuerdo relativo a la adhesión no afecte a la distribución de competencias entre la Unión y sus Estados miembros²³, parece lógico que la atribución de responsabilidad deba efectuarse atendiendo a la titularidad de la competencia y a su ejercicio efectivo en el caso concreto.

Desde el punto de vista del Derecho de la Unión, tal y como explicita el artículo 216.2 TFUE, no debe olvidarse que los Estados miembros quedarían también obligados —tras la adhesión— a respetar el CEDH frente a la Unión,

²² Debe verse CANNIZZARO, E., «Beyond the Either/Or: Dual Attribution to the European Union and to the Member State for Breach of the ECHR», en EVANS, M. y KOUTRAKOS, P. (eds.), *The International Responsibility of the European Union. European and International Perspectives*, Hart Publishing, 2013, pp. 295-312.

²³ Esta cautela se ha recogido igualmente en el informe que el CDDH ha remitido al Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión. Véase Final report to the CDDH, 47+1(2013)008rev2, Estrasburgo, 10 de junio de 2013. El Proyecto de acuerdo de adhesión prevé en su artículo 2 que la Unión pueda formular reservas al CEDH o a los Protocolos n.º 1 y n.º 6, a los que de momento ha proyectado adherirse. Cabe pensar que dichas reservas efectuadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 CEDH vincularían a los Estados miembros dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, del mismo modo que teóricamente la Unión no se vería obligada a respetar las reservas realizadas por los Estados miembros dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, más allá de lo dispuesto en el artículo 351 TFUE. No obstante, en caso de conflicto —imagine que un Estado miembro no acepta la reserva formulada por la Unión o viceversa— y teniendo en cuenta el artículo 2 del Protocolo n.º 8 añadido por el Tratado de Lisboa —que señala que ninguna de las disposiciones del acuerdo de adhesión podrá afectar a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH y sus Protocolos (medidas de excepción ex art. 15 CEDH y reservas ex art. 57 CEDH)— la última palabra correspondería al TJUE, dejando a salvo la competencia del TEDH para pronunciarse sobre la validez de las reservas. Otra de las cuestiones difíciles de resolver que podría plantearse es la relativa a la posibilidad de que la Unión formule objeciones a reservas emitidas por sus Estados miembros, o por terceros Estados parte, al CEDH o sus Protocolos Adicionales, por considerarlas contrarias a su objeto y fin, así como la oponibilidad de dichas objeciones frente a sus propios Estados miembros.

en tanto que Derecho de la Unión, en el ámbito de aplicación de este ordenamiento. Una cuestión que no se despeja en el Proyecto de acuerdo de adhesión es si los recursos interestatales previstos en el artículo 33 CEDH serían compatibles con la jurisdicción exclusiva del TJUE al abrigo del artículo 344 TFUE en la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión: cualquier recurso planteado ante el TEDH entre la Unión y sus Estados miembros o entre Estados miembros podría suscitar problemas desde el punto de vista de la exclusividad de la jurisdicción del TJUE en la resolución de controversias relativas a la interpretación y aplicación del Derecho originario²⁴.

La distribución de la responsabilidad internacional en función de la titularidad de la competencia y de su ejercicio efectivo puede ser problemática puesto que para las terceras partes en el CEDH y para el propio TEDH la delimitación de competencias entre la organización internacional y sus Estados miembros es un hecho vedado a su conocimiento e injerencia (*res inter alios acta*).

En este caso, el Proyecto de acuerdo de adhesión no ha previsto que la Unión formule una declaración relativa a las competencias que asume en los ámbitos cubiertos por el CEDH, a diferencia de lo que ocurrió en el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982²⁵, o de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El TJUE ha confirmado que el efecto obligatorio de un acuerdo mixto no se reparte entre la Unión y sus Estados miembros cuando tal reparto no se deriva expresamente de su texto²⁶. Por tanto, en defecto de esa declaración

²⁴ Como Gaja apunta, un Estado miembro no podría por imperativo del artículo 344 TFUE demandar a otro Estado miembro por infracción del CEDH si la misma se ha originado en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Del mismo modo, cualquier recurso entre la Unión Europea y sus Estados miembros ante el TEDH implicaría la aplicación del Derecho de la Unión, y por tanto, debe considerarse proscrita esta posibilidad en virtud del artículo 344 TFUE, véase GAJA, G., «Accession to the ECHR», *op. cit.*, p. 189.

²⁵ En este caso se dijo que el carácter difuso de la declaración no permitía a los terceros Estados comprender la índole exacta y alcance de las competencias transferidas a la organización internacional, véase ROLDÁN BARBERO, J., «La CEE y el Convenio sobre Derecho del Mar de 1982. Consideraciones sobre la relación entre el derecho comunitario y el derecho internacional», *loc. cit.*, p. 560. En este caso el artículo 6.2 del Anexo IX *in fine* preveía: «*El hecho de no dar esta información en un plazo razonable o de dar información contradictoria entrañará responsabilidad conjunta y solidaria*».

²⁶ «[...] no es necesario manifestar y fijar, ante las demás partes del Convenio, el reparto de competencias en la materia entre la Comunidad y los Estados miembros, máxime habida cuenta de que dicho reparto puede evolucionar a lo largo del tiempo. Bastará afirmar ante las demás partes contratantes que la materia da lugar a un reparto de competencias dentro de la Comunidad, quedando claro que la exacta naturaleza de este reparto es una cuestión interna en la que los Estados terceros no tienen que intervenir», Resolución 1/78, de 14 de noviembre de 1978, Rec. 1978, p. 2151, apartado 35. Igualmente en relación con el acuerdo internacional

de competencias o de un reparto competencial derivado del propio acuerdo de adhesión al CEDH, tanto la Unión Europea como sus Estados miembros serán partes contratantes en la totalidad de las disposiciones del CEDH y de los Protocolos Adicionales n.ºs 1 y 6, o de los Protocolos a los que finalmente decida adherirse la Unión.

De este modo el reparto de responsabilidades y competencias derivadas del CEDH debería ser una cuestión interna resuelta en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión y donde el TJUE tenga la última palabra como exigencia de la autonomía de este ordenamiento²⁷.

El establecimiento de la responsabilidad internacional pasiva en áreas donde la separación de competencias es nítida no presenta problemas; en cambio, se torna especialmente alambicado en dominios donde los Estados miembros y la Unión comparten competencias: la nueva regla del artículo 2.2 TFUE señala que en estos ámbitos los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en la medida en que la Unión no haya ejercido su competencia o haya decidido dejar de utilizarla. A la luz de esta regla, ¿a quién cabría imputar una eventual infracción del CEDH en un ámbito de competencia compartida, cuando ésta sea debida a una inacción acumulativa de la Unión y del Estado miembro? Podría pensarse que en tal tesitura y a la luz de la regla descrita, atribuir la responsabilidad a la Unión implicaría extender el ámbito de las competencias atribuidas a la Unión más allá de lo previsto en su Derecho originario.

Por lo tanto, la responsabilidad internacional pasiva en el marco del CEDH de la Unión Europea y sus Estados miembros deberá disociarse de la distribución de competencias, puesto que ésta resta como una cuestión a dirimir en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea de modo que

constitutivo de la OMC el TJUE señaló en el asunto *Hermès* que éste «[...] fue celebrado por la Comunidad y ratificado por sus Estados miembros, sin que se hayan repartido entre ellos sus obligaciones respectivas frente a las demás partes contratantes», debe verse la Sentencia de 16 de junio de 1998, *Hermès*, cit. *supra*, apartado 24.

²⁷ Ello no obstante, también se ha dicho que el hecho de que los efectos obligatorios de un acuerdo mixto no se distribuyan entre la Unión Europea y sus Estados miembros podría suscitar la cuestión de su validez en el plano internacional, incluso después de su entrada en vigor, desde el punto de vista del artículo 46 de la Convención de Viena de 1986 sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales; ello puesto que la Unión y sus Estados miembros pueden estar comprometiéndose internacionalmente más allá de sus respectivas competencias. Sin embargo, la virtualidad de tal hipótesis es escasa ya que dicho artículo 46 requiere que se trate de una violación manifiesta y que afecte a una regla de importancia fundamental concerniente a la competencia de la organización internacional para celebrar tratados. Además, dicha violación manifiesta debería ser, con arreglo al artículo 46.3, objetivamente evidente para cualquier tercera parte contratante en el CEDH o sus protocolos, véase NEFRAMI, E., *L'Action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, op. cit., pp. 104-108.

su autonomía se vea respetada²⁸. Sin embargo, no debe minimizarse la importancia de la identificación de las respectivas competencias ante el TEDH cuando se plantea de un modo directo o indirecto en una demanda (sea un recurso individual o interestatal) la compatibilidad de una interpretación o aplicación determinada del Derecho de la Unión con el CEDH: el TEDH deberá posicionarse acerca de si la parte contra la que ha sido dirigida la demanda ejerce o no su jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH. Difícilmente será, pues, el reparto de competencias una cuestión meramente interna.

1. LA INSTITUCIÓN FACULTATIVA DEL CODEMANDADO

Los Estados miembros en el Protocolo n.º 8 añadido por el Tratado de Lisboa y referido a la adhesión de la Unión al CEDH establecieron como cautela que el futuro acuerdo de adhesión debería proveer los mecanismos necesarios para que los recursos interpuestos bien por terceros Estados bien por particulares fuesen correctamente dirigidos contra la Unión, contra los Estados miembros, o contra ambos, según el caso. Para satisfacer dicha exigencia, el Proyecto de acuerdo de adhesión introduce en su artículo 3 la institución facultativa del codemandado²⁹. En el Proyecto de acuerdo de adhesión únicamente se contempla que en los asuntos dirimidos contra uno o varios Estados miembros ante el TEDH la Unión pueda convertirse a petición suya en codemandada, así como que en los asuntos dirimidos contra la Unión los Estados miembros a petición propia puedan devenir en codemandados. En todo caso, para que se permita la constitución de esta suerte de litisconsorcio pasivo es esencial la voluntad de la parte que solicita al TEDH personarse como codemandada, así como que el TEDH, tras observar las razones esgrimidas por la parte interesada en personarse y tras oír a las restantes partes en el litigio permitiendo que formulen sus observaciones, lo estime oportuno.

A tenor del proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión, el TEDH, cuando notifica a una de las partes contratantes la existencia de una violación alegada del CEDH, podrá indicar que otra parte (Estados miembros o Unión) puede comparecer en los procedimientos ante el TEDH como codemandada. Puesto que se trata de una mera sugerencia por parte del TEDH ésta sería respetuosa con la autonomía del Derecho de la Unión en los términos expuestos.

²⁸ Véanse *inter alia* el Dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, cit. *supra*, apartados 35-36; el Dictamen 1/00, de 18 de abril de 2002, cit. *supra*, apartado 13; así como la Sentencia de 30 de marzo de 2006, *Comisión c. Irlanda (Mox)*, cit. *supra*, apartado 154.

²⁹ Véase Final report to the CDDH, 47+1(2013)008rev2, Estrasburgo, 10 de junio de 2013. En lo sucesivo nos referimos a él como proyecto de acuerdo para la adhesión o como proyecto de instrumentos jurídicos para la adhesión de la Unión Europea al CEDH.

Como el Proyecto de acuerdo de adhesión señala, demandado y codeemandado serán partes en el contencioso ante el TEDH en el que aparecerán de forma conjunta quedando obligados de acuerdo con el artículo 46 CEDH según los términos del fallo³⁰.

El TEDH deberá pronunciarse sobre la admisibilidad de los recursos sin tomar en consideración la eventual activación de este mecanismo. La activación de este mecanismo no se plantea en supuestos hipotéticos o de conflicto *in abstracto* entre el Derecho de la Unión y el CEDH. Por el contrario, el conflicto debe suscitarse, según refleja el Proyecto de acuerdo de adhesión, en la propia alegación de infracción del CEDH, que, tras superar la fase de admisibilidad, el TEDH decide comunicar a una parte. En el Proyecto de acuerdo de adhesión dos son los supuestos que eventualmente darían lugar a este mecanismo³¹:

a) *En el caso de demandas dirigidas y notificadas a uno o más Estados miembros, pero no a la Unión, cuando la hipotética violación del CEDH únicamente podría haber sido evitada por el/los Estado/s miembro/s ignorando una obligación impuesta por el Derecho de la Unión (originario o derivado) que no le dejara margen de apreciación para su implementación a nivel nacional.* Ante tal disyuntiva la Unión podría convertirse en codemandada para defender la conformidad con el CEDH de una norma de derecho derivado, ya que no está al alcance del Estado o Estados miembros inicialmente demandados modificar el derecho derivado para adecuarlo a las exigencias del CEDH. El sentido de que la Unión pueda coadyuvar al Estado miembro cuando es la aplicación sin margen de apreciación del Derecho originario la que se cuestiona, estribaría quizá en evitar una ruptura de su interpretación y aplicación uniforme. Hasta la fecha, debido a la ausencia de jurisdicción *ratione personae* frente a la Unión, el TEDH había atribuido la hipotética responsabilidad de una eventual infracción del CEDH a los Estados miembros cuando ésta pudiera derivarse de un acto de las autoridades nacionales de aplicación del Derecho de

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

³¹ Cuando la demanda es dirigida y notificada a ambos, Estados miembros y Unión Europea, cualquiera de los demandados puede adquirir el estatus de codeemandado si la hipotética violación del CEDH hubiera sido únicamente evitable ignorando las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión.

la Unión sin margen de apreciación alguno. Así ha ocurrido en situaciones semejantes a la que originó la Sentencia del TEDH en el asunto *Bosphorus* donde, ante las dificultades de ejercer su escrutinio sobre un Reglamento comunitario que a su vez traía causa de una Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, el TEDH consideró que el antiguo primer pilar de la integración europea ofrece una protección equivalente a la del CEDH, salvo que en un caso concreto se demuestre la existencia de una protección manifiestamente deficiente³². Con razón se ha sostenido que esta presunción de respeto al CEDH hacia el ordenamiento de la Unión será difícilmente justificable, puesto que dicha presunción constituye una exención de la supervisión del TEDH hacia el ordenamiento de la Unión de la que no se benefician otras partes contratantes en el CEDH aun cuando puedan gozar de un sistema más completo de protección de los derechos fundamentales. Razón de más para abandonar dicha presunción es que el propio Proyecto de acuerdo prevé que la Unión Europea se adhiera al CEDH en igualdad de condiciones respecto al resto de partes contratantes³³. Esta apreciación del TEDH premonitoria a la adhesión contrasta lógicamente con la práctica ante los órganos de solución de diferencias en el marco de la OMC: tanto los Paneles como el Órgano de Apelación han considerado responsable a la Unión por los actos de aplicación descentralizada del Derecho de la Unión llevados a cabo por sus Estados miembros en casos donde sus autoridades actúan como agentes al servicio de la Unión, es decir, como meros ejecutores sin poder de apreciación³⁴. Cabe pensar que tras la adhesión el TEDH podría inspirarse en la regla contenida en el artículo 7 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por Hechos Internacionalmente Ilícitos aprobado por la CDI en segunda lectura su 63.º pe-

³² Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, cit. *supra*, apartados 155-156. Véase también la Decisión del TEDH de 20 de enero de 2009, *Kokkvisserij c. Países Bajos*, cit. *supra*. Hasta la fecha dicha deficiencia manifiesta no ha sido encontrada por el TEDH, véase, LOCK, T., «Beyond *Bosphorus*: The European Court of Human Rights Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights», *loc. cit.*, p. 545.

³³ En palabras de Burgorgue-Larsen: «*Il ne faudrait pas que sous couvert d'orchestrer l'harmonie, la Cour de Strasbourg se voile la face et entretienne, pis, légitime des lacunes en matière de protection des droits dans le système de l'Union européenne*», véase BURGORGUE-LARSEN, L., «Le destin judiciaire strasbourgeois de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne. *Vices et Vertus du Cosmopolitisme Normatif*», en *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, París, 2010, p. 169.

³⁴ No obstante, no debe olvidarse que en algunos de esos casos los Estados miembros actuaban en áreas de competencia exclusiva de la Unión, véase HOFFMEISTER, F., «Litigating against the European Union and Its Member States - Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?», *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3, 2010, pp. 731-734.

riodo de sesiones³⁵. La clave para atribuir estos supuestos a la organización internacional, la Unión Europea, radicará por tanto en que ésta mantenga un *control efectivo* sobre los órganos del Estado miembro puestos a su disposición para la aplicación descentralizada del Derecho de la Unión. El TEDH se desvió de este criterio en los asuntos *Behrami y Saramati* aplicando uno aun más amplio: considerar que el factor definitivo para imputar los comportamientos de la KFOR al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas era que éste había conservado la autoridad y el control en última instancia habiendo delegado tan sólo el mando operacional³⁶. Por tanto, el TEDH deberá evaluar si a tenor de estos elementos y precedentes, el hecho de que la aplicación descentralizada sin margen de apreciación del Derecho de la Unión esté sujeta al control del TJUE y al eventual procedimiento por incumplimiento a disposición de la Comisión Europea, es suficiente para poder imputar a la Unión una eventual infracción del CEDH en tales situaciones al considerarse que la Unión mantiene un control efectivo en la aplicación de su Derecho cuando es llevada a cabo por los órganos de sus Estados miembros. No en vano, dada la posibilidad de establecer como *lex specialis* las reglas de la organización internacional que rigen las relaciones con sus Estados miembros que contempla el artículo 64 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales, Hoffmeister propone una regla especial para la distribución de responsabilidad entre la Unión y sus Estados miembros ante los organismos internacionales de solución de controversias que pondría más énfasis en criterios como quién tiene el poder jurídico de poner fin a la infracción alegada o a quién correspondería la obligación internacional de reparar que en el criterio del autor material de la infracción³⁷. En cualquier caso, el criterio mantenido por el TEDH hasta la fecha no dista sustancialmente del criterio del Tribunal Constitucional español que ha ejercido el control de constitucionalidad sobre los actos nacionales de aplicación del Derecho de la Unión Europea³⁸.

³⁵ «El comportamiento de un órgano de un Estado o de un órgano o un agente de una organización internacional que hayan sido puestos a disposición de otra organización internacional se considerará un hecho de esta última organización según el derecho internacional si ésta ejerce un control efectivo sobre ese comportamiento». Informe de la CDI, 63.º Periodo de Sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011). *Documentos oficiales de la Asamblea General*, 66.º Periodo de Sesiones, Suplemento n.º 10 (A/66/10).

³⁶ Decisión de la Gran Sala del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, cit. *supra*, apartado 133. Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., *La responsabilidad internacional de Estados y Organizaciones. Balance provisional de coincidencias y matices*, Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2010, pp. 144-151.

³⁷ HOFFMEISTER, F., «Litigating against the European Union and Its Member States - Who Responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?», *loc. cit.*, pp. 745-747.

³⁸ Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en su Sentencia de 2 de marzo de 2010, *1 BvR 256/08*, *1 BvR 263/08* y *1 BvR 586/08*, declaró inconstitucionales por

El nuevo proyecto de acuerdo de adhesión de 2013 no parece admitir en principio la idea de que la Unión pueda ser internacionalmente responsable por los actos de aplicación descentralizada del Derecho de la Unión, en contravención del CEDH, llevados a cabo por las autoridades de sus Estados miembros sin margen de apreciación. Se establece una regla especial de atribución en el apartado 4 del artículo 1 del proyecto de acuerdo³⁹. En este sentido todo parece indicar que, en los supuestos de aplicación descentralizada del Derecho de la Unión la Unión Europea podría ser a lo sumo considerada como responsable solidaria o conjunta, pero no como responsable en exclusiva, es decir, que no parece factible que el TEDH pueda distribuir los efectos obligatorios del fallo. Ahora bien, el apartado 7 del artículo 3 del proyecto de acuerdo desmiente esta idea: el hecho de que la Unión Europea o sus Estados miembros se conviertan en demandados y codemandados, respectivamente, no parece privar al TEDH de su capacidad para considerar como único responsable de una eventual violación del CEDH o sus protocolos tan sólo a uno de ellos. Cobran importancia los acuerdos a los que puedan llegar durante el desarrollo del procedimiento contencioso la Unión Europea y sus Estados miembros con respecto al alcance de sus respectivas responsabilidades y competencias⁴⁰.

b) *El segundo supuesto de activación, tendría lugar cuando se trata de demandas dirigidas y notificadas únicamente a la Unión Europea.* En tal caso, los Estados miembros podrían instar convertirse en codemandados

violación de derechos fundamentales algunos aspectos de la ley de transposición de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, cit. *supra*. El Tribunal Constitucional alemán estableció la incompatibilidad de varios preceptos de la ley de trasposición de la Directiva con algunos de los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental, sin elevar previamente la cuestión prejudicial al TJUE.

³⁹ «*For the purposes of the Convention, of the Protocols thereto and of this Agreement, an act, measure or omission of organs of a member State of the European Union or of persons acting on its behalf shall be attributed to that State, even if such act, measure or omission occurs when the State implements the law of the European Union, including decisions taken under the Treaty on the European Union (hereinafter referred to as “the TEU”) and under the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as the “TFEU”). This shall not preclude the European Union from being responsible as a co-respondent for a violation resulting from such an act, measure or omission, in accordance with Article 36, paragraph 4, of the Convention and Article 3 of this Agreement*», véase Final report to the CDDH, 47+1(2013)008rev2, Estrasburgo, 10 de junio de 2013.

⁴⁰ «*If the violation in respect of which a High Contracting Party is a co-respondent to the proceedings is established, the respondent and the co-respondent shall be jointly responsible for that violation, unless the Court, on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent, and having sought the views of the applicant, decides that only one of them be held responsible*», *ibid*.

siempre que en la violación alegada del CEDH se suscitase un problema de compatibilidad entre el Derecho originario⁴¹ y los derechos recogidos en el CEDH. La Unión Europea, en caso de plantearse este conflicto normativo, estaría obligada a defender la compatibilidad con el CEDH de su propio derecho constitutivo, que le viene dado por sus Estados miembros que son sus creadores y los únicos capacitados para modificarlo en tanto que «señores de los tratados»⁴². Ahora bien, este hecho no les convertiría automáticamente en únicos responsables puesto que son las instituciones de la Unión, en especial el TJUE como intérprete último, quienes dotan de contenido al interpretar y aplicar el Derecho originario. Se trataría de que los Estados miembros pudieran coadyuvar a la Unión Europea en el proceso ante el TEDH para defender la compatibilidad del Derecho originario con el CEDH y al convertirse en partes podrían asumir la parte de la eventual responsabilidad que correspondiera. De este modo, llegado el caso estarían ellos obligados por el fallo del TEDH siendo más viable iniciar una revisión del Derecho originario en caso de venir motivada por su ejecución. Desde el punto de vista del TEDH, a la hora de determinar en este tipo de asuntos quién y en qué grado ejerce su jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH, podría resultar de interés examinar si las instituciones de la Unión ejercieron o no un poder discrecional a la hora de interpretar y aplicar el Derecho de la Unión⁴³. El TEDH podría emplear como guía los artículos 58 a 63 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por Hechos Internacionalmente Ilícitos aprobado por la CDI, relativos a la responsabilidad de los Estados en conexión con los actos de una organización internacional⁴⁴. El TEDH deberá resolver la cuestión de si los 28 Estados miembros serían colectivamente responsables por haber conducido a la organización internacional mediante la redacción del Derecho originario a adoptar un acto contrario a las obligaciones deri-

⁴¹ El artículo 3 del Proyecto de acuerdo de adhesión se refiere a cualquier disposición recogida en el TUE o en el TFUE, así como cualquier otra disposición que tenga el mismo valor jurídico que dichos instrumentos. Por tanto, este supuesto abarca aquellos eventuales conflictos que pudieran surgir entre una disposición de la CDFUE y el CEDH. Esta mención abre la puerta a otra posible fuente de problemas que puede hallarse en los Protocolos, Anexos y Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental por la que fue adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007.

⁴² Expresión proveniente del Tribunal Constitucional alemán: *Herren der Verträge*.

⁴³ Aunque el hecho mismo de determinar el grado de discrecionalidad que permite el Derecho de la Unión también podría constituir una forma de inmiscuirse en la interpretación del Derecho de la Unión contraria a la autonomía de este ordenamiento jurídico, LADENBURGER, C., «Vers l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 47, n.º 1, 2011, p. 21.

⁴⁴ Informe de la CDI, 63.º Período de Sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), cit. *supra*.

vadas del CEDH. En este sentido el artículo 60 de este Proyecto de Artículos podría ser de utilidad⁴⁵.

En cualquier caso, como el propio artículo 63 deja entrever, la distribución de responsabilidad en estos casos no es tajante y el hecho de que el Estado responda por los actos de la organización internacional no enerva la responsabilidad de la propia organización por dichos actos.

El hecho de que en el Proyecto de acuerdo de adhesión sólo se haya previsto como facultativa la institución del codemandado no deja de ser problemático por dos motivos:

a) Es posible que en los supuestos comentados la parte a la que correspondería instar su participación como codemandada decida no hacerlo empleando su poder discrecional. Lógicamente esta hipótesis podría ir en detrimento de la eficacia del eventual fallo condenatorio del TEDH. Ahora bien, pese a que este mecanismo se instituye básicamente con carácter facultativo, se ha previsto que la Unión Europea efectúe una declaración —en el momento de obligarse en virtud del acuerdo de adhesión— mediante la cual se comprometería a solicitar comparecer como codemandada en un litigio en el caso de que entienda que se da el supuesto de hecho descrito para la activación del mecanismo de codemandado en el artículo 3, apartado 2 del proyecto de acuerdo de adhesión. Del mismo modo dicha declaración supondría la obligación para la Unión de aceptar la invitación del TEDH para convertirse en codemandada, de nuevo, si a su juicio se producen las condiciones previstas en el artículo 3, apartado 2.

b) Del mismo modo, puede ocurrir que los Estados miembros y la Unión Europea trasladen su desencuentro respecto al alcance de sus respectivas competencias ante el TEDH, de forma que éste se hallaría en una posición incómoda desde el punto de vista de la no injerencia en la autonomía del Derecho de la Unión a la hora de pronunciar su fallo.

Pese a este carácter incompleto del Proyecto de acuerdo de adhesión que sólo prevé este mecanismo descansando siempre en la voluntad de los posibles codemandados, como propone De Schutter, es posible garantizar un adecuado equilibrio entre la eficacia de los fallos del TEDH y la autonomía del Derecho de la Unión siempre y cuando en los supuestos que involucren al Derecho de la Unión en las demandas ante este Tribunal se respeten dos elementos:

⁴⁵ «Un Estado miembro de una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si, prevaleciendo de que la organización es competente en relación con el objeto de una de las obligaciones internacionales de ese Estado, se sustrae al cumplimiento de la obligación induciendo a la organización a cometer un hecho que, de haber sido cometido por dicho Estado, habría constituido una violación de esa obligación», *ibid.*

a) La parte contra la que ha sido dirigida y comunicada la demanda debe tener el derecho de solicitar que la demanda se extienda bien al conjunto de Estados miembros bien a la Unión Europea, de modo que las otras partes deban unirse obligatoriamente a la causa, según un mecanismo no de intervención voluntaria sino forzosa. Aunque no se haya previsto este mecanismo en el articulado del Proyecto de acuerdo de adhesión, desde el punto de vista del principio de cooperación leal y su corolario el principio de unidad de representación internacional de la Unión algunos de los supuestos examinados requerirían que la intervención del codemandado fuese obligatoria y no meramente facultativa. Por tanto, en el seno del ordenamiento de la Unión, una vez se complete la adhesión, deberán fijarse las directrices que a partir del principio de cooperación leal permitan identificar en qué supuestos la Unión Europea o sus Estados miembros deben comparecer conjuntamente como parte defensora ante el TEDH.

b) Ante los riesgos expuestos de que los conflictos de competencias entre Unión y Estados miembros se trasladen al TEDH, éste debe tener la posibilidad de extender los efectos obligatorios de su fallo a todas las partes en el contencioso: tanto hacia aquellas a las que se había dirigido inicialmente la demanda como hacia aquellas que se hayan incorporado de forma voluntaria o forzosa (según lo señalado inmediatamente atrás). De este modo al establecerse la responsabilidad solidaria y conjunta se respeta la autonomía del Derecho de la Unión, quedando los Estados miembros y la Unión obligados en el seno de este ordenamiento a elegir la modalidad más adecuada para la ejecución del fallo del TEDH dentro de la discrecionalidad que éste otorgue, sin que sus respectivos poderes se vean alterados⁴⁶. La responsabilidad solidaria y conjunta sería una opción siempre subsidiaria con respecto a que la Unión y sus Estados miembros propusieran durante el procedimiento al TEDH un modo más preciso de reparto de responsabilidades con arreglo al propio Derecho de la Unión. Por tanto, se trataría de una válvula de escape para el TEDH, que le evitaría tener que pronunciarse sobre el reparto de efectos obligatorios de su fallo cuando los hechos ilícitos se encuadren en ámbitos materiales donde la competencia de la Unión y la de los Estados miembros se yuxtaponen sin posibilidad de separación neta⁴⁷.

Un punto problemático y por completar previsto por el Proyecto de acuerdo de adhesión es el relativo a la necesidad de articular un mecanismo que

⁴⁶ DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: feuille de route de la négociation», *loc. cit.*, pp. 555-562.

⁴⁷ CORTÉS MARTÍN, J. M., «Sur l'adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent: le mécanisme de codéfendeur», *loc. cit.*, p. 656.

garantice el pronunciamiento previo del TJUE sobre la compatibilidad con el CEDH de una disposición del Derecho de la Unión. Éste se ha contemplado para aquellos asuntos donde la Unión sea codemandada y el Tribunal de Justicia no haya tenido oportunidad de conocer al haberse agotado el sistema de recursos internos mediante una acción indirecta contra el Derecho de la Unión, es decir, ante los órganos jurisdiccionales nacionales sin que éstos hayan elevado la cuestión prejudicial (art. 3.6)⁴⁸. Al margen de que este mecanismo se justifique o no por razón de preservar la autonomía del Derecho de la Unión, con independencia de los riesgos de que este mecanismo pueda introducir dilaciones indebidas ante el TEDH en perjuicio del demandante, así como de las enormes dificultades que presentan las alternativas para su puesta en práctica⁴⁹ y del escollo de hallar una base jurídica sin que se amplíen las competencias de la Unión, cabe decir que, en caso de llegar a articularse, su principal utilidad podría consistir en dar la oportunidad al TJUE de pronunciarse *ex ante* sobre el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros. Lógicamente una opinión del TJUE sobre la compatibilidad con el CEDH de una disposición del Derecho de la Unión sólo debería ser tenida en cuenta por el TEDH, pero un pronunciamiento de aquél sobre la distribución de competencias debería ser seguido por este último a la hora de dictar fallo y le permitiría distribuir la responsabilidad entre la Unión y los Estados miembros derivada de una eventual infracción del CEDH y sus Protocolos⁵⁰.

Otra cuestión que no debe olvidarse es que, aun en supuestos en que la demanda ha sido dirigida y notificada tanto a la Unión como a uno o varios Estados miembros, cualquiera de ellos tiene la facultad de instar su conversión de demandado en codemandado. Existen supuestos donde el TEDH contribuye a reforzar los mecanismos de garantía de cumplimiento del Derecho de la Unión: por ejemplo, cuando se podría condenar a un Estado por no ejecutar una Sentencia del TJUE⁵¹, o cuando se infringe algún derecho recogido en el CEDH o sus Protocolos mediante la denegación por los órganos

⁴⁸ Cabe inferir de la reciente Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia*, cit. *supra*, que en este tipo de casos el TEDH no mantendría la presunción de protección equivalente sobre el ordenamiento jurídico de la Unión y su sistema de recursos.

⁴⁹ LOCK, T., «EU Accession to the ECHR: Implications for Judicial Review in Strasbourg», *European Law Review*, n.º 6, 2010, pp. 787-795.

⁵⁰ Se ha dicho que en el Reglamento del TEDH podría introducirse una reforma para que el Tribunal estuviera facultado a suspender el procedimiento y formular al TJUE la pregunta sobre la competencia en el asunto concreto siguiendo el ejemplo del artículo 57 del Reglamento del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, véase CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *loc. cit.*, pp. 25-26.

⁵¹ Sentencia del TEDH de 19 de marzo de 1997, *Hornsby c. Grecia*, cit. *supra*, en relación con la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 1988, *Comisión c. Grecia*, cit. *supra*.

jurisdiccionales nacionales de la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión (si se ha constatado dicho incumplimiento)⁵². En dichas ocasiones existe un interés potencialmente concurrente entre el TEDH y la Unión Europea, la acción es sinérgica y favorecedora del cumplimiento del Derecho de la Unión. Por ello, la Unión no tendría interés en coadyuvar al Estado miembro demandado ante el TEDH, sino más bien todo lo contrario, comparecer en el procedimiento para sostener la posición del demandante. El demandante podría tener un interés legítimo en que la Unión Europea, por ejemplo, a través de la Comisión Europea compareciese en el procedimiento ante el TEDH formulando observaciones escritas o participando en la fase oral para certificar que el Estado miembro demandado ha incumplido el Derecho de la Unión y que dicho incumplimiento verifica las condiciones establecidas en la jurisprudencia del TJUE originada en el asunto *Francovich*⁵³. En la medida en que la participación de terceros prevista en el artículo 36.1 CEDH se limita a demandantes que sean nacionales de una de las partes en el Convenio, y nada se ha dicho en el Proyecto de acuerdo de adhesión para que la Unión pueda intervenir en virtud del ligamen de la ciudadanía europea, la única opción es que pudiera intervenir en virtud del artículo 36.2 CEDH tras ser admitida por el Presidente del TEDH en interés de la buena administración de justicia. Tampoco debe perderse de vista que en este tipo de supuesto estaría sobrevolando el interés del TJUE en virtud del artículo 344 TFUE.

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

Los Estados miembros y la Unión Europea deberán lograr un acuerdo en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión para ejecutar aquellos fallos del TEDH en los que excepcionalmente se haya constatado su responsabilidad solidaria y conjunta. Dicho acuerdo vendrá exigido no sólo por el imperativo respeto a las obligaciones del CEDH, sino también por el deber de cooperación leal (art. 4.3 TUE), del cual será el TJUE árbitro último.

En aquellos supuestos donde el TEDH haya podido distribuir los efectos obligatorios de su fallo entre la Unión y los Estados miembros, por ejemplo gracias a una propuesta de éstos durante el procedimiento, la ejecución por cada una de las partes contratantes en el CEDH de su respectiva parte del fallo se antoja más fácil de llevar a cabo.

⁵² Sentencia de 16 de abril de 2002, *Dangeville c. Francia*, cit. *supra*.

⁵³ Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Andrea Francovich c. República Italiana y Danila Bonifaci y otros c. República Italiana*, cit. *supra*.

Una vez llevada a término la adhesión, tanto la Unión como sus Estados miembros tendrán la obligación jurídica de crear los cauces adecuados para que las sentencias del TEDH puedan ser correctamente ejecutadas en sus respectivos ordenamientos.

Dicha ejecución debe permitir la reparación plena de los derechos vulnerados en los términos que el TEDH fije en su sentencia. Los fallos del TEDH carecen de ejecutoriedad *per se* en los ordenamientos jurídicos de las partes contratantes, es decir, no pueden anular automáticamente una resolución judicial de los órganos jurisdiccionales de las partes contratantes. Éstas adquieren una obligación de resultado teniendo discrecionalidad a la hora de elegir los medios para su adecuada ejecución⁵⁴. No obstante, hay casos en que el propio TEDH restringe la libertad de elección de que gozan los Estados, indicándoles la forma de ejecutar correctamente sus sentencias. Un ejemplo elocuente sería el asunto relativo a la condena a muerte al líder del Partido de los Trabajadores del Kurdistán (PKK), *Öcalan c. Turquía*, donde el TEDH, tras concluir que se había vulnerado el artículo 6 CEDH, entendió que la forma más adecuada de reparación consistía en la celebración de un nuevo juicio o en la reapertura del procedimiento⁵⁵.

En casos excepcionales el TEDH ha sostenido que la naturaleza de la violación del CEDH presenta tal magnitud que no deja elección a la parte contratante respecto de la medida a adoptar para llevar a cabo la ejecución, procediendo el propio Tribunal a señalar la medida a adoptar: así ocurrió en el asunto *Assanidzé c. Georgia*, donde el TEDH estableció que correspondía al Estado demandado asegurar la puesta en libertad del demandante a la mayor brevedad⁵⁶.

Por su parte, las precisiones que el Comité de Ministros del Consejo de Europa efectúa en la supervisión y seguimiento de la ejecución de las sentencias al amparo del artículo 46.2 CEDH también son una fuente de limitación de la autonomía de la que gozan las partes contratantes a la hora de ejecutar los fallos del TEDH.

Por tanto, la ejecución de las sentencias del TEDH puede exigir en el ordenamiento de la Unión Europea no sólo medidas individuales, sino también medidas generales como son la modificación, derogación o adopción de una medida legislativa, el cambio de una línea jurisprudencial o la modificación de una práctica administrativa, por lo demás, del mismo modo

⁵⁴ Debe verse LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «Los efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Derecho español», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXXVII, n.º 2, 1985, pp. 356-376.

⁵⁵ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 12 de mayo de 2005, *Öcalan c. Turquía*, Recurso n.º 46221/99, apartado 210. Debe verse, MORTE GÓMEZ, C., «Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, pp. 225-242.

⁵⁶ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 8 de abril de 2004, *Assanidzé c. Georgia*, Recurso n.º 71503/01, apartados 202-203.

que ocurre en los ordenamientos jurídicos del resto de partes contratantes en el CEDH⁵⁷.

Cuando el ordenamiento jurídico de la parte demandada sólo permite de forma inexacta eliminar las consecuencias perjudiciales de la violación consumada del CEDH, el TEDH tiene la posibilidad de obligar a la parte condenada a satisfacer a la víctima un importe como satisfacción equitativa con arreglo al artículo 41 CEDH.

En su Recomendación R(2000)2, de 19 de enero de 2000, el Comité de Ministros del Consejo de Europa señalaba que hay casos excepcionales donde la única fórmula admisible de *restitutio in integrum* sería la revisión de un asunto o la reapertura de los procedimientos ante los tribunales internos cuando el TEDH ha constatado la existencia de una violación de las disposiciones del CEDH, y en particular: a) cuando tras el fallo del TEDH la víctima continúa soportando los perjuicios de la decisión interna impugnada; b) cuando del fallo del TEDH se desprenda que la decisión interna es incompatible en sustancia con el CEDH; o c) que la violación del CEDH derive de errores procedimentales de tal magnitud que hagan aparecer serias dudas sobre el resultado de la decisión interna controvertida.

El Comité de Ministros anima a las partes en el CEDH a habilitar un cauce procesal específico en su legislación interna para permitir en estos supuestos excepcionales la revisión de resoluciones firmes de sus órganos jurisdiccionales o la reapertura de procedimientos. Por su parte, el TEDH en algunos asuntos incluye la denominada «fórmula *Gençel*», mediante la que invita al Estado demandado a posibilitar la reapertura del procedimiento interno en caso de infracción del derecho a un juicio justo⁵⁸.

Además, desde 2004 el TEDH viene empleando la técnica de dictar sentencias *piloto* como forma de aliviar su carga de trabajo evitando en situaciones estructurales de vulneración de un derecho recogido en el CEDH la proliferación de contenciosos repetitivos⁵⁹. En tal supuesto el TEDH identifica una demanda individual como prioritaria y paraliza la tramitación de las restantes

⁵⁷ La ejecución de las sentencias del TEDH puede requerir lógicamente medidas individuales pero también medidas generales como las señaladas: la modificación de la legislación, la jurisprudencia o la práctica administrativa que han dado lugar a la infracción del CEDH. Dichas medidas persiguen no sólo poner fin a vulneraciones que existen, sino que se dirigen a evitar que se reproduzcan vulneraciones similares e incluso a crear nuevas vías de recurso interno para reparar vulneraciones que ya se han producido.

⁵⁸ Sentencia del TEDH de 23 de octubre de 2003, *Gençel c. Turquía*, Recurso n.º 53431/99, apartado 27. MORTE GÓMEZ, C., «Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 242.

⁵⁹ Puede verse sobre estos asuntos *piloto*, SADURSKI, W., «Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments», *Human Rights Law Review*, vol. 9, n.º 3, 2009, pp. 397-453.

demandas sustancialmente idénticas, así el TEDH aprovecha su sentencia para dar a la parte demandada las indicaciones para que pueda establecer en el seno de su ordenamiento las vías de recurso o las modificaciones normativas necesarias para reponer a las demás personas afectadas en el disfrute efectivo de sus derechos. En principio nada impide que el TEDH decida acudir a este procedimiento en caso de demandas formuladas contra la Unión Europea⁶⁰.

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

En aquellos supuestos donde la *restitutio in integrum* exija de modo excepcional la reapertura de un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales internos o bien la revisión de una resolución judicial firme, una opción satisfactoria para permitir la adecuada ejecución podría ser que los respectivos Reglamentos de procedimiento del Tribunal General y del Tribunal de Justicia fueran objeto de sendas modificaciones en su apartado relativo a recursos extraordinarios⁶¹.

⁶⁰ Como pone de manifiesto la Sentencia del TEDH en el asunto *Broniowski c. Polonia*, la ejecución de una sentencia piloto exige no sólo medidas de reparación individual con respecto al demandante, sino que también debe adoptar la parte condenada medidas de carácter general relativas al resto de demandantes, Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 22 de junio de 2004, *Broniowski c. Polonia*, Recurso n.º 31443/96.

⁶¹ a) Para permitir a instancia del recurrente ante el TEDH la reapertura de los procedimientos, por ejemplo, cuando se haya vulnerado el derecho a un proceso equitativo, y la re-

La entrada en vigor del Protocolo Adicional n.º 14 al CEDH, el 1 de junio de 2010, además de habilitar la adhesión de la Unión Europea, ha contribuido a reforzar las competencias del Comité de Ministros en relación con la ejecución de las sentencias del Tribunal: el tercer párrafo del artículo 46 CEDH permite al Comité de Ministros solicitar por mayoría de dos tercios que el TEDH aclare los términos de una sentencia cuando no resulte claro identificar cuáles son las obligaciones que se derivan de la misma para la parte condenada. Además, en el párrafo 4 del artículo 46 se ha introducido una especie de recurso por incumplimiento ante la Gran Sala del TEDH. Éste requiere ser activado por mayoría de dos tercios en el Comité de Ministros y su finalidad es que el TEDH se pronuncie acerca de si la conducta de la parte demandada en la ejecución de un fallo anterior supone un nuevo incumplimiento del CEDH, en particular de las obligaciones derivadas del artículo 46. La finalidad de esta nueva vía de recurso ante el TEDH es que la parte condenada ejecute adecuadamente el fallo del TEDH debido a la presión política y diplomática, y sobre todo, al riesgo de una nueva sentencia condenatoria de la Gran Sala del Tribunal⁶².

Por último, no debe perderse de vista que en virtud del artículo 39.4 CEDH el Comité de Ministros también se encarga de controlar la ejecución de las decisiones del Tribunal relativas a los acuerdos amistosos alcanzados por las partes, así como de aquellas decisiones referidas a declaraciones unilaterales efectuadas por las partes contratantes y aceptadas por el Tribunal en el marco de los procedimientos ante él sustanciados.

En todas las funciones del Comité de Ministros descritas en relación con la supervisión de la ejecución de sentencias del TEDH, ha previsto el Proyecto de acuerdo de adhesión la participación de la Unión Europea como una parte contratante más. No obstante, de todas las cuestiones relativas a la participación de la Unión Europea en las instancias de control del CEDH es ésta la que presenta mayor enjundia jurídica y es susceptible de dar lugar a mayor número de problemas durante el proceso de ratificación del acuerdo de adhesión. Dadas las peculiaridades del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y la interacción entre ésta y sus Estados miembros, el Proyecto de acuerdo de adhesión (art. 7) establece la cautela de que el ejercicio del derecho de voto de la

troacción de actuaciones procesales venga exigida por la ejecución del fallo del TEDH, y b) Para incluir entre los motivos de revisión de una sentencia la necesidad de reparar una violación de los derechos recogidos en el CEDH en los términos exigidos por el fallo del TEDH. Véanse los artículos 98 a 100 de la Versión Consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, *DOUE* Serie C 177/1, de 2 de julio de 2010; así como los artículos 125 a 128 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General, *DOUE* Serie C 177/37, de 2 de julio de 2010.

⁶² MORTE GÓMEZ, C., «Eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 234.

Unión y sus Estados miembros en el seno del Comité de Ministros no podrá llevarse a cabo en detrimento de sus funciones de supervisión de la ejecución de sentencias del Tribunal al abrigo de los artículos 39 y 46 CEDH. En este punto resultan de especial interés las consecuencias del deber de cooperación leal y su corolario, la unidad de representación internacional de la Unión:

a) *Cuando el Comité de Ministros supervisa la ejecución de un fallo relativo a la Unión únicamente, o a la Unión y uno o varios de sus Estados miembros, por exigencias del deber de cooperación leal la Unión y sus Estados miembros deben expresar su posición y su voto de forma coordinada.* Habida cuenta de que el número de votos del conjunto de Estados miembros seguiría la suerte del expresado por la propia Unión sujeta a supervisión, su elevado número casi con total seguridad impediría al Comité de Ministros conseguir la mayoría de votos necesaria para poder ejercer sus funciones de control⁶³. Para evitar tal sabotaje de las funciones inherentes al Comité de Ministros, el Proyecto de acuerdo contiene un Proyecto de Regla n.º 18 que debería añadirse a las reglas del Comité de Ministros ya existentes sobre la supervisión y ejecución de sentencias y acuerdos amistosos⁶⁴. Lógicamente,

⁶³ Véanse las Reglas de 10 de mayo de 2006 del Comité de Ministros para la supervisión y ejecución de sentencias y de los términos de los acuerdos amistosos.

⁶⁴ Para evitar que la Unión y sus Estados miembros al expresar su voto de forma coordinada puedan afectar negativamente a las funciones del Comité de Ministros en la supervisión de la ejecución de los fallos del TEDH o de los términos de los arreglos amistosos, han sido previstas reglas especiales para la adopción de las decisiones del Comité de Ministros que resultarán de aplicación a aquellos casos en que la Unión Europea sea parte:

— A la hora de adoptar una decisión final en la que el Comité de Ministros constate que la Unión Europea ha adoptado todas las medidas necesarias para dar adecuado cumplimiento al fallo del TEDH o a los términos de un acuerdo amistoso, cesando en sus funciones de supervisión, será necesario que se pronuncie de un modo favorable una mayoría de al menos 4/5 de los representantes, que supongan al menos dos terceras partes del total de representantes con derecho a estar en el Comité de Ministros.

— Las decisiones relativas a la solicitud de la interpretación de una sentencia del TEDH, así como aquéllas necesarias para remitir al TEDH la cuestión de determinar si (la Unión en este caso) una alta parte se niega a cumplir adecuadamente una sentencia del Tribunal, serán adoptadas si se expresa el voto favorable de al menos un cuarto de los Estados con derecho a representación en el Comité de Ministros.

— Las decisiones relativas a la solicitud de información o meramente procedimentales se entenderán adoptadas con el voto favorable de una mayoría de un quinto de los representantes con derecho a estar sentados en el Comité de Ministros.

En cualquier caso, la práctica establecida del Comité de Ministros ha sido la de adoptar sus decisiones por consenso, por lo que el recurso a la votación es algo bastante excepcional y, por tanto, *a priori* resulta escasa la utilidad de estas reglas especiales. Véase «Draft rule to be added to the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in cases to which the European Union is a party», Final report to the CDDH, 47+1(2013)008rev2, Estrasburgo, 10 de junio de 2013.

dado el carácter político de este mecanismo de control, esta nueva regla podría dejar aspectos importantes del ordenamiento jurídico de la Unión Europea al albur de terceros Estados que en el mejor de los casos presentarían sensibilidades jurídicas distintas a las de sus propios Estados miembros. No sería de extrañar que esta regla especial de voto todavía provisional pueda demorar el proceso de ratificación del acuerdo de adhesión.

b) *Cuando el Comité de Ministros examina el cumplimiento del fallo del TEDH dirigido contra un Estado miembro, se ha contemplado en el Proyecto de acuerdo de adhesión que la Unión no podrá expresar su voto.* El principal motivo debe ser evitar extender las competencias cuyo ejercicio se ha transferido a la Unión Europea en materia de derechos fundamentales al tratarse de situaciones puramente internas desde el punto de vista del Derecho de la Unión. En estos casos, lógicamente, el resto de Estados miembros no tienen obligación por imperativo del Derecho de la Unión de expresar una posición ni un voto coordinados.

c) *Cuando las obligaciones que se supervisan por el Comité de Ministros pertenecen a un Estado parte diferente a la Unión o sus Estados miembros, el Proyecto de acuerdo de adhesión señala que del Derecho originario de la Unión no se deriva una obligación para los Estados miembros para expresar su posición y voto de forma coordinada ni tan siquiera en el supuesto de que la Unión exprese una posición concreta al respecto.* Lo cierto es que nada impide desde el punto de vista del Derecho de la Unión que los Estados miembros coordinen su voto. Además, no es tan evidente que en el caso de que la Unión exprese su posición en el ámbito PESC en relación con la supervisión de las obligaciones de un tercer Estado no estén sus Estados miembros obligados a seguirla en virtud de los artículos 3.5, 21.1 y 21.2 TUE en conjunción con el artículo 4.3 TUE relativo al deber de cooperación leal. Con independencia de lo dispuesto en el Proyecto de acuerdo de adhesión, será el TJUE quien tenga la última palabra en este sentido.

Pese a las cautelas expuestas para evitar que tras la adhesión la Unión y sus Estados miembros desnaturalicen el ejercicio de las funciones inherentes al Comité de Ministros en la supervisión de la ejecución de fallos del TEDH, nada impide que la adhesión pueda ser percibida por Estados parte en el CEDH que no sean miembros de la Unión como un intento más de la Unión Europea por invadir y usurpar progresivamente las áreas tradicionales de trabajo del Consejo de Europa⁶⁵.

⁶⁵ SCHUMACHER, B., «The Influence of the Council of Europe on the European Union: Resource Exchange and Domain Restriction as Venues for Inter-Institutional Influence», en COSTA, O. y JORGENSEN, K. E. (eds.), *The Influence of International Institutions on the EU: When Multilateralism hits Brussels*, Palgrave MacMillan, 2012, pp. 186-206.

El componente estratégico de la adhesión, visto como un intento de la Unión Europea de tomar el control político mediante el dominio a través de sus Estados miembros en el Comité de Ministros, no es de extrañar que sea uno de los factores que pudiera suscitar recelos en los procesos nacionales de ratificación del acuerdo de adhesión en terceros Estados parte en el CEDH⁶⁶. En cualquier caso, dado que la Unión y sus Estados miembros aúnan la mayoría de representantes con derecho a intervenir en el Comité de Ministros podrían con arreglo al artículo 47 CEDH, tras contemplarse la adhesión, solicitar al TEDH la emisión de una opinión consultiva —excluido el contenido de los derechos recogidos en el Título I del CEDH— entre otras cuestiones sobre el alcance e implicaciones de la noción de jurisdicción del artículo 1 CEDH. De este modo, Estados miembros y Unión Europea extraerían algunas de las directrices necesarias para abordar el establecimiento de un marco general para permitir una adecuada ejecución de las sentencias del TEDH en el ordenamiento jurídico de la Unión en los supuestos de litisconsorcio.

IV. ALGUNOS ÁMBITOS PROCESALES, INSTITUCIONALES Y MATERIALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN CUYA COMPATIBILIDAD CON EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SUSCITA DUDAS

Sin ánimo de agotar los aspectos relativos a la interpretación y aplicación del Derecho de la Unión que podrían dar lugar a problemas de compatibilidad ante los órganos e instancias de control del CEDH una vez se produzca la adhesión, sí que conviene en cambio apuntar algunos de los aspectos materiales e institucionales del Derecho de la Unión acerca de cuya compatibilidad con el régimen del CEDH se ha especulado o problematizado, especialmente, desde el punto de vista doctrinal. Sin embargo, cabe decir que también han aparecido dudas en el ámbito contencioso, que

⁶⁶ Cabe vaticinar la posible renuencia de Rusia a la hora de aceptar la adhesión, ya que ésta comportaría que los Estados miembros y la propia Unión pudieran coordinar su posición y voto a la hora de supervisar la ejecución de fallos del TEDH que afectan, por ejemplo, a la conflictiva Transnistria. En la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 19 de octubre de 2012, *Catan y otros c. Moldavia y Rusia*, Recursos acumulados n.º 43370/04, n.º 8252/05 y n.º 18454/06, el TEDH condenó a Rusia por violación del artículo 2 del Protocolo n.º 1 al CEDH, relativo al derecho a la instrucción. El TEDH consideró que Rusia ejerce su jurisdicción en Transnistria en el sentido del artículo 1 CEDH, puesto que sin el apoyo militar, económico y político de Rusia, la República Moldava de Transnistria no habría podido existir. Otro fallo del TEDH cuya ejecución podría despertar recelos a la hora de ratificar el acuerdo de adhesión de la Unión Europea es el relativo a la antigua Primera Ministra de Ucrania, Yuliya Tymoshenko, debe verse la Sentencia del TEDH de 30 de abril de 2013, *Tymoshenko c. Ucrania*, Recurso n.º 49872/11.

sólo se verán resueltas una vez el TEDH tenga oportunidad de pronunciarse en cuanto al fondo:

a) Una de las cuestiones que serán examinadas por el TEDH con seguridad cuando se produzca la adhesión es la relativa a si el Derecho de la Unión otorga a los particulares las vías de protección jurisdiccional efectiva que requiere el artículo 13 CEDH. Con ocasión del célebre asunto *Matthews*⁶⁷, Cohen-Jonathan y Flauss sostuvieron que en este caso se produjo una denegación de justicia, derivada de un vacío jurídico completo, intolerable a nivel de respeto a los derechos fundamentales, en particular, debido a la ausencia, en el marco del Derecho de la Unión Europea, de un recurso efectivo disponible⁶⁸. En este sentido hay que reconocer que la reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Lisboa ha supuesto mejoras. No obstante, las dudas persisten: por un lado, el artículo 263.4 TFUE ha ampliado tímidamente la legitimación activa de los particulares para interponer el recurso de anulación frente a actos normativos de alcance general⁶⁹. Además, se ha eliminado formalmente la estructura en pilares de la Unión Europea con la consiguiente extensión paulatina y horizontal del alcance de la jurisdicción del TJUE sobre los actos adoptados en el marco de la Cooperación Policial y Judicial en Mate-

⁶⁷ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 18 de febrero de 1999, *Matthews c. Reino Unido*, cit. *supra*.

⁶⁸ COHEN-JONATHAN, G. y FLAUSS, J. F., «À propos de l'arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni* (18 février 1999)», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 35, n.º 4, 1999, pp. 637-657.

⁶⁹ En esta reforma del Derecho originario se ha introducido legitimación activa para contestar a través del recurso de anulación la validez de los actos reglamentarios que afecten directamente a una persona física o jurídica y que no incluyan medidas de ejecución. El Abogado General Jacobs en sus Conclusiones presentadas el 21 de marzo de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consejo*, cit. *supra*, puso de manifiesto la insuficiencia de la impugnación indirecta del derecho derivado ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros como mecanismo para satisfacer las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, véase su apartado 43. Como jurisprudencia reciente y que sintetiza la posición del TJUE puede verse la Sentencia de 8 de julio de 2010, *Afton Chemical c. Secretary of State for Transport*, asunto C-343/09, Rec. 2010, p. I-7027, apartados 13-14 y 18 a 25. En este sentido resultará indispensable prestar atención a la resolución por el TJUE del Recurso de casación (asunto C-274/12 P) interpuesto el 1 de junio de 2012 por Telefónica S.A. contra el Auto del Tribunal General de 21 de marzo de 2012, *Telefónica c. Comisión*, asunto T-228/10 (pendiente de publicación), Rec. 2012, apartado 38. La sociedad recurrente considera vulnerados los derechos reconocidos en los artículos 6 y 13 CEDH en la medida en que el Tribunal General, con carácter general, señala en este asunto que, pese a la ausencia de satisfacción de los requisitos establecidos en el artículo 263.4 TFUE para poder impugnar una Decisión de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado, nada impide que la recurrente pueda acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales e instar que éstos efectúen una remisión prejudicial al TJUE con arreglo al artículo 267 TFUE, de modo que la tutela judicial efectiva no se vería menoscabada en opinión del Tribunal General al poder impugnar la recurrente la validez de dicha decisión de un modo mediato e indirecto.

ria Penal. No obstante, persisten algunas zonas de sombra; por ejemplo, se excluye la jurisdicción del TJUE para comprobar dentro del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia la validez o la proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, así como para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en el mantenimiento del orden público y la seguridad interior (art. 276 TFUE). En cualquier caso, el efecto de dicha extensión de la jurisdicción del TJUE será gradual y estará aplazado por disposición del Título VII del Protocolo n.º 36 «sobre las disposiciones transitorias», así como por las numerosas excepciones y particularidades que algunos Estados mantienen en relación con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia⁷⁰. De todos modos, como explicita el nuevo artículo 19 TUE, los Estados miembros tienen la responsabilidad primordial a la hora de establecer los cauces procesales oportunos para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. En este sentido, se ha llegado a decir que la primacía y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión deberían ceder ante el respeto de principios estructurales del Estado de Derecho comunes a la Unión y a sus Estados miembros, como es el caso de la tutela judicial efectiva, de modo que en situaciones excepcionales de conflicto se debería permitir a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros inaplicar e incluso *revisar la validez* de disposiciones de derecho derivado de la Unión⁷¹.

b) En segundo lugar, la aplicación del Derecho de la competencia por parte de la Comisión Europea se presenta problemática para cierto sector de

⁷⁰ Véase LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 85-118.

⁷¹ Para tolerar esta excepción al monopolio del TJUE en la apreciación de la validez del derecho derivado consagrado en la Sentencia de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, cit. *supra*, se han llegado a proponer una serie de requisitos que deben darse de forma cumulativa: a) El asunto ante un órgano jurisdiccional nacional debe ser relativo a una disputa entre un individuo y un Estado miembro; b) El individuo debe resultar perjudicado por una medida de Derecho de la Unión; c) Que no haya posibilidad de remitir al TJUE una cuestión prejudicial de validez sobre la medida controvertida; d) La aplicación de la medida impuesta por el Derecho de la Unión debe ser contraria a los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico de la Unión reconoce o garantiza; e) El individuo debe carecer de recurso directo ante cualquiera de las instancias jurisdiccionales que componen el TJUE (art. 19 TUE) que le permita obtener una reparación del daño irreparable que le ocasionaría la aplicación de la medida controvertida. Debe verse LECZYKIEWICZ, D., «Effective Judicial Protection' of Human Rights After Lisbon: Should National Courts be Empowered to Review EU Secondary Law?», *European Law Review*, n.º 35, 2010, pp. 326-348. Según esta visión, serían los órganos jurisdiccionales nacionales los encargados de suplir las lagunas de protección judicial efectiva en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea, en especial ante el insuficiente alcance de la jurisdicción del TJUE en los ámbitos de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal, y como veremos a continuación de la PESC.

la doctrina⁷²: la naturaleza penal, en el sentido autónomo que le confiere la jurisprudencia del TEDH⁷³, de las sanciones impuestas por la Comisión Europea suscita el debate acerca de si los procedimientos sancionadores en su seno respetan o no las exigencias del artículo 6 CEDH (proceso equitativo dentro de un plazo razonable⁷⁴, principio de contradicción, igualdad de armas, presunción de inocencia...). Ello teniendo en cuenta que el TJUE no admite que la Comisión Europea pueda ser considerada como un *tribunal* a los efectos del artículo 6 CEDH⁷⁵.

⁷² WAELBROECK, D. y FOSSELARD, D., «Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedures be Left to an Independent Judge? The impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures», *Yearbook of European Law*, vol. 14, n.º 1, 1994, pp. 111-142.

⁷³ En la Sentencia del TEDH de 27 de septiembre de 2011, *Menarini Diagnostics SRL c. Italia*, Recurso n.º 43509/08, el Tribunal consideró que el procedimiento en virtud del cual se impone una sanción económica por infracción del artículo 101.1 TFUE debe ser considerado como «penal» a los efectos del artículo 6 CEDH. En idéntico sentido se pronuncia el Abogado General Bot, véanse sus Conclusiones presentadas el 26 de octubre de 2010, *ArcelorMittal Luxembourg SA c. Comisión y Comisión c. ArcelorMittal Luxembourg SA*, asuntos acumulados C-201/09 P y C-216/09 P (pendiente de publicación), Rec. 2011, apartados 42-44. Véase ABENHAIM, M., «Quel droit au juge en matière de cartels? Commentaire de l'arrêt *Menarini Diagnostics c/Italie*», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 48, n.º 1, 2012, pp. 117-133.

⁷⁴ En su Sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe c. Comisión*, asunto C-185/95 P, Rec. 1998, p. I-8417, el TJUE consideró que los cinco años y medio que tardó el entonces TPI en resolver éste y otros asuntos sobre prácticas restrictivas de la competencia constituían una violación del derecho a un juicio en un plazo razonable. Igualmente en su Sentencia de 16 de julio de 2009, *Der Grüne Punkt*, asunto C-385/07 P, Rec. 2009, p. I-6155, el TJUE declaró que un procedimiento de competencia ante el Tribunal General de una duración de cinco años y diez meses violaba el principio de la duración razonable del procedimiento, principio recogido no sólo en el artículo 47.2 CDFUE, sino también en el artículo 6 CEDH.

⁷⁵ Sentencia de 29 de octubre de 1980, *Van Landewyck y otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. 1980, p. 3125, apartado 81: «*En efecto, la Comisión, pese a estar obligada a respetar las garantías de procedimiento contempladas por el Derecho comunitario —garantías, que, según se desprende de todo lo precedente, se respetaron en el presente caso—, no puede considerarse un “tribunal” a efectos del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos*». Una de las principales dudas es si la deferencia que tanto el Tribunal General como el TJUE muestran hacia el análisis económico llevado a cabo por la Comisión Europea en este tipo de procedimientos, así como el limitado alcance de su escrutinio jurisdiccional, podrían justificarse por la necesaria experiencia profesional que atesora la Comisión Europea para imponer estas medidas sancionadoras y por el margen de discrecionalidad administrativa requerido para la persecución de objetivos amplios de política económica. Sólo el TEDH podrá dictaminar si este caso de *judicial self-restraint* debido a la deferencia hacia la Comisión Europea, por los motivos señalados, satisface las exigencias del derecho de acceso pleno y efectivo a un tribunal imparcial e independiente en los términos del artículo 6.1 CEDH. Sobre estas cuestiones, SIRAGUSA, M., «Annulment proceedings in antitrust cases (articles 101 and 102 TFEU) - Standard of judicial review over substantive issues», en MEROLA, M. y DERENNE, J. (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, GCLC Annual Conference Series, Colegio de Europa, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 135-137.

En este sentido se viene sosteniendo que sanciones del calibre como las impuestas en los procedimientos sancionadores de Derecho de la competencia deberían ser adoptadas en primera instancia por un tribunal independiente, e incluso se ha traído a colación para mayor sostén argumental un antiguo principio de Derecho Romano: *ubi iudicat, qui accusat, vis, non lex valet*⁷⁶. Un segundo aspecto problemático es que el recurso ante el Tribunal General carece de efecto suspensivo del pago inmediato de la multa impuesta mediante la Decisión de la Comisión Europea: ello salvo que la ejecución inmediata de la multa suponga un perjuicio irreparable, por ejemplo, por amenazar la subsistencia de la propia empresa⁷⁷, o bien cuando su ejecución inmediata impida a la empresa acceder a la justicia⁷⁸. Únicamente en tales supuestos excepcionales, cuya concurrencia debe demostrar la sociedad recurrente, sería dispensada de la obligación de prestar una garantía bancaria como alternativa al pago inmediato de la multa impuesta. Estas y otras cuestiones sobre la aplicación por el ejecutivo comunitario del Derecho de la Competencia que han sido apuntadas como dudosas desde el punto de vista del CEDH (respeto a los principios *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no aplicación retroactiva de normas sancionadoras penales o el principio de legalidad penal —arts. 7 CEDH y 49 CDFUE—) pueden clarificarse indagando en la jurisprudencia del TEDH, pese a que éste no haya tenido ocasión de pronunciarse *in concreto* sobre el respeto a las garantías que el CEDH ofrece en este tipo de procedimientos. No obstante, la respuesta definitiva aparecerá con la adhesión⁷⁹. El TJUE, por su parte, recientemente ha tenido ocasión de convalidar tanto el margen de apreciación otorgado a la Comisión Europea en relación con las apreciaciones económicas complejas que efectúa en estos procedimientos, como la suficiencia del control de legalidad que efectúan los órganos jurisdiccionales de la Unión (Tribunal General y TJUE) desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales recogidos en el artículo 47 CDFUE (el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a ser asesorado, defendido y representado). El TJUE consideró que el artículo 47 CDFUE no se opone a

⁷⁶ SLATER, D. y WAELBROECK, D., «“Marginal Review” by the European Court of Justice in Competition cases and its compatibility with fundamental rights», en MEROLA, M. y DERENNE, J. (eds.), *The Role of the Court of Justice of the European Union in Competition Law Cases*, GCLC Annual Conference Series, Colegio de Europa, Bruylant, Bruselas, 2012, pp. 286-292.

⁷⁷ CASTILLO DE LA TORRE, F., «Interim Measures in Community Courts: Recent Trends», *Common Market Law Review*, vol. 44, n.º 2, 2007, pp. 273-353.

⁷⁸ Auto del TJUE de 15 de diciembre de 2000, *Cho Yang Shipping c. Comisión*, asunto C-361/00 P(R), Rec. 2000, p. I-11657.

⁷⁹ CORTÉS MARTÍN, J. M., «Adhesión al CEDH y autonomía del Derecho de la Unión. Legitimación pasiva de la Unión y sus miembros y compatibilidad material», *loc. cit.*, pp. 41-46.

que la Comisión Europea entablase, en representación de la Unión, ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (en este caso ante los tribunales belgas) una acción civil de indemnización en relación con los perjuicios irrogados a la Unión en virtud de un cártel entre los cuatro principales fabricantes europeos de ascensores y escaleras mecánicas, que había sido considerado previamente como contrario al artículo 101 TFUE por la propia Comisión Europea. El TJUE considera que el papel que la Comisión Europea ostenta en la instrucción y sanción de las infracciones al Derecho de la libre competencia no menoscaba en los procedimientos ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros el principio de igualdad de armas, ni tampoco convierte a la Comisión Europea en juez y parte en su propia causa (no se infringe el principio *nemo iudex in sua causa*)⁸⁰. Será el TEDH a quien corresponderá despejar definitivamente los interrogantes.

c) Otro posible punto débil del Derecho de la Unión, desde el punto de vista del respeto a los derechos recogidos en el CEDH, tiene que ver con el gran margen de flexibilidad que la jurisdicción comunitaria otorga a las instituciones de la Unión —especialmente a la Comisión Europea— para que gocen de idéntica libertad de negociación a la de sus socios comerciales en el seno de la OMC. Dicha flexibilidad se traduce en la denegación de eficacia directa en el ordenamiento jurídico de la Unión al derecho de la OMC así como en la reticencia al reconocimiento de responsabilidad extracontractual de la Unión por conductas internacionalmente ilícitas o lícitas en situaciones como las que condujeron a los asuntos *FIAMM* o *Biret International*⁸¹. El TEDH está llamado a pronunciarse en un juicio de ponderación entre el interés general perseguido por las instituciones de la Unión y las restricciones establecidas a algunos de los derechos fundamentales de los particulares en estos asuntos (posiblemente del derecho a la propiedad del art. 1 del Protocolo Adicional n.º 1 al CEDH o del derecho a un recurso efectivo del art. 13 CEDH), para determinar si tales restricciones son admisibles y proporcionadas para la persecución de un fin legítimo a la luz del CEDH⁸².

⁸⁰ Sentencia de 6 de noviembre de 2012, *Comunidad Europea c. Otis NV y otros*, asunto C-199/11 (pendiente de publicación), Rec. 2012.

⁸¹ Sentencias del TJUE de 9 de septiembre de 2008, *FIAMM c. Consejo y Comisión*, cit. *supra*; y de 30 de septiembre de 2003, *Biret International c. Consejo*, cit. *supra*. Igualmente debe verse la Decisión del TEDH de 9 de diciembre de 2008, *Biret International c. 15 Estados miembros de la Unión Europea*, cit. *supra*, donde el TEDH se declaró incompetente *ratione personae* en relación con la pretendida responsabilidad extracontractual de la entonces Comunidad al no haberse adherido ésta al CEDH.

⁸² MALENOVSKY, J., «L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme: des graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 113, n.º 4, 2009, p. 782. Asimismo, CORTÉS MARTÍN, J. M., «Sur l'adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre ju-

d) Desde el prisma del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, también puede resultar problemático el limitado alcance de la jurisdicción del TJUE en los dominios de la PESC. Ello pese al indudable progreso que el nuevo artículo 275 TFUE introduce al contemplar la jurisdicción del TJUE sobre las medidas restrictivas adoptadas contra personas físicas o jurídicas. Claro que el resto de aspectos de la PESC y de la PCSD quedan excluidos de la jurisdicción del TJUE, en particular, el control del respeto a los derechos fundamentales en el despliegue de operaciones de mantenimiento de la paz bajo control efectivo de la Unión Europea con las capacidades civiles y militares puestas a su disposición por los Estados miembros (art. 42.1, 2 y 3 TUE). No debe descartarse que a los ojos del TEDH sea la Unión y no los Estados miembros quien ejerce su jurisdicción en el sentido del artículo 1 CEDH en estos supuestos cuando lleva a cabo una operación militar con fundamento en el artículo 42.1 TUE. Este resultado sería de esperar si el TEDH sigue su línea de razonamiento ya examinada en el asunto *Behrami y Saramati*, donde consideró que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas tenía la autoridad y control último sobre los poderes de la KFOR, siendo su acción en principio atribuible a la ONU⁸³. Por tanto, el TEDH no estaría en ningún caso sujeto a las constricciones que la jurisdicción del TJUE presenta en estos ámbitos por voluntad de los Estados miembros. En aplicación de su jurisprudencia sobre el alcance extraterritorial de las obligaciones dimanantes del CEDH⁸⁴, resulta perfectamente plausible que el TEDH considere que la Unión ejerce su jurisdicción⁸⁵ en el marco de la operación militar *Atalanta* destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, así como a detener y transferir a las personas que hayan participado en tales actos para que sean juzgadas⁸⁶. Por su parte, el TEDH ha avalado en el asunto *Medvedyev y otros c. Francia* que las disposiciones de la Convención

ridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent: le mécanisme du codéfendeur», *loc. cit.*, pp. 619-620.

⁸³ Decisión de la Gran Sala del TEDH de 2 de mayo de 2007, *Behrami y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, cit. *supra*, apartado 133.

⁸⁴ Deben verse, *inter alia*, las Sentencias de la Gran Sala del TEDH de 7 de julio de 2011, *Al-Jedda c. Reino Unido*, cit. *supra*; así como la recaída en idéntica fecha en el asunto *Skeini y otros c. Reino Unido*, Recurso n.º 55721/07. Véase RYNGAERT, C., «Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights. *Al-Skeini and others v United Kingdom* App No 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011)», *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 28, n.º 74, 2012, pp. 57-60.

⁸⁵ En este sentido resulta ilustrativo el estudio de PIEDIMONTE BODINI, S., «Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights», *European Journal of International Law*, vol. 22, n.º 3, 2011, pp. 829-848.

⁸⁶ Decisión 2012/174/PESC del Consejo, de 23 de marzo de 2012, por la que se modifica la Acción Común 2008/851/PESC relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia, cit. *supra*.

de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 relativas a la lucha contra la piratería en alta mar, en la medida en que estipulan el principio de jurisdicción universal como excepción al principio de la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, constituyen una base legal suficiente para la privación de libertad personal a los efectos del artículo 5.1 CEDH⁸⁷.

e) Hasta la fecha el TEDH ha considerado que a los efectos de determinar, si un procedimiento judicial en un Estado miembro de la Unión Europea respeta las exigencias del derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable (art. 6.1 CEDH), no debe computarse la duración de un eventual procedimiento prejudicial ante el TJUE. Habida cuenta de que durante la tramitación y resolución de la cuestión prejudicial el procedimiento judicial principal ante el Estado miembro permanece suspendido y de que, según las estadísticas del propio TJUE, la duración media de la tramitación y resolución de una cuestión prejudicial en 2011 se situaba en 16,4 meses⁸⁸, tras la adhesión debe ser el TEDH quien se pronuncie indefectiblemente sobre la compatibilidad de esta práctica con el artículo 6.1 CEDH. Con anterioridad a la adhesión, el TEDH se ha mostrado cauteloso sobre este extremo para respetar la especificidad del Derecho de la Unión y no desvirtuar el funcionamiento del mecanismo prejudicial. Lógicamente, la incógnita será desvelada tras la adhesión⁸⁹.

⁸⁷ Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 29 de marzo de 2010, *Medvedyev y otros c. Francia*, Recurso n.º 3394/03, apartado 85.

⁸⁸ TJUE, Comunicado de Prensa n.º 14/12, *Estadísticas judiciales 2011: nuevo récord del número de asuntos interpuestos y resueltos ante los tres órganos jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Luxemburgo, 17 de febrero de 2012, disponible en: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-02/cp120014es.pdf>

En el año 2009, la duración media de la tramitación y resolución de cuestiones prejudiciales fue de 17,1 meses, y en 2008, de 16,4 meses, véase ALONSO GARCÍA, R., «Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Working Papers on European Law and Regional Integration*, n.º 1, 2010, pp. 19-20.

⁸⁹ «*En ce qui concerne la procédure devant la Cour de justice des Communautés européennes, la Cour note que le tribunal de grande instance d'Athènes décida, le 3 août 1993, de saisir la Cour de justice qui rendit son arrêt le 12 mars 1996. Pendant cette période, l'examen des actions litigieuses fut suspendu, ce qui entraîna un allongement des procédures de deux ans, sept mois et neuf jours. La Cour ne saurait cependant la prendre en considération dans l'appréciation de la durée de chaque procédure particulière: même si ce délai peut à première vue paraître relativement long, en tenir compte porterait atteinte au système institué par l'article 177 du traité CEE et au but poursuivi en substance par cet article*», véase la Sentencia del TEDH de 26 de febrero de 1998, *Pafitis y otros c. Grecia*, Recurso n.º 163/1996/782/983.

CONCLUSIONES

PRIMERA.—Las obligaciones internacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de derechos humanos son más amplias y variadas, así como de mayor alcance e intensidad que las obligaciones internacionales de la propia Unión Europea en este terreno. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión, como consecuencia de la mayor integración económica, se hace necesaria una transferencia explícita de competencias a la Unión Europea en materia de derechos fundamentales para permitir el ejercicio útil de la competencia que los Estados miembros retienen en este terreno. La Comisión Europea y el TJUE deberán convertirse paulatinamente en verdaderos órganos de control en materia de derechos fundamentales.

Cuando los Estados miembros aplican el Derecho de la Unión deben respetar los derechos fundamentales tal y como son tutelados por el Derecho de la Unión (bien por la vía de los principios generales, bien por la vía de la CDFUE). Como el TJUE reiteradamente ha sostenido en su jurisprudencia, en el ámbito del Derecho de la Unión, los Estados miembros están obligados a garantizar el respeto de aquellos derechos fundamentales que el ordenamiento de la Unión tutela. Se trata de una obligación de no violar activamente su contenido esencial (una obligación pasiva *de respetar*). En cambio, de los tratados internacionales destinados a la protección de los derechos humanos de los que los Estados miembros son partes en el ámbito de Naciones Unidas y del Consejo de Europa se derivan obligaciones no solo de respetar, sino también de proteger, promover y cumplir (obligaciones positivas) que deben satisfacerse incluso cuando se aplica el Derecho de la Unión. Es hacia esta segunda dimensión hacia la que el Derecho de la Unión permanece hasta la fecha presente más ajeno e incluso relativamente miope. Sin embargo, dichas obligaciones internacionales de los Estados miembros tienen una importancia esencial en cuanto sustrato del que se nutren los valores fundacionales de la Unión Europea.

Esta disparidad en el carácter de las obligaciones puede afectar negativamente a la universalidad de los derechos humanos, produciendo una dispar intensidad en su protección según los Estados miembros ejecuten el Derecho de la Unión (especialmente en áreas donde los Estados miembros han perdi-

do su capacidad de actuar individualmente) o su propio derecho interno. La Unión Europea ha comenzado a contrarrestar su tradicional ausencia de *obligaciones internacionales positivas* en materia de derechos humanos al convertirse en parte de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Además, la Unión se encuentra dando los pasos necesarios para adquirir obligaciones positivas mediante su anunciada adhesión al CEDH.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público, en tanto que sujeto de Derecho internacional, la Unión Europea está vinculada por aquellas normas internacionales de protección de los derechos humanos que forman parte del Derecho internacional general de naturaleza consuetudinaria: en este terreno la existencia de obligaciones positivas hacia sus propios Estados miembros es cuando menos opinable. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea, puede decirse además que la Unión *está obligada* en la práctica en virtud del artículo 351 TFUE a no adoptar medidas contrarias a las obligaciones internacionales de los Estados miembros en materia de derechos humanos para evitar las indeseables consecuencias de una eventual aplicación de este precepto (recuérdese el asunto *Burgoa*: no se trata de una obligación internacional, sino de una obligación frente a sus Estados miembros que entronca con el deber de cooperación leal *ex art.* 4.3 TUE).

Paradójicamente, por obra de su propio Derecho originario la Unión Europea sí ha adquirido la obligación de carácter positivo de promover el respeto a la universalidad e interdependencia de los derechos humanos en sus relaciones con el resto del mundo.

En cambio, en el interior, más allá de las dificultades que presenta el artículo 7 TUE para su aplicación, la *comisión por omisión* de violaciones de derechos humanos en sus propios Estados miembros es una de las mayores dificultades a las que la Unión se enfrenta, dadas las limitaciones que tanto su componente intergubernamental como el principio de competencias por atribución imponen. No sólo los derechos económicos, sociales y culturales requieren de una acción positiva, lo mismo sucede con los derechos humanos de carácter civil y político (piénsese en el difícil acceso a los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado y la prohibición de devolución; en el más que hipotético fracaso del Sistema Europeo Común de Asilo a la hora de consolidar el respeto al estándar mínimo de protección exigido por el Derecho internacional de los Derechos humanos en consonancia con el Derecho internacional de los refugiados; o en la insuficiente reacción de las instituciones de la Unión Europea ante la colaboración de varios Estados miembros con los denominados *vuelos secretos* de la CIA norteamericana).

Debe pensarse en la escasa capacidad de reacción que poseen las instituciones de la Unión Europea con el actual Derecho originario ante un escenario de desmoronamiento democrático o de deriva autoritaria en alguno de los

Estados miembros de la Unión Europea: dicho desmoronamiento erosionaría a la baja los valores fundacionales de la propia Unión. La situación presente en Hungría que arroja claras dudas sobre la compatibilidad de la nueva Constitución nacional con el Derecho internacional y europeo de los derechos humanos deja abierto un serio interrogante, ¿en caso de una violación suficientemente caracterizada de los derechos humanos en un Estado miembro dónde está/debe estar la frontera entre un simple recurso por incumplimiento y la activación del mecanismo de disuasión/sanción previsto en el artículo 7 TUE? ¿No sería mejor dotar a la Unión Europea de mecanismos de estímulo positivo hacia sus Estados miembros más eficaces para llegar siquiera a vislumbrar esta tesitura? ¿Es que un Estado miembro con un déficit estructural en materia de derechos humanos en situaciones puramente internas podría acaso ofrecer un estándar de protección más elevado y equiparable al del resto de Estados miembros cuando actúa en aplicación del Derecho de la Unión?

Los derechos de las personas con discapacidad rompen la dicotomía entre ambas categorías de derechos (civiles y políticos frente a económicos, sociales y culturales) mostrando su interdependencia. En este caso, la realización progresiva de numerosas de las obligaciones que impone el tratado internacional requiere, no en exclusiva pero sí esencialmente, de recursos presupuestarios de carácter financiero. Los Estados miembros de la Unión Económica y Monetaria, especialmente, ven condicionada en gran medida su disponibilidad de recursos para la realización de las obligaciones de la CDPD por la política económica y monetaria impulsada por las instituciones de la Unión. No obstante, la institucionalización como tratamiento sistemático de personas con discapacidad, particularmente grave en el caso de niños o de personas con discapacidad intelectual, es un aspecto alarmante desde el punto de vista de su derecho a la autonomía, participación e integración en la vida comunitaria, que se da en numerosos Estados miembros y donde las atribuciones competenciales de la Unión Europea son residuales, aunque existentes.

La reforma del Derecho originario operada por el Tratado de Ámsterdam permitió a través del derecho derivado que la Unión adquiriera obligaciones de carácter positivo en la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad, de orientación sexual, así como de origen étnico o racial (sin limitarse en este último supuesto al ámbito del empleo y la ocupación). Por obra del artículo 10 TFUE la Unión ha asumido la obligación de combatir activamente todas las manifestaciones de la discriminación enunciadas en la definición y ejecución de todas sus políticas, ahora bien, más allá del caso de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Unión no ha asumido ninguna obligación internacional por vía de tratado que pueda hacer efectivo este mandato transversal de su derecho originario. Mandato que además, se

encuentra en el plano del desarrollo normativo entorpecido por la exigencia en este terreno de un procedimiento legislativo especial donde es imprescindible la unanimidad de los Estados miembros para poder avanzar. Por otra parte, debe señalarse que la CDFUE ha dejado fuera de su codificación algunos derechos humanos centrales de los tratados internacionales que obligan a todos los Estados miembros: del Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el derecho a un nivel de alimentación y vivienda adecuados, por ejemplo.

Desde luego resulta alarmante que como consecuencia de una prolongada situación de crisis económica la reducción del nivel de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales en los Estados miembros haya terminado por erosionar y desgastar los derechos civiles y políticos, algo que amenaza con afectar negativamente a la propia integración europea.

SEGUNDA.—La conclusión de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad demuestra que la Unión Europea posee la competencia externa para convertirse en parte contratante de otros tratados internacionales de derechos humanos —tanto del ámbito de Naciones Unidas como del ámbito del Consejo de Europa— sobre la base de la doctrina de las competencias implícitas.

Entre los motivos que animaron a la Unión Europea a participar en la negociación, adopción y a la posterior confirmación formal de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad podría destacarse el de preservar e incluso exportar al ámbito internacional su avanzado acervo normativo en materia de lucha contra la discriminación entre otras razones por motivo de discapacidad. Ello con la intención de evitar que sus Estados miembros por separado tuvieran la posibilidad de adquirir compromisos internacionales incompatibles con el mismo. Además, la participación de la Unión Europea ha servido de estímulo y de liderazgo hacia sus propios Estados miembros, prueba de ello resulta que se trate hasta la fecha de un acuerdo *mixto incompleto*: la Unión Europea y la mayoría de Estados miembros firmaron la CDPD en el momento de su apertura a la firma, no obstante, cinco Estados miembros lo hicieron después; del mismo modo, hasta un total de siete Estados miembros ha manifestado su consentimiento en quedar obligados en virtud de este tratado internacional con posterioridad a que la Unión Europea hubiera hecho lo propio. Tan sólo Finlandia, Irlanda y Países Bajos de entre los Estados que componen la Unión Europea siguen sin haber manifestado su consentimiento en quedar obligados en virtud de la CDPD.

Las disensiones y fricciones entre la vertiente intergubernamental y supranacional del proyecto de integración europea también han supuesto en

este terreno un freno: por un lado, la Unión Europea no ha prestado ningún respaldo al mecanismo convencional de control de este tratado al no manifestar su consentimiento en obligarse por su Protocolo Facultativo. Por otro lado, la exigencia de unanimidad también está siendo un óbice para lograr el desarrollo normativo integral de los compromisos derivados de la Convención: ahora bien, el nuevo e inutilizado artículo 19.2 TFUE permite a través del procedimiento legislativo ordinario que la Unión adopte los principios básicos de estímulo para complementar las acciones de los Estados miembros a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad.

Hay tres posibilidades que otorgarían a la Unión Europea la competencia externa para convertirse en parte contratante en determinados tratados internacionales de derechos humanos: *a)* el riesgo de afectación o alteración de normas comunes, como consecuencia de las obligaciones internacionales de los Estados miembros (piénsese en el *Reglamento Dublín II* ante el TEDH); *b)* el criterio de la necesidad de que la Unión ejerza su competencia externa concluyendo el tratado internacional sobre derechos humanos para que el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas *ad intra* le permita a la Unión encaminarse hacia la consecución de los objetivos asumidos en materias regidas por la normativa internacional de derechos humanos. El establecimiento de normas autónomas en el ordenamiento jurídico de la Unión que verifiquen su plena compatibilidad con el Derecho internacional de los Derechos humanos, únicamente podría estar garantizado si los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos pudieran llevar a cabo su escrutinio sobre dichas normas autónomas. De ahí la factibilidad del criterio de la necesidad cuyo fundamento estriba en la jurisprudencia del TJUE sobre relaciones exteriores de la Unión; *c)* el recurso a la cláusula de flexibilidad o de imprevisión competencial del artículo 352 TFUE, que requiere de enormes dosis de voluntad política, y que ya fue empleada para crear la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea así como para concluir un acuerdo de cooperación entre ésta y el Consejo de Europa en 2008.

Amén del caso de la discapacidad en el ámbito de Naciones Unidas y del CEDH en el ámbito del Consejo de Europa, los únicos tratados internacionales existentes en la actualidad que prevén de forma expresa la participación de la Unión Europea en calidad de parte contratante han sido auspiciados por el Consejo de Europa. La Unión Europea no ha mostrado por el momento intención de adherirse a ninguno de estos tratados que lo posibilitan de forma explícita.

Ahora bien, más allá de la hipotética conclusión de los principales tratados internacionales de derechos humanos ya existentes en el ámbito de Naciones Unidas, la Unión Europea podría contribuir al futuro desarrollo del Derecho internacional de los Derechos humanos sirviendo de punta de lanza en el marco jurídico universal para la elaboración de tratados internacionales de nueva planta. En cualquier caso, da buena cuenta de que la Unión Europea

ha ganado esta competencia externa el hecho de que el proyecto de acuerdo para la adhesión de la Unión al CEDH prevea que la Unión participe con derecho de voto en las sesiones del Comité de Ministros del Consejo de Europa tendientes a la adopción de nuevos protocolos adicionales al propio CEDH.

Finalmente, la razón fundamental para sostener la necesidad de que la Unión asuma compromisos internacionales por vía convencional radica en la necesidad de someterse al control externo de los mecanismos convencionales para la protección de los derechos humanos: a la espera de las observaciones finales del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en respuesta al primer informe periódico presentado por la Unión, puede decirse que la Unión Europea y su ordenamiento jurídico permanecen ajenos al escrutinio externo y directo en materia de derechos humanos.

TERCERA.—La congruencia entre la dimensión interior y la dimensión exterior de la protección internacional de los derechos humanos llevada a cabo por la Unión Europea requiere por parte del TJUE de una mayor apertura, permeabilidad y receptividad hacia los tratados internacionales de derechos humanos, otros que el CEDH, en la aplicación judicial del Derecho de la Unión. Para ello el artículo 53 CDFUE podría ser empleado no sólo como una cláusula de no regresión en materia de derechos fundamentales, sino también como una cláusula de apertura al Derecho internacional de los Derechos humanos.

Difícilmente puede discutirse que los Estados miembros han querido limitar mediante la actual redacción del artículo 6.3 TUE el juego en la jurisprudencia del TJUE de otros tratados internacionales que vinculen a los Estados miembros para la protección de los derechos humanos, distintos al CEDH. Sabido es que, en la determinación de los derechos fundamentales que el ordenamiento de la Unión tutela en calidad de principios generales, el TJUE no se ha limitado al empleo del CEDH, sino que ha empleado como fuente de inspiración normas contenidas en otros tratados internacionales que vinculan a los Estados miembros en materia de derechos humanos (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Social Europea...).

De modo que, hasta la fecha, las normas contenidas en los tratados internacionales que vinculan únicamente a los Estados miembros para la protección de los derechos humanos nunca han recibido aplicación manteniendo su cualidad de normas internacionales en la jurisprudencia del TJUE.

La jurisprudencia del TJUE ha admitido la recepción automática del Derecho internacional de carácter consuetudinario, pudiendo llegar a ser la aplicación de éste un motivo que justifica la derogación incluso de disposiciones del propio Derecho originario de la Unión. Hasta la fecha el TJUE no ha re-

currido a la figura enigmática de la costumbre internacional en materia de derechos humanos (ni siquiera para traer a colación la Declaración Universal de Derechos Humanos), y ha preferido en cambio la no menos escurridiza figura de los principios generales del Derecho de la Unión negando la sustantividad jurídico-internacional propia de estos tratados internacionales que vinculan a los Estados miembros en materia de derechos humanos, con el propósito de mantener la autonomía y especificidad del Derecho de la Unión. Ello a diferencia de otros tratados internacionales (no destinados a los derechos humanos) que vinculan a todos los Estados miembros, pero no a la Unión como tal, donde el TJUE sí ha admitido un cierto deber de interpretación conforme del derecho derivado de la Unión a sus objetivos y principios.

El TJUE ha mostrado miopía hacia las resoluciones de los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos, tanto del ámbito universal como del ámbito regional europeo, otros que el TEDH. Sin embargo, el propio TEDH ha mostrado sin ambages en su jurisprudencia cómo aquellos tratados internacionales, tanto universales como regionales, que vinculan en materia de derechos humanos a un elevado número de Estados parte en el CEDH deben constituir una valiosa guía hermenéutica para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que el CEDH tutela, y no una mera fuente de inspiración. El TJUE en su afán por aprehender la jurisprudencia del TEDH podría adoptar una postura más favorable tanto a la superación del efecto relativo de los tratados internacionales de derechos humanos como al principio de integración sistémica. Además, el TEDH no sólo se ha servido de tratados regionales, sino también de tratados internacionales procedentes del ámbito de Naciones Unidas, aumentando las garantías jurisdiccionales de los mismos a la par que el contenido del CEDH se ha visto nutrido y enriquecido. Más que perder, la primacía y la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión, saldrían reforzadas mediante un compromiso explícito con la universalidad, indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos también en el plano interpretativo, por supuesto, sin poder excluirse totalmente los casos de colisión entre derechos.

El TJUE ha considerado que el principio de buena fe, de naturaleza consuetudinaria, en conjunción con el deber de cooperación leal, requiere interpretar el derecho derivado tomando en consideración aquellos acuerdos internacionales donde todos los Estados miembros son parte, incluso cuando la propia Unión Europea no lo sea. Como mínimo, sería deseable que este enfoque fuera extendido de forma explícita a los tratados internacionales que vinculan a todos los Estados miembros en materia de derechos humanos, al margen del tradicional recurso a los principios generales.

Dicho cambio de actitud del TJUE, poco probable por otra parte, podría venir de la mano del artículo 53 CDFUE. Dicho precepto sitúa como contenido mínimo de las disposiciones de la Carta, *en su respectivo ámbito de*

aplicación, el señalado por el Derecho internacional y por los tratados internacionales de derechos humanos en que son parte todos los Estados miembros (¡no sólo el CEDH!). La clave estará en la interpretación que el TJUE haga de la separación entre ordenamientos: especialmente en materia de derechos humanos no puede sostenerse una separación nítida entre los ámbitos de aplicación de Derecho internacional y del Derecho de la Unión Europea, por las razones expuestas, el primero forma parte del segundo. Cuestión distinta es que el TJUE mantenga la posición de guardián encargado de determinar la forma y condiciones en que el primero puede tener aplicación en el segundo de ellos. La comunicabilidad entre sistemas jurídicos pasará cada vez más por la equivalencia en cuanto a los estándares de protección de los derechos fundamentales: bien es sabido que el orden internacional no siempre aporta un mayor grado de protección de los derechos fundamentales.

Este cambio de actitud propuesto debería traducirse en que las normas internacionales de derechos humanos señaladas (las normas de Derecho internacional general y las normas contenidas en tratados que vinculan a *todos* los Estados miembros, a la luz estas últimas de la interpretación efectuada por sus respectivos mecanismos convencionales de control) se convirtieran, *como mínimo*, en auténticos parámetros interpretativos para la determinación del contenido de los preceptos incardinados en la CDFUE, sin menoscabo de la anterior jurisprudencia del TJUE ni de las Explicaciones que deben guiar la interpretación y aplicación de aquélla. Tampoco debería suponer un problema para el Tribunal de Justicia la incorporación, en el ámbito del Derecho de la Unión, de derechos fundamentales de nueva planta, no previstos en la CDFUE, surgidos de la actividad internacional. Cabría esperar dicho cambio de actitud frente al Derecho internacional de los Derechos humanos por parte del órgano jurisdiccional superior de un ordenamiento jurídico que ha sido ampliamente calificado como *monista*.

La coherencia entre la promoción en las relaciones exteriores del respeto universal a los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación y ejecución interna requiere por tanto de una mayor receptividad *in foro interno*, especialmente en su aplicación judicial, hacia las obligaciones dimanantes de dichos tratados en el marco de las competencias cuyo ejercicio ha sido atribuido a la Unión, y también hacia las resoluciones de los mecanismos convencionales establecidos para su protección tanto a nivel regional como universal. Ya se sabe: el TJUE no es un tribunal de derechos humanos, pero tampoco un mero tribunal de Derecho administrativo de la Unión Europea. Un argumento adicional para dar esta interpretación *in bonis* al artículo 53 CDFUE, es que el propio TEDH ya se ha anticipado al TJUE procediendo a su interpretación en este sentido, incluso antes de la plena adquisición de valor jurídico vinculante de la Carta.

Por último, la Carta de los Derechos Fundamentales no parece admitir en su artículo 53 la *geometría variable* en materia de derechos fundamentales,

acotando la relevancia de los tratados internacionales a aquellos donde son parte *todos* los Estados miembros. No existe argumento jurídico alguno para sostener la necesidad de excluir la relevancia de aquellos tratados internacionales donde únicamente algunos Estados miembros son parte, más que el riesgo de afectación a la uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión.

CUARTA.—La Unión Europea no ha sido sometida de forma directa a ningún control externo que determine su grado de respeto y cumplimiento de las obligaciones en materia de protección internacional de los derechos humanos. El primer resultado en este sentido se obtendrá cuando el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad evalúe el primer informe periódico que debe ser presentado por la Unión. La experiencia de la adhesión al CEDH demuestra la necesidad y a su vez las enormes dificultades de establecer un régimen de responsabilidad internacional pasiva de la Unión en materia de derechos humanos: la Unión Europea no podrá mantenerse como un régimen autónomo en materia de responsabilidad internacional mediante el recurso exclusivo a sus propias normas secundarias.

Tanto el TEDH como el Comité Europeo de Derechos Sociales¹, en el ámbito del Consejo de Europa, han sometido, especialmente el primero de ellos, al ordenamiento jurídico de la Unión a un control indirecto, a través de sus Estados miembros, del respeto a las obligaciones contraídas en virtud del CEDH y de la Carta Social Europea, respectivamente. Mientras que el primero de ellos llegó a una solución pacífica en el asunto *Bosphorus* estableciendo una presunción de compatibilidad entre el CEDH y el derecho emanado del antiguo primer pilar comunitario, el segundo de ellos, el Comité Europeo de Derechos Sociales, ha rechazado la existencia de cualquier presunción de protección equivalente a los derechos recogidos en la Carta Social Europea en el sistema jurídico de la Unión Europea. Este control mediato o indirecto del Derecho de la Unión por parte del TEDH, que adquiere una enorme intensidad en asuntos como *M.S.S.* (relativo al conocido como Reglamento Dublín II) o el más reciente *Michaud*, demuestra que mantener una visión sacralizada de la autonomía normativa e interpretativa del Derecho de la Unión puede convertirse en una entelequia en la práctica.

Durante las negociaciones tendentes a la adhesión de la Unión Europea al CEDH, para permitir que el TEDH pueda dirigir sus fallos contra la Unión Europea, o sus Estados miembros, o contra ambos, según proceda, se ha previsto el mecanismo de codemandado. Dicho mecanismo, al igual que todo el

¹ Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de junio de 2010, *Confédération Générale du Travail (CGT) c. Francia*, Reclamación Colectiva n.º 55/2009, apartados 30-42.

acuerdo internacional que permita la adhesión, es posible que sea sometido al dictamen previo del propio TJUE. En el Proyecto de Acuerdo para la adhesión el mecanismo ha sido previsto con carácter facultativo. Para permitir un adecuado equilibrio entre las exigencias de la autonomía del Derecho de la Unión y de la efectividad de los fallos del TEDH, el mecanismo de la code manda debería tener carácter obligatorio en determinados supuestos, como corolario del deber de cooperación leal. Dicho mecanismo de codemandado tal y como se ha previsto permite que el TEDH pueda dirigir su eventual fallo condenatorio contra todas las partes en el litigio, pudiendo declarar por tanto la responsabilidad solidaria y conjunta de la Unión y sus Estados miembros como consecuencia de una infracción al CEDH en la aplicación del Derecho de la Unión.

Ahora bien, el TEDH debería poder distribuir en ciertos supuestos de litisconsorcio pasivo los efectos obligatorios de su fallo entre la Unión Europea y sus Estados miembros: en primer lugar, cuando durante el procedimiento la Unión y el Estado/s miembro/s llegasen a un acuerdo, poniéndolo en conocimiento del TEDH, sobre el alcance de sus respectivas competencias/responsabilidades en el asunto litigioso. En segundo lugar, el TEDH debería poder distribuir los efectos obligatorios de su fallo en al menos *dos supuestos claros*, sin que ello comporte atentado contra la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión: *a)* cuando la violación pueda residenciarse en una obligación del derecho derivado de la Unión que no deja lugar a alternativas a las autoridades del Estado miembro que la aplica, la responsabilidad debe asignarse a la Unión; *b)* cuando tal infracción pueda localizarse en exclusiva en una disposición del Derecho originario (no en su interpretación ni aplicación), la responsabilidad colectiva derivada del fallo debería atribuirse al conjunto de Estados miembros. Con independencia de que el acto que origina la demanda ante el TEDH proceda de la aplicación del Derecho originario por parte de las instituciones de la Unión, si la disposición conflictiva no deja margen de apreciación, y la ejecución del fallo exigiera una revisión del Derecho originario, los Estados miembros en su conjunto serían internacionalmente responsables.

