



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Internacional

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA UNIÓN EUROPEA,
ANTES Y DESPUÉS DEL TRATADO DE LISBOA

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

JUAN CARLOS JURI ALVAREZ

PROFESORA GUÍA: ANA MARÍA MOURE PINO

SANTIAGO, CHILE

2013

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. DESARROLLO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EUROPA Y EN LA UNIÓN EUROPEA (UE)	10
1. Los derechos humanos	10
1.1. Antecedentes.....	10
1.2. Concepto	11
1.3. Clasificación en generaciones de derechos.....	13
2. Los derechos humanos en el ámbito internacional	16
2.1. Proclamación	17
2.2. Reconocimiento	19
2.3. Protección.....	20
3. Los derechos humanos en el ámbito regional europeo	21
3.1. El Consejo de Europa.....	21
3.2. Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)	23
3.2.1. Aspectos generales.....	23
3.2.2. Contenido.....	24
3.2.3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)	26
3.3. Carta Social Europea (CSE)	29
3.3.1. Aspectos generales.....	29
3.3.2. Contenido.....	31
3.3.3. Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)	35
4. Los derechos humanos en la UE	39
4.1. Origen de la UE ajeno a los derechos humanos.....	39
4.2. Tutela por el TJUE: los derechos humanos como principios generales del Derecho de la Unión Europea.....	44
4.2.1. Principios generales del Derecho de la Unión Europea	44

4.2.2. Resistencia judicial inicial.....	47
4.2.3. Desarrollo jurisprudencial.....	48
4.2.4. Análisis crítico	51
4.3. Reconocimiento político	54
4.4. Protección normativa previa al Tratado de Lisboa	55
4.4.1. Acta Unica Europea	55
4.4.2. Tratado de Maastricht	57
4.4.3. Tratado de Amsterdam.....	60
4.4.4. Tratado de Niza.....	63
4.5. Protección normativa por el Tratado de Lisboa	64
4.5.1. Antecedentes	64
4.5.2. Estructura.....	66
4.5.3. Innovaciones en la protección de los derechos humanos.....	68
CAPÍTULO II. OBLIGATORIEDAD JURÍDICA DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (CDFUE).....	73
1. Introducción.....	73
2. Obligatoriedad jurídica.....	81
3. Fuentes.....	86
4. Contenido.....	88
5. Titulares de derechos	90
6. Disposiciones generales.....	92
6.1. Ambito de aplicación de la CDFUE.....	92
6.2. Limitaciones a los derechos.....	97
6.3. Alcance de los derechos.....	104
6.3.1. Derechos reconocidos por los Tratados de la Unión Europea	105
6.3.2. Derechos reconocidos por el CEDH	106
6.3.3. Derechos provenientes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros	108
6.4. Interpretación de los derechos.....	109
6.4.1. Distinción entre derechos y principios.....	109
6.4.2. Consideración de las legislaciones y prácticas nacionales	113
6.4.3. Explicaciones sobre la interpretación de la CDFUE	114

6.5. Nivel de protección	117
6.6. Prohibición del abuso del Derecho	119
7. Protocolo sobre la aplicación de la CDFUE a Polonia y al Reino Unido	120
8. Análisis crítico sobre la obligatoriedad jurídica de la CDFUE.....	131
CAPÍTULO III. ADHESIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CEDH).....	137
1. Introducción.....	137
2. Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH.....	149
2.1. Materias sustantivas	152
2.1.1. Revisión del Derecho de la UE por el TEDH.....	153
2.1.2. Autonomía interpretativa y jurisdicción exclusiva del TJUE	154
2.1.3. Futuro de la doctrina del caso <i>Bosphorus</i>	158
2.2. Materias procesales.....	160
2.2.1. Mecanismo de codemandados	160
2.2.2. Agotamiento de los recursos judiciales y participación previa del TJUE	168
2.3. Materias institucionales.....	172
2.3.1. Participación de la UE en el nombramiento de los jueces del TEDH ...	173
2.3.2. Participación de la UE en el control del cumplimiento de acuerdos amistosos y sentencias del TEDH.....	174
2.3.3. Participación de la UE en los gastos relacionados al CEDH.....	177
3. Análisis crítico sobre la obligación de la UE de adherir al CEDH	177
CONCLUSIONES	181
ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS.....	190
BIBLIOGRAFÍA.....	191

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo examinar la participación que ha tenido la protección de los derechos humanos a lo largo del desarrollo del Derecho primario de la Unión Europea (UE) y, en particular, en la última reforma de sus Tratados constitutivos, tras la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa.

En concreto, mediante la revisión de bibliografía especializada y del Derecho originario comunitario, se pretende, en primer lugar, indagar si el resguardo de los derechos fundamentales formó parte de los objetivos originales del proceso de integración europeo. En segundo lugar, dilucidar la manera en que éstos fueron considerados en las diversas reformas a que ha sido objeto la UE. Finalmente, abordar, con detención, las dos innovaciones normativas más recientes en la materia: la obligatoriedad jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y el deber de la UE de adherir al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

INTRODUCCIÓN

La Unión Europea (UE) constituye el proceso de integración internacional más avanzado que se conozca en la actualidad que, habiéndose formado, originalmente, como una instancia de cooperación económica, ha devenido en una Unión más amplia, que considera, también, aspectos políticos y sociales.

En virtud del profundo nivel de integración logrado, es posible sostener que la UE ha llegado a constituirse en un verdadero poder público europeo que, conforme prescriben sus Tratados constitutivos –Derecho primario u originario-, ejerce múltiples competencias cedidas por sus Estados miembros. Al mismo tiempo, sus instituciones, órganos y organismos, en el ejercicio de tales facultades, han dado vida a un importante entramado de normas jurídicas de menor jerarquía –Derecho secundario o derivado-. En efecto, la UE cuenta hoy con un complejo sistema normativo, tendiente no sólo a ceñir su propio actuar, sino también, dirigido a armonizar las políticas y actuaciones de los Estados que la componen.

José Antonio Molina sostiene que la UE, a lo largo de su desarrollo, ha dado vida a un ordenamiento jurídico propio, compuesto por normas de Derecho originario y derivado y por la jurisprudencia uniforme del TJUE; al cual, en su conjunto, se le atribuye el carácter de un auténtico “Derecho Público común

europeo”¹. En un sentido estricto, “comprendería las normas y principios que disciplinan la acción administrativa de las instituciones propias de la Unión Europea y de las Administraciones nacionales en tanto ejecutoras de las decisiones comunitarias”².

A mayor abundamiento, el mismo autor agrega que “casi todo el Derecho comunitario es Derecho público, tal como los Estados miembros entenderían la distinción. Esto es, el Derecho comunitario está ampliamente conectado con las relaciones entre los individuos y las instituciones comunitarias o entre los individuos y las autoridades nacionales encargadas de ejecutar las normas comunitarias; también está conectado con la relación entre la Comunidad (...) y los Estados miembros, lo cual no obsta a que ciertas facetas del Derecho comunitario puedan estar en conexión directa con la relación entre personas privadas”³. En consecuencia, lo anterior nos permite reforzar la idea que la UE constituye un auténtico poder público supranacional que, habiendo surgido originalmente en el ámbito meramente económico, “se ha convertido en un poder público plurisectorial o global”⁴.

Por otra parte, cabe tener presente que la función pública debe ejercerse en aras de la consecución de ciertos fines preestablecidos, en estricto apego a la

¹ MORENO, José A. 2007. Los Principios Generales del Derecho. En: ORTEGA, Luis (Dir.). Derecho Comunitario Europeo. Valladolid, Lex Nova, p. 24.

² Ibid.

³ MORENO, José A. Op. cit., p. 26.

⁴ MORENO, José A. Op. cit., p. 25.

legislación vigente y a los principios generales que la informan. De lo anterior, se colige que el ejercicio del poder público admite ciertos límites, los cuales, en último término, permiten mantener un legítimo equilibrio entre los diversos fines perseguidos por el ordenamiento. De esta forma, se pretende evitar la generación de sacrificios injustos sobre ciertos miembros de una misma comunidad. Uno de estos límites, quizás el más relevante, radica en la esfera mínima de protección de los individuos, quienes, en su sola calidad de personas, merecen un resguardo básico de su dignidad e individualidad. En este sentido, la protección de los derechos humanos juega un rol fundamental en el desarrollo armónico de una sociedad.

Un mecanismo eficaz de integración internacional debe procurar que los poderes públicos que establece resguarden, en último término, el bienestar de los individuos que la componen. En consecuencia, requerirá contar no sólo con mecanismos adecuados de participación sino, también, con mecanismos que garanticen el debido respeto de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. De otra manera, dicho sistema de integración podría, paradójicamente, volverse contra sus propios beneficiarios.

En este contexto, mediante una revisión de la bibliografía especializada y de las normas relevantes, la presente obra tiene por objeto examinar la participación que ha tenido la protección de los derechos humanos a lo largo del desarrollo del Derecho primario de la UE y, en particular, en la última

reforma de sus Tratados constitutivos, introducida por el Tratado de Lisboa, vigente a partir de diciembre del año 2009.

En el cumplimiento del objetivo propuesto, en el Capítulo I, comenzaremos por indagar el rol que ha jugado la protección de los derechos fundamentales a lo largo del proceso de desarrollo del Derecho primario de la UE. A modo introductorio, se comenzará abordando ciertos aspectos teóricos básicos acerca de los derechos humanos y se expondrá, brevemente, cuál es su regulación jurídica elemental a nivel internacional y europeo. Luego, ingresando al tema que nos convoca, averiguaremos si la protección de los derechos fundamentales ha formado parte de los orígenes de la UE y, a continuación, se presentará, sucintamente, la manera en que éstos han sido considerados, a lo largo de su historia, en las diversas modificaciones que han sufrido sus Tratados constitutivos. Finalmente, enunciaremos las principales adaptaciones introducidas por la última reforma, de la mano del Tratado de Lisboa.

Posteriormente, en el Capítulo II, abordaremos una de las innovaciones más relevantes introducidas en la última reforma, a saber, la obligatoriedad jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). En particular, expondremos los antecedentes de esta iniciativa, la técnica con que fue incorporada en los Tratados constitutivos, los aspectos más significativos regulados en ella, con especial atención en sus disposiciones generales; y los efectos del Protocolo sobre la aplicación de la CDFUE a Polonia y Reino Unido.

Por último, en el Capítulo III, ahondaremos en otra importante adaptación incorporada por el Tratado de Lisboa, cual es el mandato a la UE de adherir al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). Especial énfasis se dará al reciente Proyecto de Acuerdo de Adhesión esbozado conjuntamente por los representantes de la UE y de las Altas Partes Contratantes del CEDH, el cual aspira a convertirse en el instrumento jurídico internacional que materializará la incorporación de la UE. En particular, abordaremos, separadamente, las principales materias sustantivas, procesales e institucionales reguladas en él.

CAPÍTULO I. DESARROLLO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EUROPA Y EN LA UNIÓN EUROPEA (UE)

1. Los derechos humanos.

1.1. Antecedentes.

La noción de los derechos humanos⁵, así como su reflexión teórica y primeras manifestaciones jurídicas y políticas, surgió en el período histórico de la transición entre la edad media y la modernidad, época de profundas transformaciones políticas, económicas, sociales, religiosas y culturales; caldo de cultivo para que las ideas de dignidad, libertad e igualdad humanas se expresaran en la noción de ciertos derechos de carácter universal. Entre otros cambios de aquel tiempo, surgen las bases del sistema capitalista, la burguesía se erige en una clase individualista y en ascenso, y el Estado aparece en la forma de un poder un público de carácter racional, supremo, centralizado, burocrático y detentador del uso monopólico de la fuerza⁶. En este contexto, los derechos humanos “aparecen inicialmente como una manera tanto de limitar el

⁵ Cabe advertir que, en el presente trabajo, se utilizan como sinónimos los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, sin perjuicio que algunos autores puedan concederles significados distintos. Véase: SQUELLA, Agustín. 2002. Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana. En: Introducción al Derecho. 1ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica, pp. 158-161.

⁶ SQUELLA, Agustín. Op. cit., pp. 175 y 176.

poder del Estado como de expandir el protagonismo social y la actividad económica de la burguesía”⁷.

Desde otro punto de vista, el surgimiento de los derechos humanos en aquella época, se daría en el debate acerca de los límites del poder público, planteado desde tres perspectivas distintas. En primer lugar, promovido por la cuestión de la tolerancia, tras quebrarse la unidad religiosa en Europa, con la aparición del protestantismo. Se trataba que el Estado no se inmiscuyera, en un principio, en la orientación religiosa de los individuos y, luego, tampoco en su esfera política y moral; dando paso a una noción de libertad de pensamiento o autonomía individual. En segundo lugar, influenciado por la corriente de la secularización del poder, posicionándose la idea que los ciudadanos delegan el ejercicio de la soberanía en sus autoridades y, con ello, también fijan sus límites. Por último, este debate es impulsado por el movimiento por la humanización del derecho penal, del derecho procesal penal y de la ejecución de penas, dando paso, entre otros, a las ideas que sustentan hoy la garantía del debido proceso⁸.

1.2. Concepto.

Actualmente, no existe consenso en la literatura especializada, acerca de una noción de los derechos humanos y, menos aún, respecto a qué derechos,

⁷ SQUELLA, Agustín. Op. cit., p. 176.

⁸ SQUELLA, Agustín. Op. cit., pp. 176-179.

en particular, habrían de ser reconocidos como tales. La cuestión radica no sólo en el plano jurídico, sino también en el filosófico, dada la coexistencia de múltiples corrientes que intentan fundamentarlos⁹. A lo anterior, se añade la dificultad para definir sus contornos, tras el proceso de expansión que, durante los dos últimos siglos, ha experimentado su contenido, en lo que actualmente se conocen como diversas “generaciones” o categorías de derechos¹⁰.

Sin perjuicio de ello, la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha ofrecido una definición, según la cual los derechos humanos consisten en las “condiciones de existencia humana que permiten al ser humano desenvolverse

⁹ DEUTCH, Sinai. 1995. *Are Consumer Rights Human Rights?* *Osgoode Hall Law Journal*, 32(3), pp. 544 y 545. En este sentido, Agustín Squella nos presenta las diversas concepciones acerca del fundamento de los derechos humanos. En primer lugar, desde una fundamentación iusnaturalista, éstos serían considerados “como derechos *naturales*, esto es, como prerrogativas inherentes a la persona humana que tienen una existencia independiente de la que puedan conferirse o no los distintos ordenamientos”. Para el autor, esta primera posición sería la más fuerte de todas, al “ofrecer una base de sustentación absoluta, cierta e irresistible para esta clase de derechos”. En segundo lugar, para quienes sostienen una argumentación ética, los derechos humanos son considerados “como derechos *morales*, esto es, como expresiones de ciertas exigencias morales básicas y comunes a toda la humanidad”. En tercer lugar, para una perspectiva historicista, éstos constituyen “derechos *históricos*, esto es, (...) derechos que en nombre de su dignidad y de valores como la libertad y la igualdad los hombres han conseguido que sean reconocidos y protegidos gradualmente por los ordenamientos jurídicos en el curso de los dos últimos siglos”. A este respecto, aclara luego el autor que la perspectiva historicista no proporciona verdaderamente una fundamentación de los derechos humanos, sino una mera explicación del surgimiento y desarrollo de esta clase de derechos. Finalmente, una fundamentación racional, buscando acercar las posiciones iusnaturalistas e historicistas, ve los derechos humanos “como derechos pragmáticos, esto es, como derechos que poseería todo ser dotado de competencia comunicativa para participar en todos aquellos discursos prácticos que conduzcan a la adopción de decisiones que puedan afectar a los sujetos”. A modo de conclusión, el autor sostiene que, a pesar de las diferencias, “las diversas maneras de fundamentar los derechos humanos (...) podrían ser todas valoradas si se las observa como distintos modos de argumentar a favor de esta clase de derechos”. Ello, en aras de conseguir su efectiva protección jurídica. En este sentido, parafraseando a Norberto Bobbio, el autor remata diciendo que lo trascendental “no es basarlos, sino protegerlos”. Véase: SQUELLA, Agustín. Op. cit., pp. 161-175.

¹⁰ SQUELLA, Agustín. Op. cit., pp. 161 y 162.

y utilizar plenamente sus dotes de inteligencia y de conciencia en orden a satisfacción de las exigencias fundamentales que le imponen su vida espiritual y natural”¹¹.

Por otro lado, siguiendo una definición ecléctica, Richard Quispe sostiene que los derechos humanos pueden ser entendidos como aquellos “derechos naturales, positivos y éticos, concebidos y desarrollados para proteger racional, jurídica y solidariamente al ser humano en lo civil, político, económico, social y cultural, con la finalidad de procurar, universalmente, su realización y felicidad”¹². Además, el autor destaca entre sus características principales, las siguientes: suponen una relación jurídica entre individuos o grupo social frente al Estado; son congénitos a la calidad de persona; son universales; y son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables¹³.

1.3. Clasificación en generaciones de derechos¹⁴.

Desde su nacimiento, los derechos humanos han experimentado un gradual y progresivo aumento en su contenido, a la par con la evolución natural de las sociedades y necesidades humanas. De esta manera, bajo una mirada histórica, es posible advertir que los derechos humanos han evolucionado,

¹¹ QUISPE, Richard. 2009. Manual de los Derechos Humanos. Lima, Ediciones Jurídicas, p. 18.

¹² Ibid.

¹³ QUISPE, Richard. Op. cit, pp. 23-28

¹⁴ Al respecto, seguiremos las ideas contenidas en: SQUELLA, Agustín. Op. cit., pp. 195-200.

tanto en la conquista de nuevas áreas de protección, como en la redefinición de derechos existentes en adaptación a nuevas realidades. Lo anterior, se ha concretado en lo que ha venido a denominarse por la doctrina como diversas “generaciones” o categorías de derechos humanos, en que las más nuevas no vienen a sustituir a las precedentes, sino a complementarlas, agregándose a ellas.

En un principio, como ya se señaló, los derechos humanos surgieron como un límite al poder público, en el sentido que la autoridad no debía interferir en ciertos ámbitos de la autonomía privada, o podía hacerlo sólo bajo determinadas condiciones. Hablamos así de una “primera generación” de derechos, llamados “civiles”, “personales” o “de autonomía”; inspirados en el principio de la libertad. A modo ejemplar, encontramos en esta categoría, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y la libertad de expresión.

Posteriormente, los derechos humanos actuarían no tan sólo como límites al poder político, sino también como una garantía para la participación de los ciudadanos en él, tomando parte en su gestación y ejercicio. Surge así una “segunda generación” de derechos, llamados “políticos”, también inspirados en el principio de libertad. Entre ellos, se cuentan el derecho de sufragio y el de elegir y ser elegido para cargos de representación popular.

Luego, nacería una “tercera generación” de derechos, denominados “económicos, sociales y culturales”, “de promoción” o simplemente “sociales”;

tendientes a orientar la acción estatal en la intervención de la sociedad, tanto en lo económico como social, en orden a obtener condiciones materiales de vida dignas para todas las personas. A diferencia de las dos generaciones anteriores, ésta se inspira en el principio de la igualdad –no ya de libertad- y, además, suponen un comportamiento activo del Estado –no ya pasivo-, a través de la provisión de ciertas prestaciones. Dada su dependencia a la disponibilidad de recursos financieros¹⁵, se plantea la cuestión acerca de si estos derechos debieran realizarse gradualmente, conforme la capacidad económica de cada Estado¹⁶. En esta categoría, encontramos, por ejemplo, los

¹⁵ Cierta parte de la doctrina considera que “debe superarse la visión sesgada según la cual sólo los derechos sociales tendrían coste económico, pues lo mismo cabe predicar de los derechos civiles y políticos”. JIMENA, Luis. 2009b. La Carta Social Europea y la Unión Europea. Revista Europea de Derechos Fundamentales nº 13, p. 392. Además, R. Brillat, citado en esa misma obra, sostiene, a su vez, que “contrariamente a lo que predica la teoría clásica, según la cual los derechos sociales tienen un caro coste, mientras que el respecto de los derechos civiles sólo implicaría abstenciones por parte del Estado que no tendrían coste alguno, algunos derechos civiles y políticos sí tienen un coste. El derecho a un proceso equitativo dentro de un plazo razonable ofrece una ilustración al respecto: si únicamente comportara la abstención del Estado y no tuviera coste, todos los Estados llegarían a ponerlo en práctica sin demora. Pero como tal cosa no es el caso, se presentan miles de demandas individuales ante el TEDH sobre esta cuestión”. Véase: BRILLAT, R. *La Charte sociale européenne et le contrôle de son application*. En: ALIPRANTIS, N. *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*. Bruselas, Bruylant, 2009. pp. 41-42; citado en: JIMENA, Luis. Op. cit. (2009b), p. 392, nota nº 6.

¹⁶ Atada a dicha cuestión, aparece también la discusión acerca de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; en cuanto a si éstos efectivamente conceden derechos subjetivos a los individuos, o bien, sólo constituyen directrices para los Estados respecto a la forma de orientar sus políticas sociales. Lo anterior, ha levantado también planteamientos acerca de la relatividad de la distinción entre derechos de diversas generaciones. Véase: ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Madrid, Trotta, p. 20. En: JIMENA, Luis. 2009c. La Factibilidad de los Derechos Sociales en Europa: Debate Actual y Perspectivas. Estudios de Economía Aplicada, 27(3), p. 747.

derechos a la salud, a la educación, al trabajo y a una previsión oportuna y justa.

Finalmente, ha surgido también una “cuarta generación” de derechos, inspirados en el principio de solidaridad a nivel planetario, los cuales buscan que el desarrollo social de un sector de la población mundial no se logre a costa de otros grupos, o bien, a expensas de las próximas generaciones que poblarán el planeta. Encontramos en esta categoría, entre otros, los derechos a la paz mundial, al desarrollo sustentable y a un medioambiente sano¹⁷.

2. Los derechos humanos en el ámbito internacional.

Tras el desenlace de la Segunda Guerra Mundial y, particularmente, a partir del año 1945, es posible dilucidar los inicios del proceso de internacionalización normativa de la protección de los derechos humanos¹⁸. Desde entonces, comenzarían a surgir diversos instrumentos jurídicos internacionales tendientes a su fomento y defensa, cada cual operando en ámbitos normativos distintos,

¹⁷ Destaca SQUELLA que esta cuarta generación de derechos “no constan en normas vinculantes de derecho positivo, sino en resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas o de otros organismos, y tiene, por tanto, el valor de recomendaciones”. Véase: SQUELLA, Agustín. Op. cit., p. 200.

¹⁸ Para SQUELLA, es posible distinguir una prehistoria de los derechos humanos, “constituida por documentos anteriores al tránsito a la modernidad y, por lo mismo, no se trata propiamente de textos de derechos humanos, aunque sí de antecedentes remotos o próximos de éstos”. En cuanto a su historia, el autor distingue cinco procesos distintos, a saber: positivación, generalización, expansión, internacionalización y especificación. Véase: SQUELLA, Agustín. Op. cit., pp. 179-202. En efecto, cabe notar que el proceso de internacionalización normativa constituye sólo parte del segmento histórico más actual de desarrollo internacional de los derechos humanos. No obstante, nos centraremos únicamente en él, en forma breve, para efectos de dar un contexto adecuado al surgieron de los sistemas europeo y comunitario de protección de derechos humanos.

ya fuera a través de la proclamación, el reconocimiento o, derechamente, la protección de tales derechos¹⁹.

2.1. Proclamación.

En primer lugar, el ámbito de la proclamación internacional se caracteriza “por fijar los principios y obligaciones genéricas de los Estados de respetar los derechos fundamentales de las personas, o establecer un catálogo de derechos” con obligación de respeto universal²⁰. En esta categoría, destacan instrumentos jurídicos como la Carta de Naciones Unidas (1945), la Declaración Universal y la Declaración Americana de Derechos Humanos (ambas de 1948), las cuales comenzarían a trasladar la materia, desde un ámbito meramente estatal, hacia un régimen internacional²¹.

Por una parte, la Carta de Naciones Unidas, es un tratado internacional por el cual se instaura la ONU. Entre sus méritos en la materia, se destacan el haber reconocido el valor universal de los derechos humanos y haber incorporado el respeto de los mismos en su preámbulo y en los propósitos y principios de la Organización, en sintonía con su objetivo fundamental de

¹⁹ RIVEROS, Edgardo. 2011. Normativa Internacional de los Derechos Humanos y el Sistema Democrático: el Caso Chileno. Santiago, Fundación Konrad Adenauer, Serie de Estudios No. 5, p. 9.

²⁰ Ibid.

²¹ Véanse: RIVEROS, Edgardo. Op. cit., pp. 9-10; y SQUELLA, Agustín. Op. cit., p. 186.

preservar la paz internacional²². Además, faculta a la Asamblea General de la ONU para efectuar recomendaciones, en la materia, a los Estados miembros y crear una comisión especial para su promoción. Así, en el año 1946, se instauraría la Comisión de Derechos Humanos de la ONU –Consejo de Derecho Humanos, a partir del año 2006- encargada de evaluar posibles violaciones y expedir recomendaciones al respecto a los Estados partes²³.

Por otro lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos, nace en virtud de una resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU, con fecha 10 de diciembre de 1948. Ella se destaca por incorporar un catálogo de derechos fundamentales que los Estados deben respetar. Ahora bien, preciso es aclarar que ella no constituye un tratado internacional, sino un mero acto resolutivo del órgano señalado, que carece, por sí mismo, de efectos jurídicos vinculantes para los Estados miembros. No obstante ello, cabe señalar que el contenido de dicha Declaración sí ha logrado adquirir fuerza obligatoria, ya en la forma de una costumbre internacional –la práctica generalizada de los Estados, llevada por la convicción de responder a un deber jurídico internacional-, ya como parte del *ius cogens* –una norma imperativa de Derecho Internacional-²⁴.

²² MOTEALEGRE, Hernán. La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos. Santiago, 1979, pp. 5, 652, 654, 696 y ss.; citado en: RIVEROS, Edgardo. Op. cit., p. 11.

²³ RIVEROS, Edgardo. Op. cit., pp. 11 y 12.

²⁴ Véanse: SQUELLA, Agustín. Op. cit., p. 187; y RIVEROS, Edgardo. Op. cit., p. 13.

2.2. Reconocimiento.

En segundo lugar, el ámbito del reconocimiento normativo se caracteriza por la elaboración de tratados internacionales, universales y regionales, que establecen catálogos de derechos a respetar por los Estados. Algunos de dichos instrumentos, incluyen, también, un órgano de control, circunscrito a la adopción de ciertas recomendaciones, carentes de obligatoriedad²⁵. No obstante el carácter vinculante de dichos tratados, el deber de los Estados signatarios se ve limitado a la mera elaboración de informes sobre la materia.

Dentro de este ámbito de desarrollo, se han adoptado múltiples tratados multilaterales, principalmente en el seno de la ONU, entre los cuales, cabe resaltar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos aprobados en el año 1966, y vigentes a partir del año 1976²⁶.

²⁵ RIVEROS, Edgardo. Op. cit., pp. 9 y 13.

²⁶ Siguiendo la clasificación de Antonio Remiro y otros, es posible dividir los principales tratados internacionales del ámbito, en dos grupos. Por una parte, aquellos que se refieren a la prohibición y sanción de actos particularmente lesivos para la dignidad humana y, por otra, los destinados a la protección de los grupos humanos más vulnerables. En el primer grupo, encontramos, entre otros, las Convenciones para la prevención y represión del crimen de genocidio (1948); represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (1950); eliminación de todas las formas de discriminación racial (1951); abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y prácticas análogas (1956); imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad (1968); eliminación de todas las formas de discriminación racial (1966); represión y castigo del crimen de apartheid (1973); contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes (1984). Además, cabe agregar los Convenios sobre Derecho Internacional Humanitario, en particular los de Ginebra (1949). Entre los del segundo grupo, se cuentan las Convenciones relativas al Estatuto de los refugiados (1951) y su Protocolo (1967); Estatuto de los apátridas (1954); reducción de los casos de apátrida (1961); derechos políticos de la mujer (1952); nacionalidad de la mujer casada (1957); eliminación de

La suficiencia de este ámbito de desarrollo normativo internacional sería destacada por la Declaración de Viena (1993), la cual recomendó detener la aprobación de nuevas convenciones de reconocimiento, planteando el desafío de ampliar el número de Estados participantes y desarrollar mecanismos de control obligatorios²⁷.

2.3. Protección.

Finalmente, el ámbito de la protección internacional “pone en funcionamiento mecanismos de esta naturaleza a través del establecimiento de órganos internacionales a los cuales se habilita el acceso del individuo, o grupos de ellos, demandando, incluso a su propio Estado, por violación de sus derechos fundamentales”²⁸.

Esta esfera de desarrollo normativo respondería a la necesidad de contar con un sistema de control internacional verdaderamente eficaz en la protección de derechos, lo que supone un elemento esencial: la legitimación activa de los individuos ante las instancias internacionales. En esta categoría, destacan el

todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); derechos del niño (1989) y sus dos Protocolos relacionados (2000); protección de los trabajadores inmigrantes y los miembros de su familia (1990); derechos de las personas con discapacidad (2006). A ellos, pueden sumarse los adoptados en el marco de Organismos especializados, tales como la UNESCO, en lo socio-cultural; o la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en lo laboral y otras materias sociales, como lo es el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). Véase: REMIRO, Antonio, RIQUELME, Rosa, DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, ORIHUELA, Esperanza y PÉREZ, Luis. Derecho Internacional. Madrid, 1997, p. 1027; citado en: RIVEROS, Edgardo. Op. cit., p. 13.

²⁷ RIVEROS, Edgardo. Op. cit., p. 15.

²⁸ RIVEROS, Edgardo. Op. cit., p. 10.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos o CEDH) (1950), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) –conocida como Pacto de San José de Costa Rica- y el Protocolo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966)²⁹.

3. Los derechos humanos en el ámbito regional europeo.

3.1. El Consejo de Europa.

Como un primer intento hacia la unificación de Europa tras la Segunda Guerra Mundial, el 05 de mayo de 1949, dicha región vería nacer al Consejo de Europa. Plenamente vigente en la actualidad, dicha organización internacional se encuentra basada en el respeto de ciertos valores fundamentales comunes a los Estados europeos –la Democracia, el Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos-, y cuenta actualmente con cuarenta y siete Estados miembros, los cuales representan casi la totalidad del continente europeo³⁰.

²⁹ RIVEROS, Edgardo. Op. cit., p. 15.

³⁰ Los Estados que concurrieron a la firma de su Estatuto constitutivo, fueron: Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Reino Unido, Turquía, Noruega y Suecia. Además de los señalados, pertenecen actualmente a la Organización: Albania (1995), Alemania (1950), Andorra (1994), Armenia (2001), Austria (1956), Azerbaiyán (2001), Bosnia y Herzegovina (2002), Bulgaria (1992), Croacia (1996), Chipre (1961), Estonia (1993), Eslovaquia (1993), Eslovenia (1993), España (1977), Finlandia (1989), Georgia (1999), Hungría (1990), Islandia (1950), Letonia (1995), Liechtenstein (1978), Lituania (1993), Macedonia (1995), Malta (1965), Moldavia (1995), Mónaco (2004), Montenegro (2007), Polonia (1991), Portugal (1976), República Checa (1993), Rumania (1993), Rusia (1996), San Marino (1988), Serbia (2003), Suiza (1963), Ucrania (1995). Finalmente, desde el año 1993, Bielorrusia es candidato a miembro. Por otra parte, participan como Estados observadores: Canadá,

Parte de su relevancia histórica radica en haber proveído el terreno político e ideológico para el posterior proceso de integración de Europa³¹.

El Consejo de Europa ha tenido por objetivo lograr una mayor unidad entre las naciones europeas, para asegurar y concretar aquellos valores y principios que les son comunes, y facilitar su desarrollo económico y social. Para ello, los Estados partes se comprometieron a suscribir acuerdos internacionales y concretar acciones conjuntas, entre otros ámbitos, en la protección de los derechos humanos, cuyo respeto ha sido establecida como una condición para pertenecer a dicha Organización.

En este contexto, y bajo el alero del Consejo de Europa, han surgido una serie de instrumentos internacionales que han dado vida a un efectivo sistema regional de protección y reconocimiento de derechos humanos, en que destacan el CEDH (1950) y la Carta Social Europea (CSE) (1961, revisada en 1996). A continuación, nos detendremos brevemente en ellos, con el objetivo de presentar sus contenidos, así como también, sus respectivos sistemas de control de cumplimiento.

Estados Unidos, Japón, México y el Vaticano. Véase: CONSEJO DE EUROPA. [s.a.] d. *The Council of Europe in brief*. [en línea] <<http://www.coe.int/aboutCoe/index.asp/>> [consulta: 03 abril 2013].

³¹ Traducción libre. SCHIAPPA-PIETRA, Oscar. 2004. *Protecting Human Rights in the European Union: Problems and Prospective scenarios*. Agenda Internacional, X(20), p. 80.

3.2. Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

3.2.1. Aspectos generales.

Uno de los aspectos más relevantes del Consejo de Europa, radica en la elaboración del CEDH, en el año 1950, un Tratado internacional abierto únicamente a la firma de Estados miembros del Consejo de Europa, el cual ha sido ratificado por todos ellos, entrando en vigor a partir del año 1953. A este respecto, cabe destacar que todos los actuales Estados miembros de la UE, con anterioridad a formar parte de la misma, ya participaban del Consejo de Europa y habían ratificado el CEDH.

Este Tratado establece una serie de derechos civiles y políticos, con el objeto de entregar contenido a la obligación de los Estados miembros del Consejo de Europa de respetar los derechos humanos, consagrada como condición para su membresía. Dicha protección es concedida no sólo a los nacionales, sino también a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.

Según destaca Michael O'Boyle, el CEDH surgió como un referente en contra de la influencia comunista de la Unión Soviética, entre los Estados europeos orientales, tras la Segunda Guerra Mundial; proveyendo tanto una declaración simbólica de los principios comunes europeos, en la mirada de los Estados del lado occidental, así como también, un mecanismo de protección contra dicha influencia marxista. Además, el Convenio se erigió como una

reacción a las atrocidades cometidas durante la referida guerra, operando como un mecanismo para concertar la atención internacional y reaccionar frente a violaciones masivas³².

El CEDH “forma parte de una red de tratados internacionales de Derechos Humanos de aplicación universal y regional. Es el homólogo regional del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PDCP), del cual todos los miembros del Convenio son parte. A un nivel regional, es comparable con la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981)”³³.

3.2.2. Contenido.

El CEDH se compone de un Preámbulo y cincuenta y nueve artículos, distribuidos en tres Títulos. El Título I (artículos 2-18), establece una serie de Derechos y Libertades, principalmente civiles y políticos³⁴, al tiempo que regula las condiciones para su derogación en caso de estados de excepción, las restricciones a la actividad política de los extranjeros, la prohibición del abuso de derecho y la limitación en la aplicación de restricciones. A los derechos establecidos en este Título, deben agregarse los añadidos posteriormente a

³² O’BOYLE, Michael. 2009. *The European Convention on Human Rights in Context*. En: *Law of the European Convention on Human Rights*. New York, Oxford University Press, 2ª Ed., p. 1.

³³ Traducción libre. O’BOYLE, Michael. Op. cit., p. 3.

³⁴ El CEDH de 1950 –así como sus Protocolos- también ha incluido ciertos derechos sociales, entre ellos: la prohibición del trabajo forzoso (artículo 4 CEDH), el derecho de sindicación (artículo 11 CEDH), o el derecho a la educación (artículo 2 Protocolo N° 1). Véase: JIMENA, Luis. Op. cit. (2009b), pp. 390 y 391.

través de diversos Protocolos complementarios³⁵. Luego, el Título II (artículos 19-51), instituye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), estableciendo su composición, funcionamiento, competencias y procedimiento. Finalmente, el Título III (artículos 52-59), contiene disposiciones de diversa índole, entre las cuales se cuentan, las relativas a la interpretación de los derechos, a la renuncia a otros modos de solución de controversias y a la aplicación territorial, reserva, denuncia, firma y ratificación del Convenio.

Actualmente, el CEDH reconoce los derechos a la vida, a la libertad y a la seguridad, a la libertad de circulación, a la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, a la vida privada y familiar, a la igualdad entre esposos, a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a la libertad de expresión, a la libertad de reunión y de asociación, a contraer matrimonio, a la prohibición de discriminación, a la propiedad, a la educación, a elecciones libres, a la prohibición de la expulsión de nacionales y expulsiones colectivas de extranjeros, a garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros, a un proceso equitativo, a no ser penado sin ley previa, a no ser juzgado o condenado dos veces, a la prohibición de prisión por deudas, a un recurso

³⁵ Los Protocolos que incorporan nuevos Derechos y Libertades, son los siguientes: el N° 1 (1952), el N° 4 (1963), el N° 6 (1983), N° 7 (1984), el N° 12 (2000) y el N° 13 (2002). Nótese que los Protocolos al Convenio sólo son vinculantes para los Estados miembros que los han suscrito y ratificado. Algunos de éstos, no han ratificado todos los Protocolos existentes. Para conocer el estado actual de las ratificaciones de cada uno de ellos, véase: CONSEJO DE EUROPA. Op. cit. ([s.a.] b). *Complete list of the Council of Europe's treaties*. [en línea] <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>> [consulta: 15 abril 2013].

efectivo, a un doble grado de jurisdicción en materia penal, a la indemnización en caso de error judicial y, finalmente, a la abolición de la pena de muerte³⁶.

3.2.3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Un aspecto relevante del CEDH, radica en la creación TEDH, órgano jurisdiccional con sede en Estrasburgo, Francia, competente para tutelar la correcta interpretación y cumplimiento del CEDH, y compuesto por un número de jueces igual a la cantidad de Estados miembros del Consejo de Europa que han ratificado el CEDH³⁷.

En términos generales, una acción judicial ante el TEDH puede ser iniciada cuando un Estado parte del CEDH ha violado una de las garantías previstas en dicho Tratado o en sus Protocolos. Pueden dar inicio al procedimiento, cualquier Estado miembro, o bien, la persona –física o jurídica-³⁸ que, encontrándose bajo la jurisdicción de uno de éstos, haya sido afectada personal y directamente por una medida estatal, y sólo tras haber agotado todos los remedios domésticos. Finalizado el procedimiento, y de constatarse

³⁶ CONSEJO DE EUROPA. [s.a.] c. Convenio Europeo de Derechos Humanos. [en línea] Estrasburgo. <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf> [consulta: 16 agosto 2013].

³⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. [s.a.]. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Preguntas y Respuestas, p. 3. [en línea] Estrasburgo. <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/A384C041-7BB1-4688-BCAE-0F9B6A93983A/0/Questions_Answers_SPA.pdf> [consulta: 15 abril 2013].

³⁸ El CEDH constituye el primer instrumento internacional en consagrar al individuo como sujeto de Derecho Internacional, al establecer su legitimación activa para accionar ante el TEDH. Véanse: SQUELLA, Agustín. Op. cit., p.189; y RIVEROS, Edgardo. Op. cit., p. 15.

una violación, el Tribunal podría imponer una compensación económica a favor del afectado y condenar al Estado a rembolsar los gastos judiciales en que haya incurrido el demandante. A este respecto, debe tenerse presente que el TEDH no es competente para anular el acto o la normativa estatal en cuestión. Finalmente, en cuanto a la ejecución del fallo, ésta es vigilada exclusivamente por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, órgano compuesto por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros o por sus representantes³⁹.

Durante el desarrollo de este sistema regional de derechos humanos, se han suscrito diversos Protocolos modificatorios del CEDH, los cuales han tenido por objeto asegurar la eficacia y eficiencia del sistema institucional de protección, destacando los Protocolos nº 11 (1994) y nº 14 (2004).

Por una parte, el Protocolo Nº 11 del año 1994 (vigente a partir del 1 de diciembre de 1998), considerado como la reforma más importante al CEDH, introdujo una profunda actualización al sistema. A partir de entonces, el TEDH pasó a ser el único órgano atingente en la materia, con competencia obligatoria para conocer tanto de las demandas estatales como individuales; sustituyendo a otros dos órganos con los cuales antes coexistía –uno político, el Comité de Ministros, y otro cuasi jurisdiccional, la Comisión Europea de Derechos

³⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Op. cit., pp. 4-11.

Humanos⁴⁰. De esta manera, los particulares ya no requieren la intermediación de la Comisión Europea de Derechos Humanos, pudiendo ahora acceder directamente al TEDH. Así, se consolidó el carácter independiente y judicial del sistema⁴¹.

Por otra parte, el Protocolo N° 14 del año 2004 (vigente desde el 1 de junio de 2010), saliendo al paso de las críticas acerca de la lentitud del sistema y el alto número de asuntos pendientes, estableció una nueva –y controversial– condición de admisibilidad a las demandas presentadas por los particulares, al incorporar una exigencia de gravedad del daño causado, debiendo acreditarse que la violación alegada ha causado al afectado un “perjuicio significativo”⁴². Además, el mentado Protocolo modificó el Artículo 59 CEDH, habilitando una posible adhesión de la UE al Convenio⁴³.

No obstante las deficiencias objeto de crítica, y siguiendo a Edgardo Riveros, “es de justicia afirmar que la vasta jurisprudencia de los órganos establecidos por la [CEDH], sea en su estructura original o en la modificada en 1994, muestra la eficacia y consistencia de este instrumento internacional, destacado, con razón, como el referente más evolucionado en los esfuerzos de protección

⁴⁰ Aquella estructura institucional original sería luego replicada por el Sistema Interamericano de Derecho Humanos, bajo la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁴¹ Cabe destacar que, dentro del ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, el CEDH ha sido pionero en reconocer la legitimación activa de los individuos para accionar contra un Estado, ante un órgano jurisdiccional internacional. Véase: RIVEROS, Edgardo. Op. cit., p. 16.

⁴² RIVEROS, Edgardo. Op. cit., pp. 16 y 17.

⁴³ Sobre la adhesión de la UE al CEDH, véase el Capítulo III de esta obra.

internacional de los derechos humanos”. Ello, al punto de haber incluso influido “nítidamente en la elaboración y aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos”⁴⁴.

3.3. Carta Social Europea (CSE).

3.3.1. Aspectos generales.

La CSE, es un Tratado internacional suscrito por los Estados miembros del Consejo de Europa en el año 1961 (vigente desde el 26 de febrero de 1965), y revisado en el año 1996, el cual ha tenido por objeto complementar las garantías establecidas en el CEDH⁴⁵, agregando al sistema europeo de derechos humanos, ciertos derechos sociales y económicos⁴⁶. Por ello, y conforme al principio de indivisibilidad de los derechos humanos, Luis Jimena

⁴⁴ RIVEROS, Edgardo. Op. cit., p. 17.

⁴⁵ TORRES DEL MORAL, A. Principios de Derecho Constitucional Español, t. I: Sistemas de Fuentes. Sistemas de Derechos. 6ª Ed. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2010, p. 725; citado en: JIMENA, Luis. 2011. La Jurisprudencia Europea sobre Derechos Sociales. En: VON BOGDANDY, Armin y otros (Eds.). Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. 1ª Ed. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. p. 283. Según se desprende de los Trabajos Preparatorios del CEDH de 1950, los Estados miembros del Consejo de Europa decidieron dar prioridad al reconocimiento de derechos civiles y políticos, para posteriormente completarlos con derechos sociales y económicos. Véase: JIMENA, Luis. Op. cit. (2009b), p. 390.

⁴⁶ Sin perjuicio de las novedades que incorpora la CSE, cabe notar ciertas “convergencias redaccionales” con el CEDH, el cual ya preveía algunos derechos sociales, entre ellos: la libertad sindical y la prohibición de trabajo forzado. Véase: JIMENA, Luis. Op. cit. (2011), p. 283. Además, véase, más arriba, nota nº 34.

sostiene que debe atribuírsele a la CSE el mismo nivel de importancia asignado al CEDH⁴⁷.

La CSE constituye el Tratado internacional más avanzado en el reconocimiento de esta clase de derechos⁴⁸. Es la equivalente regional del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y aspira constituir un verdadero “Pacto Europeo para la Democracia social”⁴⁹: la plataforma de coordinación de las políticas sociales europeas, y el mínimo común denominador a garantizar por todos los Estados miembros⁵⁰.

En orden a actualizar, completar y perfeccionar la CSE, se han aprobado una serie de nuevos instrumentos convencionales, con escaso éxito de ratificaciones⁵¹. Hablamos del Protocolo Adicional del año 1988 (en vigor el 4 de septiembre de 1992), el cual incorpora nuevos derechos sociales y económicos a la CSE; del Protocolo de Enmienda del año 1991, orientado principalmente a mejorar la eficacia del sistema de control de la CSE (aun cuando no entra en vigor por falta de ratificaciones, en la práctica, la mayoría

⁴⁷ Para Luis Jimena, conforme al principio de indivisibilidad de los derechos humanos, considera imperativo que la CSE “deje de ser considerada como hermana pobre del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)”. Véase: JIMENA, Luis. Op. cit. (2009b), p. 391.

⁴⁸ BELORGEY, Jean-Michel. 2007. La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su Organo de Control: El Comité Europeo de Derechos Sociales (Traducción de Luis Jimena Quesada). Revista de Derecho Político, p. 349.

⁴⁹ JIMENA, Luis. Op. cit. (2011), p. 291.

⁵⁰ JIMENEZ, Francisco. 2009. La Carta Social Europea (Revisada): Entre el Desconocimiento y su Revitalización como Instrumento de Coordinación de las Políticas Sociales Europeas. [en línea] Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Junio de 2009. Número 17, p. 1. <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/archivos/JIMENEZ_Francisco.pdf> [consulta: 17 abril 2013].

⁵¹ Para conocer el estado actual de las ratificaciones de la CSE y cada uno de los instrumentos posteriores, véase: CONSEJO DE EUROPA. Op. cit. ([s.a.] b), s.n.

de sus innovaciones están siendo aplicadas); del Protocolo Adicional del año 1995 (en vigor el 1 de julio de 1998), que establece un sistema de reclamaciones colectivas; y, finalmente, de la Carta Social Europea revisada en año 1996 (CSEr) (en vigor el 1 de julio de 1999), que busca sustituir progresivamente a la CSE (1961) y su Protocolo Adicional (1988), mediante el reconocimiento y ampliación de nuevos derechos de la especie⁵².

3.3.2. Contenido.

La CSE del año 1961 consta de un Preámbulo y cinco Partes, desarrolladas en un total de treinta y ocho artículos. En lo sustantivo, resultan relevantes las dos primeras secciones.

Por un lado, la Parte I, establece una declaración de principios, por la cual los Estados partes reconocen, como objetivo de sus políticas, que perseguirán, por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, la consecución de las condiciones idóneas para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y principios declarados.

Por otro, la Parte II, consagra, en detalle, los diversos derechos protegidos, a saber: al trabajo; a condiciones justas de trabajo; a condiciones de trabajo seguras y saludables; a una remuneración justa; a la sindicación; a negociar colectivamente; a la protección de niños y jóvenes; a la protección de la mujer

⁵² JIMENEZ, Francisco. Op. cit., p. 13.

trabajadora; a la orientación vocacional; a la capacitación profesional; a la protección de la salud; a la seguridad social; a la asistencia social y médica; a beneficiarse de los servicios de prestación sociales; a la capacitación profesional, rehabilitación y reinserción social de personas física o mentalmente discapacitadas; a la protección social, legal y económica de la familia; a la protección social y económica de madres y niños; a emplearse en una ocupación remunerada en otro Estado parte; y a la protección y asistencia de trabajadores emigrantes y sus familias.

Adicionalmente, se incorporan a ellos, los derechos establecidos por el Protocolo Adicional (1988), esto es: a la protección social de las personas mayores; a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, sin discriminación por razón de sexo; a la información y consulta dentro de la empresa; y a la participación en la determinación y mejora del ambiente de trabajo.

Por su parte, la CSEr (1996)⁵³, actualizando el contenido material de la CSE (1961) y su Protocolo Adicional (1988) a un nuevo contexto social europeo⁵⁴, incorpora una serie de nuevos derechos, la mayoría de los cuales desarrollan

⁵³ Téngase presente que la CSEr es vinculante sólo para los Estados miembros del Consejo de Europa que la hayan suscrito y ratificado. Para conocer el listado actualizado de dichos Estados, véase: CONSEJO DE EUROPA. 2013b. *European Social Charter (revised)*. [en línea] <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=8&DF=23/04/2013&CL=ENG>> [consulta: 23 abril 2013].

⁵⁴ MILIONE, Ciro. 2012. ¿Es Razonable que España No Haya Ratificado Todavía la Carta Social Europea Revisada en 1996? Algunas Reflexiones sobre el Estado de la Cuestión. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, (2), p. 120.

los ya existentes⁵⁵, Entre ellos, destacan los siguientes: a la protección contra la pobreza y la exclusión social; a la vivienda; a la igualdad de trato de trabajadores con responsabilidades familiares; a la protección en caso de despido; a la protección de los haberes en caso de insolvencia del empleador; y a la dignidad en el trabajo.

Ahora bien, una de las características más relevantes de la CSE radica en la flexibilidad en su mecanismo de adhesión, permitiendo que los Estados partes puedan seleccionar los artículos o párrafos a los cuales han de obligarse a cumplir, con la excepción de ciertos artículos a los que deben suscribir necesariamente, conocidos como “núcleo duro”⁵⁶. Esta técnica de aceptación

⁵⁵ BELORGEY, Jean-Michel. Op. cit., p. 350.

⁵⁶ La CSE (1961), contempla que los Estados partes deben aceptar, al menos, cinco de los siete artículos que consagran los siguientes derechos: al trabajo, a la sindicación, a la negociación colectiva, a la seguridad social, a la asistencia social y médica, a la protección social, jurídica y económica de la familia, y a la protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias. Además, dichos Estados deben aceptar un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II, de manera que el número total de artículos o párrafos aceptados no sea inferior a diez artículos o a cuarenta y cinco párrafos numerados. Por su parte, la CSEr (1996) contempla que los Estados partes deben aceptar, al menos, seis de los nueve derechos que se indican a continuación: además de los seis derechos del núcleo duro de la CSE (1961), se cuentan, también, los nuevos derechos a la protección de los niños y los adolescentes, y a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo sin discriminación por razón de sexo. Además, los Estados partes debe aceptar un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II, de manera que el número de artículos o párrafos aceptados no sea inferior a dieciséis artículos o a sesenta párrafos numerados. Ahora bien, ningún Estado parte puede ratificar la CSEr (1996) sin entenderse obligado, al menos, por las disposiciones correspondientes de la CSE (1961) a las que ya estuvieren vinculados. Véase: JIMENEZ, Francisco. Op. cit., p. 7. Por último, cabe destacar que, para Jean-Michel Belorgey, el núcleo duro de la CSEr no representa necesariamente las disposiciones más relevantes de la misma, lamentando que no se incluyeran los derechos a la vivienda, a una remuneración equitativa, y a la protección contra la pobreza y la exclusión social. Véase: BELORGEY, Jean-Michel. Op. cit., p. 351.

parcial del Tratado ha generado un sistema fragmentado de obligaciones⁵⁷, lo cual acarrearía el peligro que algunos Estados partes puedan “intentar salvar sus puntos deficitarios a través de la aceptación de sólo aquellos artículos que no les comprometen a demasiados esfuerzos⁵⁸. Ello ha motivado a algunos a promover una reforma que haga vinculante a los Estados partes, la totalidad de los derechos reconocidos⁵⁹.

Otra característica de este Tratado, es que sus disposiciones benefician únicamente a los nacionales del Estado parte en cuestión, y a los extranjeros nacionales de otros Estados partes, bajo la condición de encontrarse en situación regular de residencia o de trabajo dentro del territorio de dicho Estado. En efecto, los extranjeros naturales de terceros Estados no son

⁵⁷ Es pertinente destacar que, según Jiménez, han sido universalmente aceptados por los Estados parte de la CSEr (1996), los siguientes derechos: al trabajo, a la sindicación, a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo; y, respecto del derecho de los niños y adolescentes a protección, sólo lo referido a: fijar en 15 años la edad mínima de admisión al trabajo (sin perjuicio de excepciones para los niños empleados en determinados trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación); fijar en 18 años la edad mínima para la admisión al trabajo en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas o insalubres; la prohibición de que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de la educación; la prohibición del trabajo nocturno a los trabajadores menores de 18 años, excepto en ciertos empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales; la protección especial contra los peligros físicos y morales a los que están expuestos los niños y los adolescentes, especialmente contra aquellos que, directa o indirectamente, deriven de su trabajo). Por su parte, los derechos que han logrado el menor consenso entre los Estados partes, son: el derecho a la vivienda, la obligación de simplificar las formalidades vigentes y a reducir o suprimir los derechos de cancelación y otras tasas que deban ser pagadas por los trabajadores extranjeros o por sus empleadores; el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social; la aplicación de la asistencia social y médica en condiciones de igualdad con sus nacionales a los de las restantes Partes que se encuentren legalmente en su territorio; y el derecho de las personas de edad avanzada a protección social. Véase: JIMENEZ, Francisco. Op. cit., pp. 7 y 8.

⁵⁸ BELORGEY, Jean-Michel. Op. cit., p. 351.

⁵⁹ JIMENEZ, Francisco. Op. cit., pp. 6 y 7.

titulares de estos derechos sociales y económicos⁶⁰, a diferencia del CEDH, el cual aplica a toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción de cualquier Estado parte⁶¹.

3.3.3. Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

El sistema europeo de derechos sociales no cuenta actualmente de un órgano jurisdiccional⁶². En cambio, desde sus inicios, el CEDS⁶³ ha funcionado como un mecanismo de administrativo de control, formado actualmente por quince expertos independientes. Originalmente, sus funciones se limitaban exclusivamente a examinar y evaluar ciertos informes que –hasta hoy- deben ser presentados periódicamente por los Estados partes para dar cuenta de la

⁶⁰ “Tal idiosincrasia normativa obedece a su coyuntura histórica, entendidos los derechos económicos, sociales y culturales como derechos instrumentales o prestacionales de los derechos civiles y políticos a pesar de las solemnes declaraciones, tan reiteradas como acertadas, sobre la indivisibilidad de los derechos fundamentales. A diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la adhesión al sistema de la Carta Social Europea no constituye un presupuesto de adhesión en el seno del Consejo de Europa, y ello a pesar de que la Asamblea Parlamentaria haya subrayado que la aplicación de estándares homologables o equiparables en términos de derechos sociales, a la luz de las respectivas circunstancias nacionales, debería ser un criterio de admisión en el Consejo de Europa”. Véase: JIMENEZ, Francisco. Op. cit., p. 6.

⁶¹ “A esta diferencia no cabría, sin embargo, atribuirle un alcance absolutamente general, pues mal puede entenderse cómo el beneficio de determinados artículos relativos a algunos derechos que tienen relación directa con el derecho a la vida y a la dignidad estaría reservado no sólo a los nacionales de los Estados Partes en situación regular, sino que además se negaría a los nacionales de los otros Estados con independencia de cuál fuere su situación de estancia. A este respecto, de hecho, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha entendido lo contrario al pronunciarse con ocasión del examen de la reclamación colectiva n.º 14/2003 (*FIDH contra Francia*) relativa al derecho a la protección social en materia de beneficios sanitarios de los menores extranjeros”. Véase: BELORGEY, Jean-Michel. Op. cit., p. 352.

⁶² JIMENEZ, Francisco. Op. cit., p. 8.

⁶³ No obstante el general de la literatura especializada, en aras de la claridad y simplificación, se refiere a dicho órgano bajo la denominación de “Comité Europeo de Derechos Humanos”, cabe aclarar que tanto la CSE como la CSEr lo llaman “Comité de Expertos”.

ejecución de las obligaciones asumidas en la CSE⁶⁴, en cuya virtud el Comité de Ministros (órgano político) tiene la facultad de expedir ciertas recomendaciones a los Estados miembros, tendientes a conseguir su correcto cumplimiento.

Sin embargo, tras el Protocolo Adicional del año 1995 (en vigor el 1 de julio de 1998), se le ha añadido al CEDS un rol cuasi-jurisdiccional, al agregársele competencia para conocer de un mecanismo facultativo de reclamaciones colectivas⁶⁵ (únicamente vinculante para los pocos Estados partes que han ratificado dicha jurisdicción), en que ciertas organizaciones sociales⁶⁶ pueden entablar una acción contra un Estado miembro, cuando consideren que éste no ha asegurado suficientemente –sea a través de su legislación o de prácticas estatales- alguna disposición ratificada de la CSE (1961), del Protocolo

⁶⁴ BELORGEY, Jean-Michel. Op. cit., p. 353.

⁶⁵ Sobre el particular, JIMENEZ sostiene (citando a SUDRE, F. *Le Protocole Additionnel a la Charte Social Européene Prévoyant un Système de Réclamations Collectives*. RG DIP 1996-3, PP. 724-726), que "...se trata ante todo de un derecho de reclamación colectiva y no de un derecho colectivo de reclamación lo que implica dos importantes limitaciones: las organizaciones titulares de este derecho no están legitimadas para actuar en nombre de los particulares afectados por actuaciones contrarias a la Carta ni para actuar en nombre propio cuando sean ellas las víctimas de tales violaciones". Por otro lado, el autor justifica la naturaleza colectiva de la reclamación, en que ésta resulta "más acorde con el carácter programático y la dimensión generalmente interestatal de las obligaciones de resultado que impone (...) la Carta". Véase: JIMENEZ, Francisco. Op. cit., p. 12.

⁶⁶ El artículo 1 del Protocolo Adicional del año 1995, concede legitimación activa, únicamente, a las organizaciones internacionales representativas de empleadores y trabajadores indicadas en el artículo 27.2 CSE, a las organizaciones no gubernamentales dotadas de estatuto consultivo ante el Consejo de Europa e inscritas en un listado especial, y, finalmente, a las organizaciones nacionales representativas de empleadores y trabajadores que actúen bajo la jurisdicción del Estado reclamado. Véase: CONSEJO DE EUROPA. [s.a.] a. *Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints*. [en línea] <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/158.htm>> [consulta: 05 julio 2013].

Adicional (1988) o de la CSEr (1996). Así las cosas, el sistema excluye las reclamaciones derivadas de violaciones individuales⁶⁷. De allí que, en el lenguaje de Riveros, este sistema pueda situarse en el ámbito del “reconocimiento” internacional de los derechos humanos, y no, propiamente, en el ámbito de la “protección” de los mismos⁶⁸.

Para Jean-Michel Belorgey⁶⁹, este mecanismo de reclamación colectiva goza de cuatro virtudes. En primer lugar, se trata de un sistema cuasi-jurisdiccional en el ámbito de los derechos sociales, en que escasean órganos internacionales de carácter jurisdiccional. En segundo lugar, el control ejercido por el CEDS se mueve desde los principios hacia los derechos positivos, de manera que no sólo evalúa el cumplimiento normativo del Estado en cuestión – textos constitucionales, legislativos o reglamentarios vigentes-, sino que también juzga la aceptabilidad de las prácticas estatales, exigiendo un cumplimiento efectivo, con especial énfasis en la accesibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales⁷⁰. En tercer lugar, cuenta con un procedimiento eficaz y sencillo, el cual, por ejemplo, no exige agotar previamente las instancias

⁶⁷ No obstante, JIMENEZ sugiere (citando a ABRAMOVICH, V. y COURTIS, CH., *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid, Ed. Trotta, 2002), la existencia de ciertos mecanismos indirectos para hacer efectivos, en el caso concreto, estos derechos sociales. De sus palabras, se interpreta que ello podría lograrse mediante una acción individual del afectado ante el TEDH, sustentada en una violación del CEDH, por ejemplo, “del principio de igualdad y no discriminación, el principio y garantías del “debido proceso” así como a través de otros derechos de naturaleza civil y política o derechos sociales más fuertes”. Véase: JIMENEZ, Francisco. *Op. cit.*, pp. 8 y 9.

⁶⁸ Véase, más arriba, pp. 19-21.

⁶⁹ BELORGEY, Jean-Michel. *Op. cit.*, pp. 354-358.

⁷⁰ BELORGEY, Jean-Michel. *Op. cit.*, pp. 360-362.

nacionales para poder iniciar esta acción colectiva. Además, todos sus fallos han sido cumplidos por los Estados en cuestión, gracias a la fuerza ejecutiva dada por el Comité de Ministros. Finalmente, en cuarto lugar, se destaca la basta experiencia interpretativa del CEDS, desarrollada en el examen de los informes estatales.

Por otra parte, cabe destacar que el CEDS, sea en el examen de los informes estatales o conociendo de las reclamaciones colectivas, ha pretendido guiar su actuar buscando respetar la variedad de las tradiciones y modelos nacionales, así como también, tomando en cuenta el diverso nivel de desarrollo económico de los diferentes Estados miembros. En efecto, lo relevante para el CEDS es que, cualquiera sea la tradición política o el nivel de prosperidad económica de los Estados, éstos manifiesten una voluntad real de aplicar los compromisos asumidos en materia de derechos sociales, guardando que el cumplimiento de los mismos no signifique exigencias injustamente diferentes entre los Estados miembros⁷¹.

Finalmente, desde un punto de vista crítico, “es suficiente pensar que, ni la Carta de 1961 ni la de 1996 cuentan con un órgano jurisdiccional del calado y de la importancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...). No se puede negar que esta circunstancia, sumada a la inexistencia de un órgano jurisdiccional dedicado al enjuiciamiento de la correcta aplicación de la CSE, ha

⁷¹ BELORGEY, Jean-Michel. Op. cit., pp. 358-360.

contribuido seriamente al desconocimiento del funcionamiento y de la jurisprudencia del [CEDS]⁷².

4. Los derechos humanos en la UE.

4.1. Origen de la UE ajeno a los derechos humanos⁷³.

La literatura especializada pareciera concordar que la protección de los derechos humanos no constituyó un objetivo original de las raíces de la Unión Europea, las cuales se remontan a la creación de las entonces Comunidades Europeas (la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)⁷⁴, la Comunidad Económica Europea (CEE)⁷⁵ y la Comunidad Europea de la

⁷² MILIONE, Ciro. MILIONE, Ciro. Op. cit., p. 123.

⁷³ Para un análisis más profundo de esta materia véase: SMISMANS, Stijn. 2010. *The European Union's Fundamental Rights Myth*. *Journal of Common Market Studies*, 48(1): 46-66.

⁷⁴ Comunidad de Estados creada en el Tratado de París de 18 de abril de 1951, y vigente a partir del 23 de julio de 1952, la cual estuvo formada originalmente por Alemania Federal, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo; quienes, siguiendo la propuesta del Ministro de Relaciones Exteriores de Francia, Robert Schuman, acordaron delegar, a una Alta Autoridad común, la administración de las producciones nacionales del carbón y del acero, por un plazo de cincuenta años. A través de esta iniciativa, se pretendió –con éxito- sentar las bases de una integración económica entre los Estados europeos y, en último término, establecer la paz y la cooperación política en la región, tras el término de la Segunda Guerra Mundial (véase: FONTAINE, Pascal. 1990. *Una Idea Nueva para Europa. La Declaración Schuman (1950-1990)*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, pp. 5-23). Después de cinco décadas de vigencia, y tal como estaba previsto, el Tratado de París expiró el 23 de julio de 2002 (véase: UNIÓN EUROPEA. 2010b. *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Tratado CECA*. [en línea] <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_ecsc_es.htm> [consulta: 14 agosto 2013]).

⁷⁵ Comunidad de Estados creada en un Tratado suscrito en Roma el 25 de marzo de 1957, vigente a partir del 01 de enero de 1958, y formada originalmente por los seis Estados fundantes de la CECA. En términos generales, tuvo por objeto la creación de un mercado común entre sus miembros, eliminando toda clase de barreras comerciales o económicas en su interior y estableciendo la libre circulación de bienes, servicios, capitales y trabajadores. Asimismo, instauró un arancel externo único en las fronteras de la Comunidad y estableció una

Energía Atómica (CEEa o EURATOM)⁷⁶), cuyos Tratados constitutivos no contemplaron disposición alguna en materia de derechos humanos⁷⁷. En efecto, se ha sostenido que los “derechos fundamentales no formaron parte del diseño institucional de la CEE/UE como se estableció en los años 50”⁷⁸ y, en consecuencia, no tendrían lugar como principio político inspirador de la misma⁷⁹. Ello, sin perjuicio que la idea de mejorar las condiciones de vida de los europeos aparecía formulada en los Preámbulos de los tres Tratados

política común en los ámbitos comercial, monetario, agrícola, social y de transportes. Tras el Tratado de Maastricht (1992), pasó a llamarse Comunidad Europea (CE) y, finalmente, el 01 de diciembre de 2009, fue suprimida y continuada por la Unión Europea, al entrar en vigencia el Tratado de Lisboa. Véase: UNIÓN EUROPEA. 2010c. Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Tratado CEE. [en línea] <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_es.htm> [consulta: 14 agosto 2013].

⁷⁶ Comunidad de Estados creada en otro Tratado suscrito también en Roma el 25 de marzo de 1957, vigente a partir del 01 de enero de 1958, y formada originalmente por los seis Estados fundantes de la CECA. A grandes rasgos, su propósito consistió en delegar a una Alta Autoridad común, la administración y desarrollo de las industrias nucleares nacionales de fines civiles y pacíficos, con el objetivo de garantizar la seguridad del suministro energético entre sus miembros. A diferencia de la CECA y la CEE, mantiene su vigor hasta la actualidad, conservando una personalidad jurídica distinta a la de la Unión Europea, no obstante comparten las mismas instituciones. Véase: UNIÓN EUROPEA. 2007c. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), Tratado CEE. [en línea] <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_es.htm> [consulta: 14 agosto 2013].

⁷⁷ En este sentido, véanse: ALONSO, Ricardo. 2007. Sistema Jurídico de la Unión Europea. 1ª Ed. Navarra, Civitas, p. 247; LIROLA, Isabel. 2004. La Protección de los Derechos Humanos en la Unión Europea. Reflexiones a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Agenda Internacional, X(20), p. 93; MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. 2010. Instituciones y Derecho de la Unión Europea. 6ª Ed. Madrid, McGraw-Hill, p. 121; PEÑA, Javier. 2003. La Carta de Derechos Fundamentales y la Ciudadanía Europea. Revista de Estudios Europeos, (33), p. 65; SCHIAPPA-PIETRA, Oscar. Op. cit., p. 81; SMISMANS, Stijn. Op. cit., p. 46; CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne. 1998. *General Principles I: Fundamental Rights*. En: *EU Law. Text, Cases and Materials*. 2ª Ed. Nueva York, Oxford, p. 296; y DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline. *Challenges for the Protection of Fundamental Rights in the EU at the Entry into Force of the Lisbon Treaty* (2011), p. 1777.

⁷⁸ Traducción libre. SMISMANS, Stijn. Op. cit., p. 46.

⁷⁹ SCHIAPPA-PIETRA, Oscar. Op. cit., p. 81.

fundacionales⁸⁰; y que ciertos principios en ellos establecidos, como el de no discriminación o el de libre prestación de servicios, en ciertos casos, pudieran ser asimilables a ciertas disposiciones relativas a la protección de los derechos humanos⁸¹.

Diversas teorías han sido ofrecidas para explicar dicha ausencia⁸². En primer lugar, hay quienes sostienen que los constituyentes de las otrora Comunidades Europeas habrían deliberadamente decidido centrarse exclusivamente en aspectos económicos y técnicos, tras varios intentos de profundizar la integración de Europa luego de constatar el éxito de la CECA.

Según explican Paul Craig y Gráinne de Búrca⁸³, en el año 1952, los Estados miembros de la CECA suscribieron un Tratado que creaba una Comunidad de Defensa Europea y, al año siguiente, esbozaron el borrador de una Comunidad Política Europea, entre cuyos objetivos primordiales se encontraba la protección de los derechos humanos, incluyendo en ella aquellos derechos establecidos en la CEDH. No obstante, en el año 1954, el Tratado que establecía la Comunidad de Defensa Europea no lograría la ratificación

⁸⁰ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009b), p. 393.

⁸¹ CANEDO, José y GORDILLO, Luis. 2008. Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea a la Espera de Lisboa. Cuadernos Europeos de Deusto, (39/2008), p. 30. Al respecto, Jacqueline Dutheil de la Rochere, reconoce que el Tratado de la CEE sí contempló una disposición específica asimilable a la protección de los derechos humanos, según la cual se requería una remuneración igualitaria para trabajadores hombres y mujeres que desempeñan una misma labor (norma establecida actualmente en el artículo 157 TFUE). Véase: DUTHEIL DE LA ROCHERE, Jacqueline. *Challenges for the Protection of Fundamental Rights in the EU at the Entry into Force of the Lisbon Treaty* (2011), p. 1777

⁸² ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2007), p. 247.

⁸³ CRAIG, Paul y DE BURCA, Gráinne. Op. cit., pp. 296 y 297.

francesa y, con ello, caería también la idea de una Europa más integrada en lo político. Finalmente, en el año 1957, habría primado una posición en que la integración económica fue considerada prioritaria frente a la integración política⁸⁴, consecuencia de lo cual se crearon la CEE y la CEEA, ambas a coexistir con la CECA, junto a la cual formarían una trilogía de comunidades centradas únicamente en materias económicas. Por lo anterior, es que se ha dicho que “los tratados constitutivos contemplaban al hombre más en su faceta de *homo economicus* que de ser humano en la perspectiva del derecho natural o de la doctrina de los derechos humanos”⁸⁵.

Por otro lado, una segunda teoría sostiene que los Tratados de las Comunidades Europeas no incluyeron ninguna referencia a los derechos humanos, por cuanto ello hubiera significado ampliar innecesariamente las competencias comunitarias, en desmedro de las competencias estatales.

Finalmente, una tercera teoría sostiene que los constituyentes simplemente no previeron las eventuales implicancias que el ordenamiento comunitario podría haber tenido en esta materia, lo que hacía innecesaria la definición de un ámbito mínimo de protección de los individuos ante los poderes públicos europeos⁸⁶.

⁸⁴ MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Op. cit. (2010), p. 121.

⁸⁵ LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 94.

⁸⁶ SMISMANS, Stijn. Op. cit., p. 46.

Para Stijn Smismans, tanto el Consejo de Europa como las Comunidades Europeas se fundaron sobre la premisa que la integración era necesaria para asegurar la paz y evitar la repetición de las terribles experiencias de las dos Guerras Mundiales. Sin embargo, mientras el Consejo de Europa habría ubicado su eje central en los derechos humanos –particularmente con la adopción del CEDH-, las Comunidades habrían concebido la integración como meramente económica y funcional, sin ningún proceso constitucionalizador que incluyera derechos fundamentales⁸⁷.

Más aún, el mismo autor destaca que, a diferencia del Consejo de Europa, el respeto por los derechos humanos no fue un requisito para formar parte de la CEE. En su opinión, lejos de haber sido resultado del azar, ello encontraría explicación en una decisión política deliberada de los Estados miembros.

⁸⁷ Ibid. Sin embargo, Agustín Menéndez, no obstante reconoce que “los objetivos inmediatos de las tres Comunidades Europeas eran claramente económicos” y que “los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas no abundaban en referencias explícitas a los derechos fundamentales”; considera, al mismo tiempo, que, desde sus orígenes, “el proceso de integración europea está muy estrechamente vinculado con la protección de los derechos fundamentales”. En primer lugar, puesto que, al haberse buscado evitar una nueva guerra en Europa, la integración europea habría pretendido “establecer las condiciones básicas para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales”. En segundo lugar, dado que, al haber sentado las libertades económicas, no sólo se habría perseguido crear vínculos económicos transfronterizos que evitaran nuevas guerras, sino también, instaurar y consolidar estados de bienestar, entre sus miembros. Por último, puesto que, al haberse condicionado la admisión de nuevos Estados a su condición de “europeos”, se habría pretendido incorporar una exigencia normativa –no geográfica-, indicativa de “un Estado democrático, un Estado de Derecho respetuoso de los derechos fundamentales de los individuos”. En definitiva, “todo ello implicaba que las Comunidades Europeas contaban con una identidad basada en el respeto de los derechos fundamentales y se orientaban al desarrollo de políticas que establecieran los prerequisites necesarios para la efectiva defensa de los derechos fundamentales, sin que al tiempo se afirmaran los derechos fundamentales como parte integrante del derecho comunitario”. Véase: MENÉNDEZ, Agustín. 2003. De la Carta de Derechos al Tratado Constitucional. En: CONFERENCIA LA Convención y el Debate sobre el Futuro de Europa. San Lorenzo de El Escorial, España. Universidad Complutense de Madrid, p. 1-2 y 7.

Reflejo de esto último, lo fueron “las reacciones iniciales frente a las intenciones de España franquista de adherir a la CEE: inicialmente, ninguno de los seis ministros de relaciones exteriores de los Estados fundadores de la CEE levantó la posibilidad que los Derechos Humanos necesitaran ser respetados y, en particular, tanto los gobiernos alemán como francés parecían estar listos para aceptar como miembro a la España fascista”⁸⁸.

4.2. Tutela por el TJUE: los derechos humanos como principios generales del Derecho de la Unión Europea.

4.2.1. Principios generales del Derecho de la Unión Europea.

El TJUE ha asumido un rol central en el desarrollo y evolución de la UE, mediante el ejercicio de la función interpretativa de los Tratados constitutivos, construyendo un conjunto de principios generales del Derecho de la UE, esenciales para subsanar sus vacíos normativos y consolidar el Derecho público comunitario⁸⁹. Lo anterior, dada la incapacidad del sistema normativo europeo de actualizarse con el mismo dinamismo con que la Organización ha transitado desde un sistema de cooperación meramente económico, hacia un mecanismo de integración regional.

⁸⁸ Traducción libre. SMISMANS, Stijn. Op. cit., p. 47.

⁸⁹ MORENO, José A. Op. cit., p. 26.

Los principios generales del Derecho de la UE constituyen una fuente obligatoria del Derecho comunitario y consisten en aquellos principios necesarios para “el logro de los objetivos y de los fines perseguidos a través de la (...) integración”⁹⁰. Estos, surgen “del espíritu integrador de los Tratados y de las necesidades que nacen para lograr su consecución de la mejor manera”⁹¹.

Ahora bien, ellos no deben confundirse con los principios generales del Derecho, esto es, “aquellos generalmente aceptados por los Estados a nivel mundial o por los Estados miembros de la Unión Europea, como por ejemplo el principio de la buena fe y el principio de seguridad jurídica; [cuya] finalidad (...) sería completar, en el supuesto de que fuese preciso, el bloque jurídico que forma el ordenamiento comunitario”⁹².

Siguiendo a Mangas y Liñan⁹³, es posible clasificar los principios generales del Derecho de la UE, entre aquellos de carácter “constitucional” y los meramente “generales”. Los primeros, se denominan así por encontrarse explícitamente consagrados en los Tratados constitutivos, desde donde subordinan al resto del ordenamiento jurídico comunitario. En esta categoría,

⁹⁰ MOLINA DEL POZO, Carlos. Manual de Derecho de la Comunidad Europea. 1ª Ed. Madrid, Editorial Trivium, 1987. p. 506; citado en: CHACRA, Stephanie. 2012. El Tribunal de la Unión Europea y los Principios del Derecho Comunitario. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 16.

⁹¹ CHACRA, Stephanie. Op. cit., p. 17.

⁹² Ibid.

⁹³ MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Op. cit. (2010), pp. 338-340.

se encuentran los principios de atribución⁹⁴, subsidiariedad⁹⁵, proporcionalidad⁹⁶ y no discriminación⁹⁷. En cambio, los segundos, no obstante carecen de dicha formulación normativa, han sido reconocidos por la jurisprudencia uniforme del TJUE, como exigencias de racionalidad para la aplicación del Derecho de la Unión⁹⁸. Ahora bien, nada obsta que ciertos principios que originalmente caían dentro de la segunda especie, pasen luego a tener carácter de “constitucionales”. De hecho, eso es lo que ha ocurrido con la

⁹⁴ Conforme prescribe el Artículo 5.2 TUE, “en virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de la competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”. Véase: UNIÓN EUROPEA. 2012a. Versiones Consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/01, de 26 de octubre de 2012, p. 18.

⁹⁵ Según el Artículo 5.3 TUE, “En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”. Véase: Ibid.

⁹⁶ Según establece el artículo 5.4 TUE, “en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”. Véase: Ibid.

⁹⁷ Conforme prescribe el artículo 10 TFUE, este principio busca que, “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Además, según agrega el artículo 18 TFUE, “en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones”. Véase: UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2012a), pp. 53 y 56.

⁹⁸ Así surgirían principios fundamentales para el funcionamiento de la UE, tales como el de efecto directo de los Tratados constitutivos, a partir del caso *Van Gend v Loos* (1963); de primacía del Derecho de la UE, a partir del caso *Costa/ENEL* (1964) y; de responsabilidad interna del Estado por incumplimiento del Derecho de la UE, a partir del caso *Francovich* (1991). Véase: MORENO, José A. Op. cit., pp. 26-27.

protección de los derechos humanos, que habiendo surgido como un principio de construcción jurisprudencial, actualmente ha conseguido plena consagración normativa en los Tratados constitutivos. Dicho tránsito es el que precisamente estamos acá estudiando.

4.2.2. Resistencia judicial inicial.

Ya a partir del año 1951, el TJUE se mantuvo reacio a reconocer como parte del Derecho de la UE, derechos y principios que no estuvieran expresamente consagrados en los Tratados constitutivos. Ello, frente a la interposición de ciertas acciones judiciales que ponían en riesgo la supremacía del Derecho comunitario, al estar fundadas en determinados derechos fundamentales protegidos por la Constituciones nacionales de los Estados miembros⁹⁹. El TJUE argumentaba que “el derecho comunitario no podía ser invalidado sobre la base del derecho interno, aunque éste fuera constitucional”¹⁰⁰. A mayor abundamiento, en el año 1965¹⁰¹, el TJUE sostendría que “no podía permitir pasar por alto las disposiciones del Tratado por una petición que estaba fundada en (...) principios fundamentales comunes a los sistemas legales de todos los Estados miembros”¹⁰².

⁹⁹ CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne. Op. cit, pp. 298 y 299.

¹⁰⁰ Traducción libre. Sentencia de 4 de febrero de 1951, en caso *Stork* c. Alta Autoridad, 1/58, p. 47; y sentencia de 15 de julio de 1960, en casos *Präsident e.a.* c. Alta Autoridad, 36-38/59 y 40/59, p. 857; citada en: MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Op. cit. (2010), p. 121.

¹⁰¹ Sentencia de 1 de abril de 1965, en caso *Sgarlata* y otros c. Comisión, 40/64.

¹⁰² Traducción libre. CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne. Op. cit, pp. 299 y 300.

Para Craig y de Búrca, “la interpretación más benevolente de la aproximación inicial de la Corte, no es que ella estuviera despreocupada acerca de derechos humanos básicos y principios constitucionales reconocidos dentro del contexto de la Comunidad, sino que objetaba la fuente específica de los principios invocados. La mayoría de los litigantes invocaron principios fundamentales reconocidos en sus ordenamientos nacionales (...). La Corte pudo haber sentido que, de haber aceptado aquello, habría aparecido subordinando el Derecho comunitario a los principios legales generales y valores reconocidos por los diferentes Estados miembros, y eso, consecuentemente, no sería supremo ni aplicable igualmente en todos los Estados miembros”¹⁰³.

4.2.3. Desarrollo jurisprudencial.

La reticencia inicial del TJUE adoptaría un giro importante, a partir del año 1969, al pronunciarse sobre el caso *Stauder*¹⁰⁴. En dicha sentencia, el TJUE reconocería que la protección de los derechos humanos constituía un principio general de Derecho comunitario, el cual debía ser protegido por dicho Tribunal. A diferencia de los casos anteriores, el objeto de aquel litigio no radicaba en examinar la compatibilidad de una medida comunitaria a la luz del derecho

¹⁰³ Traducción libre. CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne. Op. cit, p. 299.

¹⁰⁴ Sentencia del TJUE, del 12 de noviembre de 1969, en el caso *Stauder* c. Ciudad de Ulm, 29/69.

constitucional de un Estado miembro. En cambio, se trataba de establecer –directamente– su conformidad con los principios generales del Derecho comunitario vigente. Así, lo verdaderamente innovador de dicha sentencia, es la posición favorable del TJUE en reconocer la existencia de un principio general del Derecho comunitario distinto a aquellos expresamente reconocidos en los Tratados constitutivos: el de la protección de los derechos humanos¹⁰⁵.

Posteriormente, en el año 1970, al resolver el caso *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁰⁶, el TJUE, junto con reafirmar el criterio señalado, agregaría que la protección de los derechos humanos se encuentra inspirada en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros. Así, cualquier medida comunitaria que resultara incompatible con los derechos fundamentales reconocidos y protegidos por las Constituciones de dichos Estados, debía entenderse vulnerando dicho principio general comunitario¹⁰⁷.

Por último, cabe destacar, también, la decisión del TJUE en el caso *Nold*¹⁰⁸, dictada en el año 1974. En ella, el Tribunal incluiría, como fuente de referencia del contenido del principio general en comento, a los Tratados internacionales

¹⁰⁵ CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne. Op. cit, pp. 300 y 301.

¹⁰⁶ Sentencia del TJUE, del 17 de diciembre de 1970, en el caso *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfuhr-und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70.

¹⁰⁷ CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne. Op. cit, p. 302.

¹⁰⁸ Sentencia del TJUE, del 14 de mayo de 1974, en el caso *Nold* c. Comisión, 4/73.

de derechos humanos en que los Estados miembros eran partes o habían colaborado. En este sentido, hizo especial mención al CEDH del año 1950¹⁰⁹.

Ahora bien, la importancia de referir a dichos Tratados internacionales, “no recaía en su carácter de fuente positiva y directa del Derecho comunitario, sino en el hecho que representaban principios básicos a los cuales todos los Estados miembros del Convenio habían suscrito. Ellos podían ser vistos como una importante manifestación de los valores comunes compartidos por los Estados miembros de la [CEE], lo que, a su vez, hacía de ellos un indicador importante de los principios legales generales y Derechos Humanos de la Comunidad. De esta manera, la Corte pudo mantener la supremacía del Derecho comunitario sobre los principios legales nacionales y, mientras evitaba la imputación de haber incorporado judicialmente al Derecho comunitario, el Convenio y otros acuerdos internacionales, sin el consentimiento de los Estados partes; pudo, al mismo tiempo, usar dichas fuentes para sugerir la existencia de un sólido consenso entre los Estados en cuanto a los cimientos de los principios generales de Derecho comunitario”¹¹⁰.

En definitiva, en virtud del desarrollo jurisprudencial recién descrito, es posible concluir que el TJUE construyó un sistema de protección de derechos humanos, sobre la base de tres premisas o fundamentos progresivos. En primer lugar, que la protección de los derechos humanos constituye un principio

¹⁰⁹ CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne. Op. cit, pp. 299-305.

¹¹⁰ Traducción libre. CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne. Op. cit, p. 305.

general del Derecho comunitario. En segundo lugar, que el contenido de tales derechos encuentran su fuente en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros. Finalmente, que una fuente referencial similar puede hallarse en los Tratados internacionales de derechos humanos en que participan dichos Estados y, en particular, en el CEDH del año 1950¹¹¹.

4.2.4. Análisis crítico.

En opinión de Mangas, la función ejercida por el TJUE en la protección de los derechos humanos tuvo aspectos muy positivos. Primeramente, constituyó, por largo tiempo, el único mecanismo en la UE, de tutela eficaz de los derechos fundamentales. En segundo lugar, resolvió exitosamente los cuestionamientos que se plantearon sobre la relación del Derecho comunitario con las constituciones de los Estados miembros y con el CEDH. Por último, manifestó la capacidad del TJUE para adaptarse a las nuevas realidades y congeniar adecuadamente los diversos derechos tutelados¹¹².

A mayor abundamiento, el TJUE “ha dado una respuesta «adecuada» en lo que a su función de *garantía judicial* compete. A esos efectos, ha venido supliendo la laguna normativa por la única vía de «positivación» abierta a la jurisprudencia: los principios generales del Derecho comunitario. (...) al actuar así, el TJ se ha movido en la esfera de su función jurisdiccional con absoluta

¹¹¹ MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Op. cit. (2010), p. 122.

¹¹² MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Op. cit. (2010), p. 123.

legitimidad jurídica, es decir, no ha transformado los derechos y libertades fundamentales en normas positivas (lo que solo podría hacer el legislador): sólo los ha reconocido y protegido en el caso concreto”¹¹³.

Sin embargo, este sistema de protección jurisprudencial de derechos humanos ha sido objeto de ciertas críticas, principalmente centradas en la falta de certeza jurídica¹¹⁴. En su momento, se resaltó la necesidad de consagrar un catálogo de derechos fundamentales de la UE mediante normas positivas. Con ello, se buscaba obtener mayor claridad acerca de la identidad y alcance de las garantías protegidas, como asimismo, de los mecanismos jurídicos para su tutela. En este mismo sentido, había quienes consideraban que los Tratados constitutivos, dado su alto nivel de desarrollo, habían llegado a transformarse en una verdadera Constitución comunitaria que, en consecuencia, debía establecer su compromiso claro con los derechos humanos¹¹⁵.

Desde otro punto de vista, Craig y De Búrca resaltan otras críticas que se han efectuado a este desarrollo jurisprudencial del TJUE. En primer lugar, se ha dicho que el TJUE ha excedido sus competencias, al extender la influencia del Derecho comunitario sobre áreas de competencia propias de cada Estado miembro, atendida la amplia divergencia política, cultural e ideológica que, sobre la materia, ha existido entre ellos. En segundo lugar, hay quienes

¹¹³ MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Op. cit. (2010), p. 124.

¹¹⁴ PEÑA, Javier. Op. cit., p. 65.

¹¹⁵ MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Op. cit. (2010), pp. 123 y 124.

sostienen que el TJUE “ha manipulado la fuerza retórica de los derechos para simplemente avanzar en el logro de los objetivos comerciales del mercado común, siendo tendencioso a favor de ciertos `derechos de mercado`, en vez de proteger valores genuinamente fundamentales de la condición humana”¹¹⁶. Por último, otros han cuestionado que el TJUE haya pretendido actuar como una Corte de Derechos Humanos, siendo que su competencia es radicalmente distinta, y que dicho rol ha sido otorgado por los Estados miembros al TEDH¹¹⁷.

Finalmente, cabe hacer notar la preferencia explícita del TJUE por los derechos civiles y políticos contenidos en el CEDH, en desmedro de aquellos de corte social reconocidos en la CSE (1961), a la que no identificó directamente como una fuente del principio general comunitario de protección a los derechos humanos¹¹⁸. Lo anterior, podría explicarse en el hecho que, al tiempo de la sentencia en el caso *Nold* (1974), no existía consenso en materia de derechos sociales entre los nueve Estados miembros de las Comunidades Europeas, ya que sólo seis de ellos habían ratificado la CSE (1961) y, entre

¹¹⁶ CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne. Op. cit, p. 337.

¹¹⁷ CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne. Op. cit, pp. 337-347.

¹¹⁸ No obstante, lo anterior no obstaría a que los derechos contenidos en la CSE, en la medida en que los Estados miembros los ratifiquen, o bien, sean comunes a las tradiciones constitucionales de éstos; puedan integrar aquellos derechos fundamentales tenidos como principio general de Derecho comunitario. Sin perjuicio de ello, existen fallos del TJUE que han utilizado la CSE como fuente inspiradora en la determinación de ciertos derechos sociales de la UE. Así ocurrió primeramente en el *Deffrene* (Sentencia de 15 de junio de 1978), en que el TJUE “hizo valer el derecho fundamental a la no discriminación sexual en las condiciones laborales, señalando (...) que tal derecho se consagra en la CSE de 1961”. Asimismo, las referencias a la CSE se han reiterado constantemente, destacando, en el último tiempo, los siguientes casos: *Chacón Navas* (Sentencia de 27 de junio de 2006, asunto C-540/03), *Kiiski* (Sentencia de 20 de septiembre de 2007, asunto C-116/06), e *Impact* (Sentencia de 15 de abril de 2008, asunto C-268/06). Véase: JIMENA, Luis. Op. cit. (2009b), p. 396.

éstos, la mayoría lo había hecho sólo respecto de algunas de sus disposiciones. En cambio, en ese mismo entonces, la totalidad de aquellos Estados habían ya ratificado el CEDH, aunque algunos, con ciertas reservas. Ahora bien, lo cierto es que la jurisprudencia posterior del TJUE tampoco ha incluido expresamente a la CSE (1961) como una fuente del principio general de protección de los derechos humanos, habida cuenta que, desde el año 1999, veintitrés de los Estados miembros de la UE la han ratificado¹¹⁹. Sin perjuicio de ello, el TJUE, en forma moderada, sí ha fundamentado algunos de sus fallos¹²⁰ en la CSE (1961) –no así en la jurisprudencia del CEDS-, parquedad “derivada de la postura clásica del Tribunal de Justicia (...) de atribuir un valor programático a lo social”¹²¹.

4.3. Reconocimiento político.

La jurisprudencia uniforme del TJUE tardó varios años en influir sobre el resto de las Instituciones de la UE. Las primeras manifestaciones de aquello se darían a través de actos de carácter meramente político, carentes de efectos jurídicos vinculantes, en los cuales dichas Instituciones reconocerían explícitamente su adhesión a la postura del TJUE.

¹¹⁹ Los Estados miembros de la UE que aún no suscriben la CSE (1961), son Estonia, Bulgaria y Lituania; mientras que, Eslovenia y Rumania, habiéndola suscrito, aún no la han ratificado. Véase: CONSEJO DE EUROPA. Op. cit. (2013a). *European Social Charter*. [en línea] <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=035&CM=8&DF=06/07/2013&CL=ENG>> [consulta: 05 julio 2013].

¹²⁰ Véase los casos citados más arriba, en nota nº 118.

¹²¹ JIMENA, Luis. Op. cit. (2011), p. 284.

En este sentido, cabe destacar la Declaración común del Parlamento, del Consejo y de la Comisión Europea, del 5 de abril de 1977, en que estas tres Instituciones, conjuntamente, reconocieron la suprema importancia, y su compromiso, con la protección de los derechos humanos, conforme eran garantizados en las Constituciones de los Estados miembros y por el CEDH del año 1950. Para Smismans, tal Declaración “puede ser leída como una confirmación política de la jurisprudencia y una declaración defensiva que el Derecho Comunitario respeta los Derechos Fundamentales, más que un compromiso firme hacia un rol proactivo como guardián de tales derechos”¹²².

Por otra parte, resalta también la Declaración sobre la Democracia adoptada por el Consejo Europeo de Copenhague, en abril de 1978, y la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo, en 12 de abril de 1989¹²³.

4.4. Protección normativa previa al Tratado de Lisboa.

4.4.1. Acta Única Europea.

El reconocimiento político comenzaría gradualmente a traducirse en reformas a los Tratados constitutivos a partir del Acta Única Europea (1986), la

¹²² SMISMANS, Stijn. Op. cit., p. 49. En este mismo sentido, véase: CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne. Op. cit, p. 306.

¹²³ MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. 1996. Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea. En: Instituciones y Derecho de la Unión Europea. 1ª Ed. Madrid, McGraw-Hill, pp. 581 y 582.

cual innovaría en la materia, al incorporar, en su Preámbulo, la decisión conjunta de los Estados partes en orden a promover la democracia, basándose en el respeto de los derechos humanos, en los mismos términos en que eran reconocidos por el TJUE, aunque también incluyendo una referencia explícita a la CSE del año 1961, así como a los valores de la libertad, igualdad y justicia social¹²⁴. Sin embargo, a pesar del carácter simbólico de dicho pasaje, lo cierto es que éste no significaba avances sustantivos¹²⁵.

No obstante, lo que sí resultó significativo, al menos en cuanto a la protección de derechos sociales, fue la introducción de una “<<política social>> como nuevo capítulo competencial comunitario”¹²⁶, dando un mayor contenido social al mercado interior, a través de la incorporación de ciertos mecanismos, a saber: “la armonización legislativa en materia de condiciones de trabajo, el desarrollo del diálogo social, y la reducción de las diferencias socio-económicas entre regiones para conseguir la cohesión económica y social del conjunto de la Comunidad”¹²⁷. Con ello, se comenzaba a dejar atrás la visión original de los Tratados constitutivos, en cuanto a que “la mejora de las condiciones de vida y

¹²⁴ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009b), p. 394. A este respecto, el mismo autor agrega que, “más allá de la mención explícita a la CSE en el Acta única Europea de 1986, lo cierto es que el tratado de derechos sociales del Consejo de Europa inspiró directa o indirectamente la elaboración de una relevante legislación social comunitaria durante los años sesenta y setenta del siglo pasado; y, correlativamente, el desarrollo de esa legislación sirvió de modelo asimismo para la redacción de algunas de las disposiciones nuevas de la Carta Social Europea revisada de 1996”. JIMENA, Luis. Op. cit. (2009b), pp. 394 y 395.

¹²⁵ SMISMANS, Stijn. Op. cit., pp. 49 y 50.

¹²⁶ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009c), p. 753.

¹²⁷ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009b), pp. 394 y 395.

de empleo debían ser el resultado automático del funcionamiento del mercado interior”¹²⁸.

4.4.2. Tratado de Maastricht.

Las primeras modificaciones sustanciales en los Tratados constitutivos vendrían recién con el Tratado de Maastricht (1992), el cual introdujo en forma inédita, las bases jurídicas sustantivas para la protección de los derechos humanos.

En primer lugar, innovaría al recoger, en forma explícita, la doctrina del TJUE, al consagrar la protección de los derechos humanos como parte de los principios generales de la UE. En segundo lugar, incorporó la obligación de la UE de respetar los derechos humanos, en los mismos términos establecidos por el TJUE. En tercer lugar, crearía un “ciudadanía de la Unión”, consagrando un escueto catálogo de derechos civiles y políticos, carente de lo social. En tercer lugar, también incluiría el respeto de los Derechos Humanos como uno de los objetivos generales de la Política Exterior y de Seguridad Común de la Unión, así como de la política de cooperación exterior. Finalmente, incorporaría referencias sobre la materia en relación a ciertos Asuntos de Justicia e Interior.

No obstante tales avances, cabe advertir que la reforma de Maastricht también significó ciertos retrocesos. Por una parte, al hacer desaparecer

¹²⁸ JIMENA, Luis. Op. cit. (2011), p. 299.

inexplicablemente de su Preámbulo, cualquier referencia a la CSE¹²⁹. Por otra, al desplazar los objetivos sociales de la Comunidades, desde el Tratado, hacia dos protocolos anexos: el Protocolo sobre la cohesión social y económica y el Protocolo sobre la política social, este último, bajo una cláusula de exclusión (*opt-out clause*) del Reino Unido¹³⁰.

Ahora bien, desde un punto de vista crítico, siguiendo a Smismans, es posible destacar que, a pesar de los avances descritos, “el Tratado de Maastricht no proveyó a la UE de competencias en relación al respeto de los derechos fundamentales en los Estados miembros, ni de la capacidad legal para desarrollar una política de derechos humanos real y coherente”¹³¹.

Por su parte, Ricardo Alonso considera que el Tratado de Maastricht formaliza la doctrina del TJUE, pero de una manera un tanto extravagante: habiendo consagrado la obligación de respeto de los derechos fundamentales por parte de la UE (sin hacer referencia alguna a la obligación de los Estados miembros), no incluyó esta materia dentro del ámbito de competencia de la TJUE, haciéndole jurídicamente inexigible¹³². Sin perjuicio de ello, dicho autor estima que tales omisiones no deben ser interpretadas “como una restricción a la doctrina de la Corte de Justicia en cuanto al respeto por los derechos

¹²⁹ JIMENEZ, Francisco. Op. cit., p. 31.

¹³⁰ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009b), p. 395.

¹³¹ Traducción libre. SMISMANS, Stijn. Op. cit., p. 50.

¹³² ALONSO, Ricardo. 2002. *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. *European Law Journal*, 8(4), pp. 493 y 494.

fundamentales (en el sentido que éste pudo haber excluido a los Estados Miembros de tal respeto y denegado a la Corte de Justicia el control sobre el aparato político comunitario), sino como una manera intrincada de enfatizar que la Corte no tenía competencia para intervenir fuera del pilar comunitario (ni siquiera para controlar posibles violaciones a los derechos fundamentales)”¹³³.

Por último, desde otra perspectiva, Isabel Lirola estima que el Tratado de Maastricht resulta “bastante deficiente” desde un punto de vista proclamatorio, toda vez que, por una parte, éste se limitó a reconocer los derechos fundamentales reconocidos especialmente en el CEDH, “limitando innecesariamente el juego de otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos que, sin embargo, han sido tenidos en cuenta por el propio [TJUE], como es el caso, por ejemplo, de la Carta Social Europea o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas”¹³⁴. Además, la autora agrega que, “la propia referencia a los sistemas constitucionales internos no deja de ser imprecisa, puesto que los ámbitos materiales de los derechos humanos son hoy muy complejos y no existe un único criterio de identificación claro”¹³⁵. Al respecto, Smismans considera que la limitación del Tratado en su referencia al CEDH y a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, debe entenderse en el contexto de

¹³³ Traducción libre. ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2002), p. 494.

¹³⁴ LIROLA, Isabel. Op. cit. p. 96.

¹³⁵ Ibid.

un objetivo político soterrado: reforzar el mito histórico que la protección de los derechos humanos constituye un objetivo particularmente europeo y propio de los orígenes de la CEE/UE¹³⁶.

4.4.3. Tratado de Ámsterdam.

Posteriormente, el Tratado de Ámsterdam (1997) incorporaría importantísimas innovaciones en la materia, con un fuerte énfasis en el ámbito de los derechos sociales.

En primer lugar, junto con mantener la noción de los derechos humanos como un principio general común a los Estados miembros, señalaría a dicho principio como uno de los fundamentos de la UE, en el cual ésta se encuentra “basada”. Para Smismans, dicha mención sería una muestra más de la intención de los Estados miembros por reforzar la falsa noción de que la protección de los derechos humanos estuvo siempre en el origen de la UE¹³⁷.

En segundo lugar, y más importante aún, este Tratado, corrigiendo sólo parcialmente la omisión de Maastricht, ampliaría la competencia del TJUE en materia de protección de derechos fundamentales, hacia la actuación de las

¹³⁶ SMISMANS, Stijn. Op. cit., pp. 49 y 50.

¹³⁷ Ibid.

Instituciones de la UE, no así en relación al proceder de los Estados miembros¹³⁸.

En tercer lugar, innovaría al consagrar el respeto de los derechos fundamentales como una nueva condición de ingreso de un Estado a la UE. Además, establecería un sistema de suspensión de ciertos derechos emanados de los Tratados constitutivos, respecto de aquellos Estados miembros responsables de una violación grave y persistente de los principios generales de la Unión, entre ellos, el de respeto a los derechos humanos. En consecuencia, a partir de entonces, tanto el ingreso a la UE, como el goce de ciertos derechos que ésta otorga a sus participantes, quedaron condicionados al respeto de los derechos fundamentales. Así, “el principio fundacional de la UE es (...) ya no simplemente una cuestión de si las instituciones comunitarias respetan los derechos fundamentales, sino que se extiende a los miembros constituyentes de la organización política europea”¹³⁹.

Por último, reconocería expresamente un importante rol a los derechos sociales dentro de la UE¹⁴⁰. Por un lado, al reincorporar al Preámbulo del

¹³⁸ Al igual que respecto del Tratado de Maastricht, Ricardo Alonso es de la idea que el Tratado de Ámsterdam no debe “ser entendido como un intento de restringir la doctrina [del TJUE] en relación a su extensión hacia los Estados miembros, sino más bien como una igualmente intrincada vía para enfatizar que la Corte podría sólo vigilar el respeto por los derechos fundamentales en aquellos ámbitos del Derecho de la Unión en los cuáles le ha sido reconocida competencia para controlar las actividades de las Instituciones (...) y dentro del marco del sistema judicial establecido en cada caso...”. Traducción libre del autor. Véase: ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2002), p. 494.

¹³⁹ SMISMANS, Stijn. Op. cit., p. 50.

¹⁴⁰ JIMENEZ, Francisco. Op. cit., p. 31.

Tratado de la Unión Europea (TUE), una referencia explícita a la CSE del año 1961, confirmando la adhesión de la UE a los derechos sociales fundamentales contenidos en ella. Por otro, al introducir las “bases habilitantes expresas para la adopción de legislación directa en diversos ámbitos sociales, así como en la lucha contra la discriminación...”¹⁴¹. Así, los asuntos de política social vuelven a tratarse en el articulado del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) (se suprime el Protocolo al Tratado de Maastricht sobre la política social), recordando que la política social es una competencia compartida entre la otrora Comunidad Europea (CE) (hoy, UE) y los Estados miembros. Además, un nuevo Artículo 136 TCE establecería una serie de derechos sociales fundamentales, basados la CSE del año 1961¹⁴² y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (CDSFT) del año 1989¹⁴³.

¹⁴¹ DOBOUT, E. *L'article 13 du traité CE – La Clause Communautaire de Lutte contre les Discriminations*. Bruselas, Bruylant, 2006; citado en: JIMENA, Luis. Op. cit. (2011), p. 299.

¹⁴² Para MILIONE, no obstante las menciones que el Tratado de Ámsterdam hace de la CSE en su Preámbulo y articulado, no sería posible deducir una intención decidida de la UE y sus Estados miembros, tendiente a obligarse a efectivamente observar las disposiciones contenidas en dicho instrumento del Consejo de Europa. Véase: MILIONE, Ciro. Op. cit., p. 124

¹⁴³ La CDSFT nació el 09 de diciembre de 1989, en la forma de una Declaración conjunta de todos los Estados miembros de la CEE, salvo el Reino Unido. Carente de efectos vinculantes, aunque de fuerte valor simbólico, ha servido para informar los principios sobre los cuales se ha basado el modelo europeo de derechos sociales laborales. En la actualidad, todos los Estados miembros se encuentran sujetos a ella, incluso el Reino Unido, desde el momento en que sus disposiciones fueron introducidas al texto del Tratado de Ámsterdam. Véase: UNIÓN EUROPEA. 2011. Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. [en línea] <http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_un/c10107_es.htm> [consulta: 26 de abril de 2013].

Ahora bien, es dable sostener que, no obstante que los Tratados constitutivos consagraran formalmente su compromiso con la protección de los derechos humanos, y que éstos fueran tutelados por el TJUE en el caso concreto; este sistema aún carecía de certeza jurídica, al no exhibir alguna norma que identificara, con precisión, cuáles eran los derechos protegidos y su ámbito de aplicación.

4.4.4. Tratado de Niza.

A decir verdad, el Tratado de Niza (2001) no introduciría novedad alguna en materia de protección de los derechos humanos, pues su orientación principal radicaba en efectuar ciertas reformas que aseguraran el correcto funcionamiento de las Instituciones comunitarias ante una futura gran ampliación de la UE hacia el este de Europa.

No obstante lo anterior, cabe destacar que, paralelo a la negociación del Tratado de Niza, se encargó la elaboración de un inédito catálogo de derechos fundamentales para la UE, cuya naturaleza jurídica sería luego determinada al momento de adoptarse el Tratado de reforma en negociación. Surgió así la CDFUE¹⁴⁴, un instrumento jurídico meramente declarativo, proclamado conjuntamente por el Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el Consejo; el cual, no obstante, no logró, en ese entonces, aunar el consenso de los

¹⁴⁴ Sobre la CDFUE nos detendremos, en extenso, más abajo, en el Capítulo II.

Estados miembros para ser incorporado al Tratado de Niza y ser provisto de carácter vinculante¹⁴⁵. Dada la falta de acuerdo intergubernamental, se decidió postergar la definición de su obligatoriedad jurídica para una próxima reforma¹⁴⁶.

4.5. Protección normativa por el Tratado de Lisboa.

4.5.1. Antecedentes.

Ya desde la suscripción del Tratado de Niza se avizoraba la “necesidad de mejorar y supervisar permanentemente la legitimidad democrática y la transparencia en la Unión y de sus instituciones, con el fin de aproximar éstas a los ciudadanos de los Estados Miembros”¹⁴⁷. Aún quedaban ciertas cuestiones pendientes que debían abordarse, entre las cuales figuraban la definición del estatuto jurídico de la CDFUE proclamada en Niza, la simplificación de los Tratados constitutivos, la delimitación precisa de las competencias entre la UE y los Estados miembros, y el rol de los Parlamentos nacionales dentro de la UE¹⁴⁸.

¹⁴⁵ ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2007), pp. 35 y 36.

¹⁴⁶ UNIÓN EUROPEA. 2001. Declaración Relativa al Futuro de la Unión. Declaración nº 23 anexa al Tratado de Niza. 26 de febrero de 2001. [en línea] <http://eurlex.europa.eu/es/treaties/dat/12001C/htm/C_2001080ES.007001.html> [consulta: 26 abril 2013].

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid.

Tales desafíos pretendieron ser resueltos a través de un fallido Tratado Constitucional de la UE¹⁴⁹, suscrito en el año 2004, el cual, sin embargo, no logró prosperar y entrar en vigencia, al no conseguir la ratificación unánime de todos los Estados miembros de la UE. No obstante aquello, el debate producido en torno a él no fue en vano, pues sus principales avances fueron luego rescatados por un nuevo Tratado de reforma.

Tras la incorporación de Rumania y Bulgaria a la UE, en enero del año 2007, –sumando un total de veintisiete Estados miembros-¹⁵⁰; a fines de ese mismo año, se logró concluir la suscripción del Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre del año 2009. Dicho Tratado de reforma consiguió rescatar la mayoría de los aspectos sustantivos del fallido proyecto constitucional¹⁵¹, aunque mediante la enmienda de los Tratados constitutivos existentes¹⁵², abandonando la pretensión de reemplazarlos por un nuevo y único texto fundacional, del cual subyacía una visión federalista y fuertemente política de la UE¹⁵³.

¹⁴⁹ Para una aproximación general acerca del Tratado Constitucional, véase: UNIÓN EUROPEA. 2004. Una Constitución para Europa. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 16p.

¹⁵⁰ A partir del 01 de julio de 2013, con el ingreso de Croacia, el número de Estados miembros de la UE aumentó a veintiocho.

¹⁵¹ Hay quienes consideran que el el Tratado de Lisboa recoge cerca de “un 90 por 100 de los avances y reformas de la Constitución Europea”. Véase: ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 77.

¹⁵² ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 51.

¹⁵³ ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 73.

4.5.2. Estructura.

En lo formal, el Tratado de Lisboa enmienda, en algunas de sus partes, los Tratados constitutivos de la UE hasta entonces existentes: el TUE y el TCE. Además, mientras el primero de ellos mantiene su denominación original, el segundo es rebautizado como “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (TFUE), en razón de habersele puesto término a la CE, sustituida y continuada por la ahora única UE.

Por un lado, el TUE establece las bases generales de la UE, caracterizando aspectos tales como su creación, valores, objetivos, principios, institucionalidad y reglas de competencia. Además, es posible sostener que establece también un catálogo de derechos fundamentales, al remitirse al contenido de la CDFUE, instrumento jurídico independiente, al cual provee del mismo valor que los Tratados constitutivos¹⁵⁴.

¹⁵⁴ No existe consenso en la doctrina en cuanto a considerar a la CDFUE como un nuevo tercer Tratado constitutivo de la UE (véase: MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. 2010, pp. 125 y 126). Por la afirmativa, encontramos, entre otros, a Francisco Aldecoa, Mercedes Guinea, José María Gil-Robles y al Gobierno de España (véase: ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 14 y 149). Por la negativa, encontramos, por ejemplo, a Christa Tobler y Jacques Beglinger, quienes sostienen que la CDFUE, por sí misma, no es propiamente un Tratado, toda vez que no ha requerido de la ratificación de los Estados miembros para entrar en vigencia (véase: TOBLER, Christa y BEGLINGER, Jacques. 2010. *The Development of European Integration. Three fundamental texts of equal value. Chart 2/23*. En: *Essential EU Law in Charts*. 2ª Ed. Budapest, HVG-ORAC. [en línea] <http://www.eur-charts.eu/pdf2ed/SampleChartsText_Essential-EU-Law-in-Charts-Text_Tobler-Beglinger_2Ed-2010.pdf> [consulta: 17 mayo 2013]). Nótese que una de las consecuencias más relevantes de la posición que se tenga al respecto, radicaría en el procedimiento que correspondería aplicar para una eventual reforma de la CDFUE: por un lado, mediante un simple acuerdo de las instituciones de la UE que la proclamaron solemnemente; por el otro, mediante el acuerdo y

Por su parte, el TFUE tiene una nueva pretensión, cual es la de desarrollar y puntualizar las disposiciones del TUE, organizando el funcionamiento institucional de la UE y delimitando, con precisión, los ámbitos y condiciones de sus competencias¹⁵⁵.

Cabe aclarar que, no obstante la disímil vocación de ambos Tratados constitutivos, éstos mantienen la misma jerarquía normativa.

Además, junto a estos dos cuerpos normativos, la reforma de Lisboa agrega una serie de Protocolos anexos, de igual fuerza jurídica que los Tratados constitutivos (Art. 51 TUE), los cuales vienen a reglar variadas materias de diferente alcance y significado. Algunos de ellos son originales del Tratado de Lisboa¹⁵⁶, mientras que otros, siendo anteriores, resultan modificados por éste. En conjunto con los Tratados constitutivos, estos Protocolos coronan el derecho primario de la UE.

Finalmente, esta reforma incluye también un importante número de Declaraciones unilaterales, multilaterales y comunes, en que se constatan,

ratificación de todos los Estados miembros. La preocupación acerca del mecanismo de reforma de la CDFUE, es brevemente planteada en: DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. 2011. *Challenges for the Protection of Fundamental Rights in the EU at the Entry into Force of the Lisbon Treaty*. *Fordham International Law Journal*, 33(6), p. 1781.

¹⁵⁵ Artículo 1 TFUE. Véase: UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2012a), p. 50.

¹⁵⁶ Aquellos Protocolos anexos a los Tratados constitutivos que nacen a partir de la reforma de Lisboa, se refieren a: el cometido de los parlamentos nacionales en la UE (n° 1); la aplicación de los principios de subsidiaridad y proporcionalidad (n° 2); el mercado interior y la competencia (n° 7); la adhesión de la UE al CEDH (n° 8); la Decisión del Consejo relativa a su sistema de decisión (n° 9); la cooperación estructurada permanente (n° 10); el Eurogrupo (n° 14); el ejercicio de las competencias compartidas (n° 25); los servicios de interés general (n° 26); la aplicación de la CDFUE a Polonia y al Reino Unido (n° 30); y las disposiciones institucionales transitorias (n° 36).

respectivamente, las posiciones de uno, varios o la totalidad de los Estados miembros de la UE respecto de una norma particular de los Tratados constitutivos o de sus Protocolos. A diferencia de estos últimos instrumentos, tales Declaraciones no tienen valor jurídico vinculante. Sin embargo, “en la medida en que recogen la voluntad de la Conferencia Intergubernamental, son una buena guía para la interpretación y alcance de los Tratados y Protocolos”¹⁵⁷.

4.5.3. Innovaciones en la protección de los derechos humanos.

El rescate sustancial del fallido proyecto constitucional logrado por la reforma de Lisboa¹⁵⁸ incorpora dos importantes modificaciones sustanciales a los Tratados constitutivos de la UE directamente relacionadas con la protección de los derechos humanos¹⁵⁹, centradas en una nueva redacción del Artículo 6

¹⁵⁷ ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 63.

¹⁵⁸ Para una visión general de las principales aportaciones del Tratado de Lisboa en los diversos ámbitos de la integración europea, véanse: ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), pp. 68-72; TAJADURA, Javier. Op. cit., pp. 14 y 19; UNIÓN EUROPEA. 2010a. Su Guía Sobre el Tratado de Lisboa. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, pp. 4-9; y DE FARAMINÁN, Juan Manuel. 2009. El Tratado de Lisboa (Un Juego de Espejos Rotos). [en línea] Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Junio de 2009. Número 17. <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/archivos/Articulo_FARAMINAN_JuanManuel.pdf> [consulta: 15 agosto 2013]. Para una revisión detallada, véase: TOBLER, Christa (Ed.). 2008. *The Lisbon Treaty. Lisbon Treaty Meeting Summaries, 19 March 2008*. [en línea] Europa Institute of Leiden University. Leiden. <<http://media.leidenuniv.nl/legacy/lisbon-treaty-summaries.pdf>> [consulta: 17 mayo 2013].

¹⁵⁹ Cabe advertir la existencia de otras tres aportaciones sustantivas de la reforma de Lisboa que, no estando centradas necesariamente en la protección de los derechos humanos, sí se relacionan con ella, repercutiendo de manera importante en su devenir. En primer lugar, en cuanto al procedimiento para imponer la suspensión de ciertos derechos a un Estado miembro por infracción grave y reiterada de los valores establecidos en el Artículo 2 TUE (entre ellos, el de la protección de los derechos humanos), se modifica el Artículo 7 TUE en dos aspectos relevantes. Por un lado, se elimina la participación del Estado miembro cuestionado en las

TUE, el cual ofrece una pluralidad de fuentes normativas de derechos fundamentales, todas ellas equivalentes en jerarquía¹⁶⁰. El actual Artículo 6 TUE consagra lo siguiente:

“1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo

votaciones a que se refiere este procedimiento. Por otro lado, el Consejo Europeo es quien ahora debe determinar la existencia de dicha infracción, mientras que el Consejo (de Ministros) retiene la facultad de imponer la sanción respectiva, así como de modificarla o revocarla, posteriormente (véanse: BLASI, Cristina. 2010. La protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa. Cataluña, *Institut Universitari d'Estudis Europeus, Quaderns de treball* nº 51, pp. 29 y 30; y MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Op. cit. (2010), p. 137 y 138). En segundo lugar, se amplían las competencias del TJUE en el control del respeto del Derecho de la UE (y, dentro de él, de los derechos humanos). Por un lado, se extiende a nuevos ámbitos, pudiendo ahora conocer, por regla general, de cuestiones acerca de los asuntos de Cooperación Policial y Judicial en Materias Penales (las exclusiones se establecen en el Artículo 276 TFUE y en los Protocolos nº 21 y 36 anexos a los Tratados constitutivos) y, excepcionalmente, de ciertos aspectos precisos de la Política Exterior y de Seguridad Común (véase el Artículo 24 TUE). Por otro lado, se amplía el control del TJUE sobre nuevos sujetos, pudiendo ahora el TJUE revisar la legalidad de los actos de órganos y organismos (Agencias y Oficinas) de la UE destinados a producir efectos frente a terceros (Artículo 263 TFUE) (véanse: ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2010), pp. 314 y 315; y VAN BOCKEL, Bas. 2008. *The new position of the 2nd and 3rd pillars*. En: TOBLER, Christa (Ed.). Op. cit. (2008), pp. 27, 28 y 31). En tercer y último lugar, según Tajadura, el nuevo Artículo 263 TFUE “amplía el acceso de los particulares a los recursos. (...) para los actos legislativos, se mantiene el criterio actual según el cual los particulares sólo pueden interponer recurso cuando siendo destinatarios del acto, éste les afecte de forma directa e individual. En cambio, si se trata de actos ejecutivos, basta ahora con que éstos les afecten de forma directa para que puedan ser recurridos” (véase: TAJADURA, Javier. 2010. *El Futuro de Europa. Luces y Sombras del Tratado de Lisboa*. Granada, Comares, p. 28).

¹⁶⁰ GIORGI, Florence. 2009. *The Enforcement of the Charter of Fundamental Rights of the European Union as a Challenge for Multi-level Protection System*. *University of Luxembourg Law Working Paper*, 2009(02), p. 16.

debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al [CEDH]. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los Derechos fundamentales que garantiza el [CEDH] y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

Desde un punto de vista formal, cabe notar que el primer párrafo del antiguo artículo 6 TUE, que establecía los “principios” de la UE, ha sido trasladado hacia un nuevo artículo 2 TUE, donde ahora se consagran los “valores” que fundamentan la UE. Además, en este último artículo, cabe destacar la incorporación explícita, dentro del valor del respeto por los derechos humanos, de los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Así las cosas, el nuevo artículo 2 TUE reza como sigue:

“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Ahora bien, desde un punto de vista sustantivo, de la lectura del nuevo artículo 6 TUE, es posible notar dos grandes innovaciones introducidas por la reforma de Lisboa, inmediatamente ligadas a la materia. Por una parte,

establece la obligatoriedad jurídica de la CDFUE y, por otra, introduce la exigencia a la UE de adherir al CEDH.

Además, es menester destacar que, junto a las innovaciones señaladas, la reforma de Lisboa ha mantenido la consagración normativa de la jurisprudencia del TJUE en materia de derechos humanos, en cuanto a que los derechos fundamentales forman parte del Derecho de la Unión como principios generales, en tanto reconocidos por el CEDH y por las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Aunque ello no constituye propiamente una novedad, al haber estado ya previsto en el antiguo artículo 6 TUE, lo verdaderamente importante de su mantención radica en que coexista normativamente, al mismo nivel jerárquico¹⁶¹, con la CDFUE y, también, en el futuro, con el CEDH, cuando se haya adherido y ella sea directamente vinculante a la UE. Es más, la consagración normativa de los derechos humanos como un principio general del Derecho de la Unión “permite una interpretación dinámica de los Derechos protegidos y recorta el efecto anquilosador que pueda tener la existencia de un catálogo”¹⁶². En otras

¹⁶¹ DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. 2009. *The Protection of Fundamental Rights in the EU: Community of values with Opt-Out?* En: PERNICE, Ingolf y TANCHEV, Evgeni (Eds.). *Ceci N'Est Pas Une Constitution - Constitutionalisation Without a Constitution?* Nomos, p. 122.

¹⁶² ALDECOA, Francisco. y GINEA, Mercedes. 2008. *La Europa que Viene: El Tratado de Lisboa*. Madrid, Marcial Pons, p. 149.

palabras, “el TUE habilita al [TJUE] para eventualmente ir más allá de los derechos fundamentales protegidos por la Carta y/o el CEDH”¹⁶³.

A continuación, en los próximos Capítulos de la presente obra, abordaremos, separadamente, los aspectos más relevantes de las dos principales aportaciones del Tratado de Lisboa en materia de derechos fundamentales¹⁶⁴.

¹⁶³ GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. 2010. *Fundamental Rights Protection in the European Union Post Lisbon Treaty*. *Fondation Robert Schuman. European Issues* nº 173, p.3.

¹⁶⁴ Para una revisión detallada y actualizada de los últimos logros y desafíos de la UE en los diversos ámbitos de la protección de los derechos fundamentales, véase: AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. 2013. *Fundamental Rights: Challenges and Achievements in 2012*. 322p. [en línea] <http://fra.europa.eu/sites/default/files/annual-report-2012_en.pdf> [consulta: 02 octubre 2013].

CAPÍTULO II. OBLIGATORIEDAD JURÍDICA DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (CDFUE)

1. Introducción.

La cuestión acerca de la necesidad de contar con un catálogo de derechos humanos había sido planteada infructuosamente por las instituciones comunitarias, en varias ocasiones. Primeramente, lo hizo la Comisión Europea, mediante la presentación, en el año 1979, de un Memorando sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH. Posteriormente, lo haría el Parlamento Europeo, en el año 1984, a través de la adopción de un proyecto de Tratado de la Unión Europea y, especialmente, en el año 1989, con una Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales. Por último, en el año 1994, con la elaboración de un Proyecto de Constitución¹⁶⁵.

Sin embargo, dicho catálogo sólo comenzaría a gestarse con éxito recién a partir del año 1999, en tiempos en que “la Unión había entrado en una nueva

¹⁶⁵ Véanse: ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. 2010. La Europa que Viene: El Tratado de Lisboa. 2ª Ed. Madrid, Marcial Pons, pp. 149 y 150, nota al pie nº 1; y PI LLORENS, M. Los Derechos Fundamentales en el Ordenamiento Jurídico Comunitario. Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 1999, pp. 130-131, citado en: LIROLA, Isabel. Op. cit. p. 97.

fase de integración con mayor determinación política”¹⁶⁶, y dentro del contexto de una discusión más amplia, ligada al objetivo político de acercar las instituciones de la UE a sus ciudadanos, afianzando la legitimidad de su ordenamiento jurídico en cuanto a su vocación democrática y protectora de los derechos humanos.

En efecto, ese mismo año, el Consejo Europeo, reunido en Colonia, abordaba la necesidad de redactar un catálogo de derechos fundamentales –la CDFUE-, al tiempo que convocaba paralelamente a una Cumbre Intergubernamental para la adopción de un nuevo Tratado de reforma que enfrentara los desafíos de ampliación de la UE.

La elaboración de la CDFUE se daría mediante un proceso innovador, en virtud del cual se convocaba la formación de una Convención: un órgano ad hoc, a la vez técnico y político, al cual se mandataría la redacción del proyecto. Esta estuvo conformada por representantes de diversas instituciones, tanto de la UE como de los Estados miembros, propiciando, además, instancias de participación de los Estados candidatos a ingresar a la UE, del Comité Económico y Social Europeo¹⁶⁷, del Comité de las Regiones¹⁶⁸, de grupos

¹⁶⁶ Comunicación de la Comisión sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, del 13 e septiembre de 2000, COM (2000) 559 final; citado en: LIROLA, Isabel. Op. cit. p. 97.

¹⁶⁷ Es un órgano consultivo de la UE, fundado en el año 1957, para prestar asesoría especializada a la Comisión Europea, Consejo de la UE y Parlamento Europeo; buscando servir de puente entre dichas Instituciones, a través de la elaboración de “dictámenes” acerca de las propuestas legislativas de la UE, o bien, sobre temas que estima debieran regularse. Véase: COMITE ECONOMICO Y SOCIAL EUROPEO. [s.a.]. El Comité Económico y Social

sociales y expertos. En total, se compuso de sesenta y dos miembros, bajo la dirección de un Presidente, todos quienes fueron supervisados por cuatro observadores provenientes del TJUE y del Consejo de Europa. La Convención tuvo un plazo de un año para presentar su trabajo al Consejo Europeo, el cual estudió luego la posibilidad de incorporarla a la redacción de los Tratados constitutivos de la UE –cuya reforma se negociaba, en ese entonces, en el Tratado de Niza¹⁶⁹.

El debate de la Convención se desarrolló, en términos generales, en torno a dos posiciones. La primera, representada por el Reino Unido, abogaba por la preeminencia del CEDH por sobre la redacción de un nuevo catálogo paralelo, oponiéndose a éste. Se sostenía, además, que en caso de elaborarse, éste debía únicamente a las instituciones comunitarias cuando implementaran el Derecho de la UE, sin otorgar competencias especiales sobre la materia. La segunda postura, a la cual adherían la mayoría de los Estados miembros, creía necesaria la elaboración de un catálogo de derechos vinculante, con el

Europeo (CESE). [en línea] <<http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.es.home>> [consulta: 26 abril 2013].

¹⁶⁸ Constituye un órgano consultivo de la UE, creado en el año 1994, con el objetivo de representar los intereses de los ciudadanos europeos dentro proceso legislativo de la UE, en áreas relativas a la cohesión social y económica, política social, salud, educación y cultura, empleo, capacitación profesional, transporte, protección civil, medio ambiente, cambio climático y energía. Actualmente, se compone de 334 miembros, todos ellos representantes de autoridades regionales y locales dentro de los Estados miembros, quienes actúan en forma independiente, en el interés general de los ciudadanos. Véase: COMITÉ DE LAS REGIONES. [s.a.]. Acerca del CDR. [en línea] <<http://cor.europa.eu/es/about/Pages/index.aspx>> [consulta: 26 abril 2013].

¹⁶⁹ Véanse: LIROLA, Isabel. Op. cit., pp. 98-99; y ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), pp. 145 y 146.

propósito de afianzar la legitimación ciudadana y política de la UE, e incluso, para algunos, como una guía para alcanzar mayores niveles de integración¹⁷⁰.

A comienzos de diciembre del año 2000, tras nueve meses de trabajo, la Convención entregó su propuesta al Consejo Europeo, quien la adoptó por unanimidad como CDFUE, pero postergando la determinación de su función y naturaleza jurídica a la decisión de la Conferencia Intergubernamental que había sido convocada paralelamente para la redacción del Tratado de Niza. A los pocos días, el 8 de diciembre del mismo año, la CDFUE fue proclamada conjunta y solemnemente por el Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el Consejo, quienes manifestaron públicamente su voluntad de someterse, a partir de entonces, a sus disposiciones. Sin embargo, finalmente, el 11 de diciembre de 2000, en el seno de la Conferencia Intergubernamental convocada para la redacción del Tratado de Niza, se impondría la posición liderada por el Reino Unido, no lográndose el consenso para integrar la CDFUE al texto del Tratado de reforma recién aprobado, consiguiendo únicamente proclamarla sin efecto vinculante. Así, la CDFUE quedó relegada a tener el valor de un mero acuerdo

¹⁷⁰ SMISMANS, Stijn. Op. cit., pp. 50-51. ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), pp. 145-147. De allí que, desde su génesis, la Convención redactora de la CDFUE procediera a redactar ésta como si ésta fuera a alcanzar obligatoriedad jurídica. Véase: LIROLA, Isabel. Op. cit., p.106. En este sentido, nótese en ella la utilización de un lenguaje predominantemente prescriptivo, y el establecimiento de ciertas Disposiciones Generales avocadas a regular la interacción de la CDFUE con otros instrumentos jurídicos, en los cuales se inspiró.

interinstitucional, solemnemente proclamado y carente de toda obligatoriedad jurídica.

Ahora bien, el hecho que la CDFUE no lograra ser incluida con carácter vinculante sino hasta el Tratado de Lisboa (2007), no impediría que ella, una vez proclamada solemnemente en el año 2000, produjera importantes efectos políticos y jurídicos¹⁷¹.

Por cierto, el método en virtud del cual ella fue elaborada, así como la proclamación interinstitucional a la que fue objeto –inédita en la historia de la UE-, “hicieron de la misma un instrumento al que acompañó un destacado clima de legitimidad política y jurídica, con una fuerte vocación de eficacia en términos <<persuasivos>>, traducida en su consideración como fuente privilegiada de inspiración de decisiones de altos órganos jurisdiccionales y de importantes avances legislativos”¹⁷².

Desde un punto de vista jurisdiccional, cabe destacar que “la Carta se ha convertido (...) en un elemento de interpretación cualificado del Derecho

¹⁷¹ Por cierto, la sola carencia de fuerza jurídica vinculante de un instrumento no implica necesariamente la ausencia de todo efecto jurídico. Al respecto, Lirola nos ofrece como ejemplo paradigmático la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 –mera resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas-, respecto a su contribución al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la forma de costumbre internacional. LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 108. A lo anterior, Ricardo Alonso agrega como ejemplo, el CEDH, el cual, no siendo un instrumento directamente vinculante para la UE, sí lo ha llegado a ser, en la forma de un principio general del Derecho de la Unión, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia uniforme del TJUE. Véase: ALONSO, Ricardo. 2010. La Protección de los Derechos Fundamentales. En: Sistema Jurídico de la Unión Europea. 2ª ed. Navarra, Civitas, p. 300.

¹⁷² ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2010), p. 298.

comunitario”¹⁷³. En este sentido, pocos meses después de su proclamación solemne, la CDFUE comenzó a ser utilizada como referencia por los Abogados Generales del TJUE¹⁷⁴ y, posteriormente, por el Tribunal de Primera Instancia¹⁷⁵, aunque habría que esperar hasta junio de 2006 para contar con un pronunciamiento del propio TJUE¹⁷⁶ invocándola expresamente¹⁷⁷. A partir de entonces, el TJUE la ha citado como una fuente directa de derechos fundamentales, en algunos casos porque una Directiva comunitaria se refiere a ella en su preámbulo y, en otros, sobre la base de la autoridad generalmente aceptada de dicho catálogo¹⁷⁸. En este sentido, Federic Van Den Bergue va más allá al sostener que, en virtud de este segundo grupo de casos, el TJUE le ha proveído a la CDFUE de verdadera fuerza obligatoria¹⁷⁹. Por último, cabe

¹⁷³ CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 45.

¹⁷⁴ Véase las conclusiones del Abogado General A. Tizzano en el asunto C-173/99, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, sentencia de 26 de junio de 2001, Recopilación de jurisprudencia 2001, p. I-4881, presentadas el 8 de febrero de 2001, párrafo 26; citadas en CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 46, nota nº 60.

¹⁷⁵ Véase la sentencia de 30 de enero de 2002, en asunto T-54/99, *maxmobil* c. Comisión, Recopilación de jurisprudencia 2002, p. II-313. Dicha sentencia fue posteriormente recurrida de casación y anulada por el TJUE mediante fallo de 22 de febrero de 2005, en asunto C- 141/02, Comisión c. max-mobil, Recopilación de jurisprudencia 2005, p. I-1283. Ambas sentencias son citadas en CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 46, nota nº 60.

¹⁷⁶ Véase la sentencia de 27 de junio de 2006, en asunto C-540/03, Parlamento c. Consejo, Recopilación de jurisprudencia 2006, p. I-5769, especialmente, párrafo 38; citada en CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 46, nota nº 62.

¹⁷⁷ Véanse: ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2010), p. 298; y CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., pp. 45 y 46.

¹⁷⁸ Traducción libre. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2011), p. 1776

¹⁷⁹ Para sostener aquello, cita dos sentencias del TJUE, en que ésta fundamenta expresamente su sentencia en derechos reconocidos, entre otras fuentes, en la CDFUE. La primera, de fecha 13 de marzo de 2007, en caso *Unibet*, 432/05, párrafo 37. La segunda, de fecha 18 de diciembre de 2007, en caso *Laval un Partneri Ltd con Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*, C-341/05, párrafo 90. Véase: VAN DEN BERGHE, Federic. 2010. *The EU and Issues of*

notar que la CDFUE ha sido también objeto de una amplia utilización por otros órganos jurisdiccionales¹⁸⁰, tales como el TEDH, a partir del año 2000; y los tribunales nacionales de los Estados miembros¹⁸¹.

Por su parte, desde el prisma legislativo, cabe destacar la decisión de la Comisión Europea, en el año 2001, de someter su labor legislativa y reglamentaria a un control preventivo de compatibilidad con la CDFUE¹⁸².

En el plano político, la CDFUE contribuyó con límites precisos para el ejercicio del poder público de la UE¹⁸³. En lo concreto, influyó decisivamente en el surgimiento de la actual Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (ADFUE, en inglés FRA), creada por el Consejo Europeo en el año 2007¹⁸⁴, usando como base el otrora Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia¹⁸⁵, para ampliarlo al ámbito general de los derechos humanos¹⁸⁶.

Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems? European Law Journal, 16(2), p. 147.

¹⁸⁰ ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2010), pp. 300 y 301.

¹⁸¹ En relación al TEDH, consúltese, por ejemplo, la sentencia de 11 de julio de 2002, en el caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*, Recurso nº 28957/95, sobre el matrimonio de transexuales, párrafos 58 y 100. Asimismo, a nivel local, encontramos la sentencia del Tribunal Constitucional español 292/2000, de 30 de noviembre, sobre la protección de datos de carácter personal, el cual cita la CDFUE incluso antes de su proclamación. Véase: CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 46.

¹⁸² ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2007), pp. 254-259.

¹⁸³ ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 147.

¹⁸⁴ La ADFUE se estableció por el Reglamento (CE) nº 168/2007 del Consejo de 15 de febrero de 2007. Conforme indica su Artículo 2, el cometido de la Agencia consiste en “proporcionar a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes de la Comunidad y a sus Estados miembros cuando apliquen el Derecho comunitario, ayuda y asesoramiento en materia de derechos fundamentales con el fin de ayudarles a respetarlos plenamente cuando adopten medidas o establezcan líneas de actuación en sus esferas de competencia respectivas”. Véase: UNIÓN EUROPEA. 2007b. Reglamento (CE) Nº 168/2007 del Consejo de 15 de febrero de 2007 por el que se crea un Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, pp. 1-14. Por su parte, para un análisis crítico

A mayor abundamiento, Aldecoa y Guinea subrayan que es dable sostener que la CDFUE ha desplegado verdaderos “efectos jurídicos indirectos y parciales, como puede deducirse de su utilización por los Tribunales y órganos políticos (...) como fuente de inspiración e interpretación. Estos efectos son indirectos, ya que se aplican como una fuente de inspiración, y parciales, en la medida que por esta vía no puede haber garantía plena de los derechos fundamentales de los particulares”¹⁸⁷.

Ahora bien, tras no lograrse incluir la obligatoriedad de la CDFUE en el Tratado de Niza, la cuestión acerca de su obligatoriedad jurídica quedó deliberadamente postergada para una nueva reforma de los Tratados constitutivos¹⁸⁸. Ello explica que el posterior y fallido Tratado Constitucional abordara esta cuestión, incluyendo íntegramente su contenido entre sus disposiciones, en la Parte II, dedicada exclusivamente a ella. No obstante, como ya estudiamos, el proyecto constitucional fracasó al no conseguirse las ratificaciones que permitieran su entrada en vigencia.

acerca del rol de dicha Agencia, véase: DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2011), pp. 1794-1799.

¹⁸⁵ El Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia fue creado por el Reglamento (CE) n° 1035/97, de 2 de junio de 1997 (DOUE L 151 de 10 de junio de 1991, p.1).

¹⁸⁶ ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2010), pp. 302-303.

¹⁸⁷ ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 147. En este mismo sentido, véase: PEÑA, Javier. Op. cit., p. 67.

¹⁸⁸ Así consta en la Declaración n° 23 Relativa al Futuro de la Unión, anexa al Tratado de Niza. Véase: UNIÓN EUROPEA. 2001. Declaración Relativa al Futuro de la Unión. Declaración n° 23 anexa al Tratado de Niza. 26 de febrero de 2001. [en línea] <http://eurlex.europa.eu/es/treaties/dat/12001C/htm/C_2001080ES.007001.html> [consulta: 26 abril 2013].

Finalmente, hubo que esperar hasta el 1 de diciembre de 2009, fecha de la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, para que la CDFUE lograra conseguir efecto jurídico vinculante, en una nueva versión actualizada de la misma¹⁸⁹, según fue proclamada solemnemente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea, el 12 de diciembre de 2007, un día antes de suscribirse el Tratado de Lisboa.

2. Obligatoriedad jurídica.

¿Por qué la reforma de Lisboa no incorporó formalmente la CDFUE al texto de los Tratados constitutivos y, en cambio, se remitió a ella en el artículo 6 TUE, manteniéndola como un instrumento jurídico paralelo “del mismo valor”?

Sin dudas, aquello fue consecuencia de una decisión política deliberada que respondió al contexto en el cual nació el Tratado de Lisboa. Los referendos negativos llevados a cabo en Francia y Holanda tendientes a ratificar el Tratado Constitucional, llevaron –tras un tiempo de distensión- a la renegociación de un

¹⁸⁹ Tal actualización no significó modificación alguna de los derechos consagrados originalmente en el año 2000, sino que tuvo por objeto suavizar el impacto de la entrada en vigor obligatoria de la CDFUE respecto la soberanía nacional de los Estados miembros de manera de aplacar ciertas reticencias de algunos de dichos Estados. En lo formal, se adecuó la redacción de lo referido al ámbito de aplicación de la CDFUE (artículo 51), mientras que, en lo sustantivo, se acotó el alcance e interpretación de los derechos y principios (artículo 52 CDFUE) (véanse: DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2009), p. 122; y GIORGI, Florence. Op. cit., p. 7). Por último, se agregó al Preámbulo un nuevo párrafo quinto, el cual, en reiteración del artículo 6.1(3) TUE, establece lo siguiente: “los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea”. Véase: UNIÓN EUROPEA. 2012b. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/02, de 26 de octubre de 2012, p. 391

nuevo Tratado –a firmarse en Lisboa-, el cual, esta vez, ya no reemplazaría a los Tratados constitutivos vigentes –TUE y TCEE-, sino que los modificaría, incorporando la mayoría de las disposiciones previstas en el fallido Tratado Constitucional, pero omitiendo toda disposición que proveyera una apariencia de Constitución europea.

Por otra parte, cabe recordar que uno de los objetivos primordiales del Tratado Constitucional –y luego, del Tratado de Lisboa, en su reemplazo- consistió en generar una mayor cercanía de la UE con sus ciudadanos. Para el logro, en parte, de dicho propósito, se buscó dar mayor realce y explicitación a los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE por medio del reconocimiento normativo expreso al catálogo de derechos contenido en la CDFUE, la que en ese entonces –como ya vimos- tenía sólo el valor de una declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, carente de toda obligatoriedad jurídica, tanto para los órganos de la UE, como para sus Estados miembros. Se trataba de incorporar dicho catálogo en los Tratados constitutivos de la UE, es decir, en la cúspide del sistema normativo de la Unión, a la usanza de las constituciones nacionales.

Al momento de negociarse una salida a la crisis constitucional, debió ponderarse el juego de dos intereses contrapuestos. Por una parte, el deseo unánime de los Estados miembros de modernizar el ordenamiento jurídico y la institucionalidad de la UE, en aras tanto de consolidar su cercanía con los

ciudadanos, como también de adaptarla a la nueva realidad que implicaba la ampliación de la UE a nuevos Estados miembros. Pero, por otra parte, existía la fuerte aprensión de los gobiernos de Polonia y del Reino Unido de incorporar explícitamente la CDFUE al texto de los Tratados constitutivos.

El Reino Unido, quien se opusiera exitosamente, desde su redacción, a otorgarle carácter vinculante a la CDFUE, basaba su posición en el rechazo al reconocimiento de derechos sociales, a la supralegalidad subyacente a un catálogo de derechos obligatorio y al carácter federalizante que dicha obligatoriedad imprimiría a la integración europea¹⁹⁰.

Finalmente, se lograría destrabar esta pugna mediante una fórmula que satisfaría ambas pretensiones: incorporar la CDFUE al texto del TUE, aunque no reproduciendo íntegramente sus disposiciones, sino mediante la remisión a ella como un instrumento jurídico diferente, del mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos¹⁹¹.

Para Luis Jimena, “el Tratado de Lisboa sitúa a la CDFUE al máximo nivel jerárquico-normativo, sin que la *técnica del reenvío* (...) resulte menos contundente que la *técnica de la integración* en el texto articulado del

¹⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Constitucionalismo de la Unión Europea*. Madrid, Civitas, 2002, p. 22; citado en: ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. *Op. cit.* (2010), p. 154.

¹⁹¹ MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. *Op. cit.* (2010), p. 124. Sobre la naturaleza jurídica de la CDFUE tras el Tratado de Lisboa, véase, más arriba, nota nº 154.

Tratado...”.¹⁹² Además, añade Jacqueline Dutheil de la Rochère, el hecho que la CDFUE sea presentada como un documento independiente, permite que pueda ser citada más fácilmente, por ejemplo, por el TJUE o los Estados miembros¹⁹³. En cambio, para Florence Giorgi, la técnica del reenvío dista mucho de haber sido la más óptima, puesto que, si uno de los objetivos perseguidos al adoptar la reforma de Lisboa era otorgarle al común de los ciudadanos europeos mayor claridad acerca de sus derechos fundamentales en el contexto de su participación en un proceso integracionista, resulta paradójico que se haya decidido finalmente esconder de los Tratados constitutivos la individualización de tales derechos¹⁹⁴. En este mismo sentido, Aldecoa y Guinea sostienen que esto último no sería sino una de las muchas manifestaciones del “velo” constitucional que se esconde tras el Tratado de Lisboa¹⁹⁵, esto es, en palabras de Giorgi, “el símbolo escondido de una ambición constitucional no asumida”¹⁹⁶.

Por otra parte, dado que la CDFUE ha pasado a formar parte del Derecho primario de la Unión, se ha sostenido que ésta cumple ahora una triple función¹⁹⁷. En primer lugar, como un elemento interpretativo del Derecho

¹⁹² JIMENA, Luis. 2009a. La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: Rango Legal y Contenidos Sustantivos. Cuadernos Europeos de Deusto, (40/2009), p. 69.

¹⁹³ DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2009), p. 121.

¹⁹⁴ GIORGI, Florence. Op. cit., p. 6.

¹⁹⁵ ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2010), p. 151.

¹⁹⁶ Traducción libre. GIORGI, Florence. Op. cit., p. 9.

¹⁹⁷ LENAERTS, Koen. 2011. *The Court of Justice of the European Union and the Protection of Fundamental Rights*. *Polish Yearbook of International Law*, 31, p. 82.

secundario de la Unión y de la legislación dictada por los Estados miembros dentro del ámbito del Derecho de la Unión, toda vez que éstos deben ser entendidos a la luz de la CDFUE. En segundo lugar, como fundamento para la revisión judicial de ciertos actos. Esto es, para declarar nula la legislación comunitaria y para prescindir de la legislación nacional ligada al Derecho de la Unión, cuando transgredan una disposición de la CDFUE. Por último, como fuente para la constatación judicial de nuevos principios generales del Derecho de la Unión¹⁹⁸.

Ahora bien, cabe destacar que Polonia y el Reino Unido, no conformes con haber arrancado el texto de la CDFUE del articulado del TUE, lograrían también celebrar el Protocolo nº 30 anexo a los Tratados constitutivos, relativo a la manera en que el catálogo de derechos debe aplicárseles, lo cual ha traído cierta incertidumbre acerca de sus verdaderos alcances y efectos jurídicos y, en último término, respecto de la obligatoriedad de la CDFUE respecto dichos Estados miembros. Sobre el particular, nos referiremos más adelante.

En definitiva, dada la técnica utilizada para incorporar la CDFUE al Derecho primario de la UE, cada vez que se desee determinar la identidad precisa de los derechos fundamentales de la UE, primeramente, habrá que revisar el texto del artículo 6 TUE, para luego consultar el contenido mismo de la CDFUE, cuyo alcance debe ser examinado a la luz de las Explicaciones elaboradas por la

¹⁹⁸ En este mismo sentido, véase: CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 47.

Convención que la redactó (en adelante, las “Explicaciones”). Además, habrá que revisar el Protocolo ya referido y las cuatro Declaraciones atinentes anexas a los Tratados constitutivos¹⁹⁹. En último término, será menester atender a las disposiciones del CEDH²⁰⁰.

3. Fuentes.

La CDFUE no pretendió crear nuevos derechos distintos a los ya consagrados en diferentes Tratados internacionales y en los textos constitucionales de los Estados miembros²⁰¹. En cambio, el objetivo primordial consistió en “codificar, sistematizar y reunir en un único texto, de forma clara y fácilmente identificable”, los derechos fundamentales que ya conformaban el acervo europeo²⁰², dotándoles de una redacción actualizada²⁰³: “en unos casos incorporando jurisprudencia reciente, en otros incluyendo derechos surgidos de

¹⁹⁹ Hablamos, por una parte, de diversas Declaraciones relativas a la CDFUE: la nº 1, suscrita por la unanimidad de Estados miembros; la nº 53, suscrita por la República Checa; y la nº 61, suscrita por Polonia. Por otra parte, encontramos la Declaración nº 62, suscrita por Polonia, y relativa al Protocolo sobre la aplicación de la CDFUE a Polonia y al Reino Unido. Véase: UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2012^a), pp. 337, 355 y 358.

²⁰⁰ GIORGI, Florence. Op. cit., p. 7.

²⁰¹ En este sentido, véanse: PEÑA, Javier. Op. cit., pp. 66 y 67; y TAJADURA, Javier. El Futuro de Europa. Luces y Sombras del Tratado de Lisboa, p. 24.

²⁰² TAJADURA, Javier. Op. cit., p. 20. “No obstante, es posible argumentar que algunos de los derechos de la Carta son “nuevos” en el sentido que el [TJUE] aún no los ha garantizado expresamente como principios generales del derecho” (como ocurre con casi la mitad de los derechos allí contenidos). Asimismo, “mientras ciertos derechos (...) ya disfrutaban un grado variable de protección bajo el Derecho de la UE y en la mayoría de los Estados miembros, sobre la base del derecho nacional y/o de obligaciones internacionales, su concretización como derechos fundamentales estaba todavía ausente” (por ejemplo, el derecho a la protección de datos personales y el derecho a un alto nivel de protección al medioambiente). Véase: GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 5.

²⁰³ LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 101.

los Tratados o del Derecho derivado, o adaptando los derechos de acuerdo con los adelantos científicos y técnicos”²⁰⁴. Mediante la creación de la CDFUE, sus redactores buscaron dar mayor visibilidad a los derechos existentes²⁰⁵, estableciendo un documento que reemplazara “otras fuentes de derechos fundamentales en la Unión Europea, o por lo menos, superarlos en importancia”²⁰⁶. En este sentido, la CDFUE constituye el punto de partida en materia de protección de derechos humanos en la UE²⁰⁷.

Conforme al mandato de redacción del Consejo Europeo del año 1999, el Preámbulo de la CDFUE y sus Explicaciones, es claro sostener que la CDFUE fue elaborada utilizando, como fuentes de inspiración, los derechos recogidos en las tradiciones constitucionales y obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, el CEDH²⁰⁸, la CSE (del año 1961 y su versión revisada del año 1996)²⁰⁹, la CDSFT²¹⁰ y, por último, la jurisprudencia del TJUE y el TEDH.

²⁰⁴ ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 152.

²⁰⁵ VLACHOPOULOS, Spyridon. 2008. *The European Union's Charter of Fundamental Rights: A Contribution to the European Integration, a Step Towards the European Constitution or Just a Non-binding Declaration of Human Rights?* *The Juridical Current Journal*, XI(32-33), p. 5.

²⁰⁶ Traducción libre. MORIJN, John. *Balancing Fundamental Rights and Common Markey Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Lights of the European Constitution.* *European Law Journal*. 12(1), 2006, p. 19; citado en: MATHISEN, Karoline. 2010. *The Impact of the Lisbon Treaty, in Particular Article 6 TEU, on Member States' Obligation with Respect to the Protection of Fundamental Rights.* *University of Luxembourg Law Working Paper*, 2010(01), p. 17.

²⁰⁷ MATHISEN, Karoline. Op. cit., p. 18.

²⁰⁸ Sobre el CEDH, véase, más arriba, pp. 23 y ss.

²⁰⁹ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009b), p. 399. Sobre la Carta Social Europea (CSE) del año 1961, y su revisión revisada en el año 1996, véase, más arriba, pp. 29 y ss.

Seguendo a Isabel Lirola, es posible entender que, desde el punto de vista doctrinal, la CDFUE se construyó “a través de una serie de círculos concéntricos”, en cuyo centro se situaron los derechos reconocidos por el CEDH y por la jurisprudencia uniforme del TJUE; secundados por los derechos de la ciudadanía europea, consagrados en los Tratados constitutivos de la UE y, finalmente, por “un tercer círculo de derechos <<aspiracionales>> de carácter social, económico, cultural y de protección del consumidor y del medio ambiente”²¹¹.

4. Contenido.

La CDFUE se compone de un Preámbulo y 54 artículos, los cuales se distribuyen en siete Títulos, según se indica a continuación:

- Título I (artículos 1-5): “Dignidad”. Incluye los derechos de dignidad, a la vida, a la integridad, la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, y la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado.
- Título II (artículos 6-19): “Libertades”. Contiene los derechos a la libertad y seguridad, al respeto de la vida privada y familiar, a la protección de

²¹⁰ Sobre la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (CDSFT), véase, más arriba, nota nº 143.

²¹¹ LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 97.

datos de carácter personal, a contraer matrimonio y fundar una familia, de pensamiento, conciencia y religión, de expresión e información, de reunión y asociación, a las artes y ciencias, a la educación, a la libertad profesional y a trabajar, a la libertad de empresa, a la propiedad, de asilo y de protección en caso de devolución, expulsión y extradición.

- Título III (artículos 20-26): “Igualdad”. Comprende la igualdad ante la ley, la no discriminación, la diversidad cultural, religiosa y lingüística, la igualdad entre mujeres y hombres, los derechos del niño y de las personas mayores e integración de las personas discapacitadas.
- Título IV (artículos 27-38): “Solidaridad”. Consagra los derechos a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, de negociación y de acción colectiva, de acceso a los servicios de colocación, de protección en caso de despido injustificado, a condiciones de trabajo justas y equitativas, la prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, a la vida familiar y profesional, a la seguridad social y ayuda social, al acceso a los servicios de interés económico general, y a la protección de la salud, del medio ambiente y de los consumidores.
- Título V (artículos 39-46): “Ciudadanía”. Incorpora los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y

municipales, a una buena administración, de acceso a los documentos, de dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo, de petición, de circulación y residencia, y de protección diplomática y consular.

- Título VI (artículos 47-50): “Justicia”. Incluye los derechos a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, a la presunción de inocencia y defensa, de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, y a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción.
- Título VII (artículos 51-54): “Disposiciones Generales”. Aquí, se regula el ámbito de aplicación, el alcance e interpretación de los derechos y principios, el nivel de protección y la prohibición del abuso del derecho.

5. Titulares de derechos.

En virtud del principio de universalidad de los derechos humanos, se entiende que éstos amparan a todos los individuos, sin distinciones, por el sólo hecho de ser tales. En consecuencia, para el caso de la CDFUE, resulta esperable que, habiendo sido concebida como un instrumento de derechos humanos dentro del contexto de la UE, ésta proteja a todo aquel individuo que se encuentre dentro de la jurisdicción de alguno de sus Estados miembros, sin distinciones, y no únicamente a los nacionales de dichos Estados.

A decir verdad, lo anterior es enteramente aplicable a los derechos consagrados en el Título I (Dignidad) y a la gran mayoría de los derechos recogidos en los Títulos II (Libertades), III (Igualdad), IV (Solidaridad) y VI (Justicia), los cuales amparan a todo individuo, sin distinciones de nacionalidad o residencia²¹². No obstante, cabe advertir que algunos derechos de tales Títulos asumen como presupuesto para su goce, que los nacionales de terceros Estados se encuentren en situación de legalidad, tal como ocurre con la libertad profesional y el derecho a trabajar (artículo 15) y la libertad de empresa (artículo 16)²¹³. Asimismo, hay otras garantías que pueden entenderse contempladas principalmente para proteger a los nacionales de terceros Estados que se encuentran en circunstancias específicas, como ocurre con el derecho de asilo (artículo 18) y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición (artículo 19)²¹⁴. Por último, ciertos derechos contenidos en el Título V (Ciudadanía), son reconocidos únicamente a los ciudadanos europeos, esto es, a los nacionales de los Estados miembros. Así ocurre respecto de los derechos de naturaleza política: el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y municipales (artículos 39 y 40), y el derecho a la protección diplomática y consular (artículo

²¹² LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 105.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Ibid.

46)²¹⁵. En cambio, se concede a toda persona, sin distinciones, el derecho a una buena administración (artículo 41); mientras que se reconoce sólo a los ciudadanos europeos y a los nacionales de terceros Estados que legalmente residan o tengan su domicilio social en un Estado miembro²¹⁶, el derecho de acceso a los documentos (artículo 42), el derecho a acudir al Defensor del Pueblo Europeo (artículo 43), el derecho de petición (artículo 44) y la libertad de circulación y de residencia (artículo 45).

6. Disposiciones generales.

Resulta trascendental detenernos un momento en las disposiciones generales establecidas en el Título VII de la CDFUE, las cuales reglan su interpretación (artículo 6.1 TUE). En particular, nos referiremos, mayormente, al ámbito de aplicación de la CDFUE y a las limitaciones, alcances, interpretación y nivel de protección de los derechos contenidos en ella. Asimismo, abordaremos los alcances del Protocolo suscrito por Polonia y el Reino Unido, relativo a la aplicación de la CDFUE respecto de dichos Estados miembros.

6.1. Ambito de aplicación de la CDFUE.

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 51 CDFUE, el cual establece lo siguiente:

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ VLACHOPOULOS, Spyridon. Op. cit., p. 8.

“1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”.

El artículo recién citado posee un doble propósito. Por un lado, busca garantizar el respeto de la distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros. Por el otro, pretende evitar la creación judicial de nuevos derechos en virtud de la CDFUE, sea a nivel por el TJUE como por los tribunales nacionales²¹⁷.

Conforme al énfasis puesto en la redacción de dicho artículo, cabe notar que las disposiciones de la CDFUE están dirigidas, primeramente, a los actos de la propia UE²¹⁸. Lo anterior, es coherente con lo establecido en el artículo 2 TUE, que establece que la UE se fundamenta en el valor del respeto de los derechos humanos.

A mayor abundamiento, teniendo presente que el ordenamiento jurídico de la Unión es de carácter sectorial²¹⁹, y habida cuenta de los principios de

²¹⁷ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009a), p. 77.

²¹⁸ LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 107.

²¹⁹ MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Op. cit. (2010), p. 124.

atribución²²⁰ y de subsidiariedad²²¹; cabe advertir que los Tratados constitutivos no contemplan la protección de los derechos fundamentales dentro de las competencias generales de la UE²²², sino, más bien, como un requisito para la legalidad de sus actos y los de sus Estados miembros²²³. Sobre el particular, la CDFUE nada agrega o modifica, pues no pretende atribuir competencias a la UE en el ámbito de los derechos fundamentales, mas sólo le ordena a respetarlos en el ejercicio de sus propias competencias²²⁴. En consecuencia, la CDFUE “no goza de ninguna aplicabilidad autónoma”²²⁵ y no habilita a la UE para legislar acerca de los derechos en cuestión, sino que, únicamente, le impone límites claros en “el ejercicio de los concretos poderes de acción que le atribuyen los Tratados constitutivos”²²⁶, que siempre deben estar presididos por tales derechos fundamentales. Así lo establece expresamente el artículo 51.2 CDFUE, y lo reiteran el artículo 6 TUE, el Protocolo nº 30 (Polonia y el Reino

²²⁰ Véase, más arriba, nota nº 94.

²²¹ Véase, más arriba, nota nº 95.

²²² Véanse: ALONSO, Ricardo. Op. cit.. (2010), p. 321; y MANGAS, Araceli. 2008. Evolución del Respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea (Teoría y Práctica ante los Nuevos Desafíos del Terrorismo). Agenda Internacional, XV(26), p. 21.

²²³ Dictamen 2/94 del TJUE, de 28 de marzo de 1996, párrafo 34. Por lo demás, en el párrafo 27 del mentado Dictamen, el TJUE sostuvo claramente que ninguna disposición de los Tratados constitutivos confieren a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos, o bien, de celebrar convenios internacionales en este ámbito.

²²⁴ En este sentido, véanse: PEÑA, Javier. Op. cit., p. 67; y MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Instituciones y Derecho de la Unión Europea (2010), pp. 126 y 127.

²²⁵ MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Op. cit. (2010), p. 126 y 127.

²²⁶ ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2010), p. 320. Véase también: DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit (2011), p. 1783.

Unido) y las Declaraciones nº 1 (unánime), nº 53 (República Checa) y –en forma implícita la- nº 61 (Polonia); todos anexos a los Tratados Constitutivos.

Por otra parte, la CDFUE gobierna, en segundo lugar, la actuación de los Estados miembros²²⁷, “únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”²²⁸. Siguiendo una interpretación restrictiva, podría entenderse que dicha disposición limita la aplicación de la CDFUE sólo aquellos actos de “implementación” del Derecho de la Unión. No obstante, ella debe ser interpretada en un sentido más amplio, esto es, siguiendo la jurisprudencia del TJUE, como comprensiva de “toda actividad que presente elementos de conexión (...) con el Derecho comunitario”, esto es, cuando ejecutan, derogan o excepcionan una normativa comunitaria²²⁹.

²²⁷ En este sentido, cabe notar que la CDFUE consagra ciertos derechos “que son más propios de una realidad estatal que de la propiamente comunitaria, bien porque difícilmente pueden ser objeto de violación por parte de la Unión (prácticamente todos los que figuran en el Capítulo I <<Dignidad>>) o bien porque la Unión carece de competencias en la materia (por ejemplo, varios de los derechos contenidos en el Capítulo IV <Solidaridad>>)”. Véase: LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 107.

²²⁸ Según destaca Karoline Mathisen, los actuales Tratados constitutivos, a diferencia del fallido Tratado Constitucional (TC), no definen un concepto de “Derecho de la Unión”. El artículo I-6 TC, al referirse al principio de supremacía del Derecho de la Unión, comprendía dentro de éste, “la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta...”. Al respecto, la autora, guiada por el texto de la Declaración nº 17 anexa al Tratado de Lisboa, relativa a la primacía, y redactada en los mismos términos que el artículo referido; sostiene que, “parece razonable concluir que “Derecho de la Unión” incluye, por lo menos, los Tratados (constitutivos) y la legislación secundaria de la UE”, así como también, la CDFUE. No obstante, la autora aclara que, dado que la CDFUE no altera las competencias de la Unión (artículos 6 TUE y 51.1 CDFUE), la referencia al “Derecho de la Unión” en el artículo 51.1 CDFUE, “es quizás mejor visto como un remanente del tiempo anterior a la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa y, por tanto, antes que la Carta fuera parte del Derecho primario de la Unión”. Véase: MATHISEN, Karoline. Op. cit., pp. 25 y 26.

²²⁹ Véanse: ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2010), p. 320; MATHISEN, Karoline. Op. cit., p. 17; y GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 6. En este sentido, las Explicaciones del artículo 51.2 CDFUE aclaran que “de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende

En otras palabras, cada vez que una autoridad nacional actúe en algún ámbito conectado con el Derecho de la Unión, deberá hacerlo de una manera que no menoscabe los derechos fundamentales, cuestión que estará sujeta al control del TJUE. En cambio, desde una perspectiva negativa, en aquellos casos en dicha autoridad actúe fuera del ámbito del Derecho de la UE, ésta no se encontrará sujeta a las disposiciones de la CDFUE, ni al control del TJUE²³⁰.

Por lo demás, lo recién dicho es coherente con lo establecido en el ya citado artículo 2 TUE, en el artículo 49 TUE, que condiciona el ingreso a la UE de nuevos Estados miembros al respeto de dicho valor y; finalmente, en el artículo 7 TUE, que consagra la suspensión de ciertos derechos a un Estado miembro ante violaciones graves y persistente del valor señalado²³¹.

inequívocamente que la obligación de respetar los derechos fundamentales definidos en el marco de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (sentencia de 13 de julio de 1989, *Wachauf*, asunto 5/88, Rec. 1989, p. 2609; sentencia de 18 de junio de 1991, ERT, Rec. 1991, p. I-2925; sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96 *Annibaldi*, Rec. 1997, p. I-7493)” (véase: UNIÓN EUROPEA. 2007a. Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales. Diario Oficial de la Unión Europea, C 303/02, de 14 de diciembre de 2007, p.32). Recientemente, el TJUE ha confirmado dicha jurisprudencia, en los siguientes términos: “Debe recordarse, además, que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria...” (véase: Sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Rec. 2000, p. I-2737, apartado 37).

²³⁰ GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 6.

²³¹ Habida cuenta que la CDFUE no altera las competencias de la UE, y aún cuando algunos de los derechos garantizados en ella puedan aparecer desvinculados del quehacer de la Unión, la estricta observancia de los preceptos de la Carta constituye “un parámetro básico de referencia a los efectos de los artículos 49 (...) y 7 (...) del Tratado de la Unión”. Véase: ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2010), p. 321.

6.2. Limitaciones a los derechos.

A diferencia del CEDH, el cual establece una cláusula limitativa especial para cada derecho susceptible de ser ejercido con restricciones (“derechos cualificados”), la CDFUE establece una cláusula limitativa general²³², en que se fijan los requisitos necesarios para limitar el ejercicio de cualquiera de sus derechos, excluidos los contenidos en el Título I “Dignidad”, los cuales no son susceptibles de limitación alguna²³³.

El artículo 52.1 CDFUE, inspirado en la jurisprudencia del TJUE²³⁴, establece lo siguiente:

²³² Tales requisitos actúan en adición a ciertas exigencias específicas establecidas en determinadas disposiciones de la CDFUE (por ejemplo, artículos 27, 28, 30 y 34). Véase: DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2011), pp. 1781 y 1782.

²³³ Según enseña Koen Lenaerts, dicha prohibición comprende también al resto de los derechos garantizados bajo el mismo Título, esto es: el derecho a la vida, el derecho a la integridad de la persona, la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes y, por último, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado. Al respecto, el autor cita las Explicaciones del artículo 1 CDFUE (dignidad humana), conforme a las cuales, “la dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales. (...) Se deduce de ello, en particular, que ninguno de los derechos insertos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que *la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho*” (énfasis añadido). Además, el autor cita la sentencia en el caso *Schmidberger*, C-112/00, de fecha 12 de junio de 2003, párrafo 80, donde se sostuvo que “los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica garantizados por el CEDH tampoco constituyen -contrariamente a otros derechos fundamentales reconocidos por el mismo Convenio, como el derecho de toda persona a la vida o la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, que no toleran ninguna restricción- prerrogativas absolutas, sino que deben considerarse según su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al ejercicio de esos derechos...”. Véase: LENAERTS, Koen. Op. cit., p. 93

²³⁴ UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2007a), p. 32. Además, cabe señalar que, en esta materia, el TJUE encuentra su inspiración en la jurisprudencia del TEDH. Véase: LENAERTS, Koen. Op. cit., p. 93.

“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Conforme a dicha disposición, cualquiera medida restrictiva debe cumplir, copulativamente, las siguientes condiciones²³⁵: 1) ser establecida por ley; 2) respetar el contenido esencial del derecho o libertad; 3) ser proporcionada; 4) ser necesaria y; 5) perseguir objetivos de interés general reconocidos por la Unión²³⁶, o bien, de protección de derechos y libertades de terceras personas.

Al respecto, Karolin Mathisen²³⁷ se pregunta si acaso el hecho que los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 6 TUE tengan el mismo valor jurídico que otras normas de Derecho primario de la Unión, debiera producir un cambio en la forma de interpretarse el concepto de “restricción justificada”²³⁸ al Derecho de la Unión, particularmente, en aquellos casos en

²³⁵ Para un análisis de tales requisitos a la luz de la jurisprudencia del TJUE, véase: LENAERTS, Koen. Op. cit., pp. 92-97.

²³⁶ Conforme señalan las Explicaciones del artículo 52.1 CDFUE, “la mención de intereses generales reconocidos por la Unión abarca tanto los objetivos mencionados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea como otros intereses protegidos por disposiciones específicas de los Tratados, como el apartado 1 del artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, el apartado 3 del artículo 35 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los artículos 36 y 346 de este mismo Tratado”. Véase: UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2007a), p. 32.

²³⁷ MATHISEN, Karoline. Op. cit., pp. 46, 53-56.

²³⁸ Por ejemplo, consúltense los Artículos 34-37, 49, 56 y 63 TFUE.

que alguna de las cuatro libertades económicas fundamentales²³⁹ consagradas en los Tratados constitutivos –a saber: la libre circulación de personas, de

²³⁹ El carácter “fundamental” de las cuatro libertades económicas centrales de la UE puede entenderse desde diversas perspectivas. Por ejemplo, el término puede emplearse para referirse a aquello que no puede sino consagrarse en una constitución. Al respecto, cabe señalar que “las libertades han jugado un rol vital en la construcción de la constitución económica de Europa”. En este sentido, conforme a la escuela del ordoliberalismo, nacido en Alemania en la década de 1930, “la constitución debe proteger las libertades económicas, `las cuales son tan esenciales en la protección de la dignidad humana, y tan indicativas de una sociedad libre, como lo son las libertades políticas, que son en sí mismas liberales en naturaleza y que, por tanto, enfatizan las libertades económicas individuales”. En efecto, los Tratados constitutivos de la Unión, la cúspide del sistema normativo de la UE, desde su origen consagran las libertades económicas entre sus disposiciones, jugando un rol central en la construcción de un mercado interior común europeo. Véase: DE VRIES, Sybe. 2013. *Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice*. *Utrecht Law Review*, 9(1), p. 175-176; en que se cita a: CHALMERS, D. *The single market: from prima donna to journeyman*. En: SHAW, J. y MORE, G. (Eds.). *New legal dynamics of European Union*, 1995, p. 57. Desde otra perspectiva, el calificativo “fundamental” puede entenderse en tanto sinónimo del concepto de derechos humanos. En este sentido, valga decir que las libertades económicas comunitarias encuentran su protección en la CDFUE, en cuanto consagra la libertad profesional y el derecho a trabajar (artículo 15), así como la libertad de empresa (artículo 16). Además, tales libertades económicas llevan implícito ciertos derechos humanos que trascienden a una dimensión económica, tales como el derecho a un trato igualitario (no discriminación) (Título III “Igualdad”, artículos 20-26 CDFUE) y la libertad de circulación y de residencia en otro Estado miembro (artículo 45 CDFUE) (véase: PRECHAL, S. y DE VRIES, Sybe. *Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht*, 2008 SEW 11, pp. 434-435; citado en: DE VRIES, Sybe. Op. cit., p. 176). Al mismo tiempo, cabe advertir que las cuatro libertades centrales de la UE pueden ser entendidas como diferentes a los derechos humanos, dada su naturaleza económica y su origen exclusivo en los Tratados constitutivos de la Unión, fuera de los cuales no pueden existir. No obstante, dicho carácter económico no obsta, por sí mismo, a que tales libertades puedan ser tenidas como fundamentales, en el sentido descrito (véase: DE VRIES, Sybe. Op. cit., p. 177). Para profundizar sobre la materia y, en particular, acerca si las libertades económicas fundamentales de la UE constituyen verdaderos derechos humanos, véase: DE BOER, Nick. *Fundamental Rights and the EU Internal Market: Just how Fundamental are the EU Treaty Freedoms? A Normative Enquiry Based on John Rawls’ Political Philosophy*. *Utrecht Law Review*, 9(1): 148-168, 2013. [en línea] <<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/URN%3ANBN%3ANL%3AUI%3A10-1-112919/216>> [consulta: 06 junio 2013].

servicios, de bienes y de capitales²⁴⁰ colisione con algún derecho fundamental consagrado, por ejemplo, en la CDFUE.

Tradicionalmente, el concepto de “restricción” al Derecho de la Unión ha sido interpretado en un sentido amplio, comprensivo de “cualquier medida con el más mínimo potencial de influenciar negativamente la libertad de movimiento”, incluyendo “incluso medidas nacionales diseñadas para proteger derechos fundamentales”²⁴¹. Para que dicha restricción sea considerada jurídicamente admisible –justificada–, el Estado miembro en cuestión debe demostrar que la medida nacional satisface ciertas condiciones, a saber²⁴²: 1) persiga un objetivo legítimo; 2) responda a un interés general; y 3) sea proporcionada²⁴³.

Lo anterior, exige al Estado miembro en cuestión satisfacer la carga de probar la justificación de su medida, lo que supone *a priori* una especie de sospecha sobre la misma. Como resultado, la balanza podría eventualmente resultar cargada a favor de la libertad fundamental, en perjuicio de la medida estatal y, en último término, en menoscabo de un derecho fundamental, cuando

²⁴⁰ Véanse el artículo 20.2 TFUE (libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión) y la Tercera Parte del TFUE, en sus Títulos I (“Mercado Interior”), II (“Libre Circulación de Mercancías”) y IV (“Libre Circulación de Personas, Servicios y Capitales”).

²⁴¹ Traducción libre. MATHISEN, Karoline. Op. cit., p. 53.

²⁴² Ibid.

²⁴³ A su vez, dicho examen de proporcionalidad (en sentido general), supone el control de tres elementos: 1) una conexión causal entre la medida nacional y el objetivo perseguido. Esto es, que la medida sea idónea; 2) la inexistencia de una medida alternativa menos restrictiva al comercio o a la libertad económica en cuestión; y 3) una relación de proporcionalidad (en sentido estricto) entre el obstáculo introducido y el objetivo perseguido o el efectivamente logrado. Véase: DE VRIES, Sybe. Op. cit., p. 172.

dicha medida busque la protección del mismo; lo cual resultaría insatisfactorio desde una perspectiva de derechos fundamentales²⁴⁴.

Las sentencias en los casos *Viking*²⁴⁵ y *Laval*²⁴⁶, fallados por el TJUE en el año 2007, después de la suscripción del Tratado de Lisboa, pero antes de su entrada en vigencia, muestran que, no obstante el TJUE parecía estar preparado para aceptar que la CDFUE podría crear obligaciones legales, en caso de conflicto entre derechos fundamentales y libertades económicas fundamentales, hacía prevalecer estas últimas²⁴⁷.

Para Mathisen, tras la reforma de Lisboa, el nuevo artículo 6 TUE “provee al Derecho de la Unión una base legal clara para imponer obligaciones a los Estados miembros en materia de derechos fundamentales”, a la vez que provee “argumentos para sugerir que tales derechos debieran gozar de una protección especial en el contexto de la Unión”²⁴⁸. En consecuencia, a efectos de evitar el resultado insatisfactorio descrito, la autora propone abordar el conflicto en cuestión desde una perspectiva distinta, centrada en los derechos

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Sentencia de 11 de diciembre de 2007, caso *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union con Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05.

²⁴⁶ Sentencia de 18 de diciembre de 2007, caso *Laval un Partneri Ltd con Svenska Byggnadsarbetareförbundet* y otros, C-341/05, párrafos 103-111.

²⁴⁷ Véanse: DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2011), p. 1786; y SYRPIS, Phil. 2008. *The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What? Industrial Law Journal*, 37(3), pp. 230 y 231.

²⁴⁸ Traducción libre. MATHISEN, Karoline. Op. cit., p. 55. Ahora bien, Phil Syrpis considera que la mera obligatoriedad jurídica de la CDFUE no generará grandes diferencias en la protección de los derechos fundamentales y, particularmente, en aquellos de corte social. En cambio, sí encuentra la posibilidad de un cambio relevante a partir del momento en que la UE acceda al CEDH. Sobre ello, nos referiremos más adelante, al tratar acerca de los posibles efectos de tal adhesión. Véase: SYRPIS, Phil. Op. cit., pp. 231-234.

fundamentales como punto de partida para verificar la legitimidad de una medida nacional²⁴⁹. Según esta mirada, primero habría que evaluar la medida en que el derecho fundamental en cuestión admite restricciones (artículo 52.1 CDFUE). Luego, una vez establecido aquello, convendría recién determinar el contenido y alcance de la libertad fundamental en disputa y, en último término, averiguar si el resguardo de aquella libertad permite imponer una restricción legítima al derecho fundamental²⁵⁰. De esta manera, “el nivel de protección requerido por el derecho fundamental en cuestión limitaría el alcance de la

²⁴⁹ La autora recoge la sugerencia del Abogado General Stix-Hackl, planteada como opinión (no recogida por el TJUE) en el caso *Omega Spielhallen*, C-36/02, el 18 de marzo de 2004. Los Abogados Generales son funcionarios del TJUE, quienes tienen por función presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del TJUE, requieran su intervención (artículo 252 TFUE). En el asunto en comento, el Abogado General Stix-Hackl sostuvo (párrafo 53) que “la necesidad “de reconciliar” los requerimientos de la protección de derechos fundamentales no puede entonces significar *per se* poner en la balanza libertades fundamentales contra derechos fundamentales, lo cual implicaría que la protección de los derechos fundamentales es negociable. (...) Las normas sobre libertades fundamentales en cuestión, y particularmente las circunstancias en las cuales son admisibles excepciones, deben entonces ser construidas tan lejos como sea posible, de manera que excluir medidas que excedan un impacto admisible en los derechos fundamentales en cuestión, y por tanto, excluir aquellas medidas que no son conciliables con derechos fundamentales”. Traducción libre. Véase: MATHISEN, Karoline. Op. cit., p. 54. El contenido de la opinión del Abogado General Stix-Hackl puede consultarse [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002CC0036:EN:PDF>> [consulta: 06 junio 2013]. Además, para una mayor profundización acerca de la solución de conflictos entre derechos fundamentales y libertades económicas fundamentales en el contexto de la UE, véase la opinión de la Abogada General Trstenjak, de 14 de abril de 2010, en caso Comisión con Alemania, C-271/08, párrafos 183 y ss. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62008CC0271:ES:HTML>> [consulta: 07 junio 2013]. Por último, revítese: DE VRIES, Sybe. Op. cit., p. 169-192.

²⁵⁰ Mathisen fundamenta su razonamiento en lo decidido por el TJUE en la sentencia de fecha 12 de junio de 2003, en el caso *Schmidberger*, C-112/00, en que “se sostuvo que la libertad de movimiento de bienes, en principio, implica un derecho a una compañía de transportes para viajar sin obstáculos en rutas de transporte nacionales. Si autoridades nacionales desearan restringir el viaje en una ruta de transporte nacional, ello es en principio prohibido bajo el Derecho de la Unión. Sin embargo, si la restricción es necesaria para permitir la realización de una protesta legal, el Derecho de la Unión acepta la restricción”. Traducción libre. Véase: MATHISEN, Karoline. Op. cit., pp. 54 y 55.

libertad fundamental”. Así, desde una mirada opuesta, sólo existiría una restricción injustificada a una libertad económica fundamental en aquellos casos en que ésta se vea limitada más allá de lo protegido por el derecho fundamental en que se funda la medida nacional²⁵¹. Ahora bien, para la autora, “si uno considera que el Derecho de la Unión ha de ser interpretado, en la medida de lo posible, de una manera consistente con las obligaciones de la UE en materia de derechos fundamentales, el concepto de “restricciones” puede prolongarse sólo hasta el lugar donde colisione con un derecho fundamental”²⁵². Así, “esta perspectiva no sólo provee a los derechos fundamentales en cuestión la protección requerida, sino también evita la conclusión insatisfactoria –desde una perspectiva de derechos fundamentales– de una “restricción justificada a una libertad fundamental”²⁵³. Al respecto, cabe advertir que, no obstante la relación de simetría existente entre los derechos fundamentales y las libertades económicas fundamentales en el contexto del Derecho de la Unión, el criterio interpretativo propuesto, según el cual el Derecho de la Unión debe ser entendido a la luz de los derechos fundamentales, proveería a estos últimos una suerte de cuasi primacía sobre las señaladas libertades económicas²⁵⁴.

²⁵¹ Traducción libre. MATHISEN, Karoline. Op. cit., p. 56.

²⁵² Traducción libre. MATHISEN, Karoline. Op. cit., p. 55.

²⁵³ Traducción libre. MATHISEN, Karoline. Op. cit., p. 56.

²⁵⁴ Ibid.

Finalmente, es preciso señalar que hay quienes no creen probable que la CDFUE, tras haber adquirido carácter vinculante, sea utilizada por el TJUE de una forma más audaz, en cuanto a innovar en la interpretación del Derecho comunitario. En este sentido, consideran, en cambio, que la adhesión de la UE al CEDH sí podría generar efectos significativos²⁵⁵. Sobre ello, volveremos más adelante, en el Capítulo III²⁵⁶.

6.3. Alcance de los derechos.

Tal como se señalara más arriba, la CDFUE tuvo como objetivo primordial, desde su concepción, la codificación del acervo europeo en materia de derechos humanos, buscando darle mayor visibilidad en el contexto de la UE. En efecto, resulta razonable que la Convención redactora de la CDFUE pretendiera incluir ciertas disposiciones tendientes a asegurar el correcto alcance e interpretación de los derechos reconocidos en ella, para que éstos, en último término, guarden armonía con sus fuentes inspiradoras.

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 52 CDFUE, siendo objeto de ciertas agregaciones tras la actualización que sufrió la CDFUE en el año 2007. Por una parte, se modificó su título, pasando de “Alcance de los derechos garantizados”, a “Alcance e interpretación de los derechos y principios”. Por otra, se agregaron a los tres primeros numerales originales

²⁵⁵ SYRPIS, Phil. Op. cit., pp. 232-234.

²⁵⁶ Véanse, más abajo, pp. 177 y ss.

otros cuatro adicionales, todos los cuales abordaremos separadamente, a continuación.

A continuación, presentaremos las diversas materias reguladas en este artículo, todas atinentes a establecer la manera idónea para determinar el alcance e interpretar los derechos contenidos en la CDFUE.

6.3.1. Derechos reconocidos por los Tratados de la Unión Europea.

Según lo prescrito por el artículo 52.2 CDFUE, “los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos”.

Conforme a ello, en la medida que los derechos consagrados por la CDFUE provengan de los Tratados de la Unión²⁵⁷, éstos se regirán por dichos Tratados, prevaleciendo sus disposiciones por sobre las exigencias generales impuestas por la CDFUE. De lo anterior, es posible concluir que, “respecto de estos derechos puede decirse que la Carta se limita a una confirmación <<neutral>>

²⁵⁷ Por ejemplo, el derecho a la libre circulación de bienes (artículo 28 y ss. TFUE), y ciertos derechos de la ciudadanía de la Unión (artículo 20 TFUE), a saber: de libre circulación de personas; de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan; de formular peticiones a las instituciones y órganos consultivos de la Unión; y de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo. Por otra parte, cabe hacer notar que la CDFUE no recoge todos los derechos consagrados en los Tratados constitutivos, como ocurre con el nuevo derecho de los ciudadanos a formular propuestas de iniciativa legislativa (artículo 11 TUE). Véase: JIMENA, Luis. Op. cit. (2009a), p. 73.

del *status quo*, sin ninguna consecuencia en relación con una mayor o menor protección de lo ya existente”²⁵⁸.

6.3.2. Derechos reconocidos por el CEDH.

El artículo 52.3 CDFUE dispone que “en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el [CEDH], su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.²⁵⁹

Esta disposición consagra un umbral mínimo de protección respecto de los derechos provenientes del CEDH²⁶⁰, de manera que el resguardo conferido por dicho instrumento constituye una base que puede ser mejorada por la Carta²⁶¹. Así, al tiempo que la CDFUE resguarda su propia autonomía e independencia frente a otros instrumentos, asegura también el sustrato elemental de los derechos recogidos²⁶².

Por otra parte, la existencia de esta norma se explica por el riesgo de una reducción del nivel de protección garantizado por el CEDH, así como de

²⁵⁸ LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 103.

²⁵⁹ Para determinar aquellos derechos que corresponden al CEDH, así como el sentido y el alcance en que fueron de allí recogidos, consúltese las Explicaciones de cada disposición de la CDFUE en cuestión.

²⁶⁰ Cabe aclarar que, conforme indican las Explicaciones del Artículo 52.3 CDFUE, “la referencia al CEDH se refiere tanto al Convenio como a sus Protocolos”. Véase: UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2007a), p. 33.

²⁶¹ MANGAS, Araceli. Op. cit. (2008), p. 27.

²⁶² LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 104.

interpretaciones divergentes entre el TJUE y el TEDH²⁶³. Lo anterior, debido a que la CDFUE, por un lado, recogió ciertos derechos del CEDH a través de enunciados simples y actualizados, sin hacer una copia idéntica de su redacción original²⁶⁴; y por otro, no replicó la técnica del CEDH de establecer excepciones o limitaciones específicas para cada derecho, sino que consagró una sola regla limitativa general.

Ahora bien, resulta interesante notar que, buscando resguardar la autonomía de la CDFUE, esta disposición omitió referirse acerca del valor que ha de proveerse a la jurisprudencia del TEDH acerca de la interpretación de los derechos señalados²⁶⁵. Al respecto, el Preámbulo de la CDFUE entrega cierta luz al señalar que la UE “reafirma (...) los derechos que emanan, en particular, (...) de la jurisprudencia (...) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Ahora bien, una clara respuesta a esta cuestión la encontramos en la Explicaciones de esta norma, la cual aclara que “el sentido y alcance de los derechos garantizados se determinan no sólo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”.

Finalmente, es menester recordar que, conforme al artículo 6.3 TUE, los derechos contenidos en el CEDH, al mismo tiempo, constituyen parte del

²⁶³ ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2002), p. 498.

²⁶⁴ LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 103.

²⁶⁵ LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 104.

Derecho de la Unión como principios generales, de manera que son directamente aplicables, sin perjuicio que algunos de ellos sean también recogidos por la CDFUE.

6.3.3. Derechos provenientes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Conforme al nuevo artículo 52.4 CDFUE, “en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”.

Esta disposición fue introducida en la reforma a la CDFUE del año 2007, buscando limitar la capacidad interpretativa del TJUE respecto de estos derechos, restringiéndolo a la protección concedida por las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Sin embargo, la vaguedad de su redacción reduciría la posibilidad que dicha disposición surta tal inhibición²⁶⁶. En particular, a diferencia de lo que ocurre respecto de los derechos provenientes de los Tratados constitutivos o del CEDH, pareciera que acá el TJUE ha sido empoderado con un alto grado de discrecionalidad para determinar el nivel de protección de un derecho en el caso concreto, quedando a su criterio determinar el nivel de “armonía” existente entre las tradiciones

²⁶⁶ GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., pp. 8 y 9.

constitucionales de los Estados miembros, mediante un análisis de Derecho comparado²⁶⁷.

6.4. Interpretación de los derechos.

6.4.1. Distinción entre derechos y principios.

Según el nuevo Artículo 52.5 CDFUE, “las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por los actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”.

La diferenciación entre derechos y principios efectuada implícitamente por la norma recién citada, es aludida también en el Artículo 6.1 TUE, al proveer la obligatoriedad jurídica de la CDFUE, y en el Artículo 51.1 CDFUE, al prescribir que los derechos deban ser “respetados” y, los principios, “observados”. La base teórica para dicha distinción surge de la teoría desarrollada por Robert

²⁶⁷ ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2007), p. 268.

Alexy, según la cual los derechos fundamentales pueden ser formulados como derechos subjetivos, o bien, como meros bienes colectivos²⁶⁸.

Conforme aclaran las Explicaciones del Artículo 52.5 CDFUE, sólo las disposiciones formuladas en la forma de derechos (subjetivos) resultan jurídicamente exigibles ante los tribunales, aún sin necesidad de actos legislativos de implementación²⁶⁹. En cambio, los enunciados formulados en la forma de principios no dan lugar a exigencias positivas frente a las instituciones de la Unión o a las autoridades de los Estados miembros. Sin embargo, nada impide que puedan ser concretizados mediante actos legislativos o ejecutivos (adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados

²⁶⁸ MENÉNDEZ, A. J. *Some elements of a theory of European fundamental rights*. En: MENÉNDEZ, A. J. y ERIKSEN, E.O. (Eds.). *Arguing Fundamental Rights*. Springer, 2006, p. 163; citado en: KINGJSEPP, Margus. 2012. *The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights*. *Juridica Internacional*, XIX:49-58, p. 53.

²⁶⁹ Las Explicaciones del Artículo 52.5 CDFUE señalan lo siguiente: "El apartado 5 aclara la distinción entre «derechos» y «principios» reconocidos en la Carta. Según esta distinción, los derechos subjetivos deberán respetarse, mientras que los principios deben observarse (apartado 1 del artículo 51). Los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos (adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados miembros solamente en aplicación del Derecho de la Unión); por consiguiente, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros, lo que es coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase en particular la jurisprudencia sobre el «principio de cautela» que figura en el apartado 2 del artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002 en el asunto T-13/99, Pfizer contra Consejo, que contiene numerosas referencias a la jurisprudencia anterior, así como una serie de sentencias sobre el artículo 33 (antiguo artículo 39) sobre los principios de la legislación agrícola, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 265/85, Van den Berg, Rec. 1987, p. 1155: control del principio de estabilización de mercados y de confianza legítima) como con el planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los «principios», en particular en el ámbito del Derecho social. A título ilustrativo, ejemplos de principios reconocidos por la Carta incluyen, entre otros, los artículos 25, 26 y 37. En determinados casos, un artículo de la Carta puede incluir elementos que se derivan de un derecho y de un principio, por ejemplo, los artículos 23, 33 y 34". Véase: UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2007a), p. 35.

miembros solamente en aplicación del Derecho de la Unión), en cuyo caso el principio en cuestión producirá efectos jurídicos indirectos, operando como un criterio importantes para la interpretación o revisión de dichos actos por los tribunales²⁷⁰.

En otras palabras, los principios contenidos en ciertas disposiciones de la CDFUE, por sí mismos, no consagran derechos subjetivos, y sólo deben ser considerados como meros objetivos programáticos dirigidos a las autoridades legislativas y ejecutivas²⁷¹. Sin implementación legislativa, tales garantías no producen efectos jurídicos directos y, en consecuencia, los individuos no podrán fundar en ellos posibles acciones judiciales para exigir acceso a una determinada prestación²⁷².

Ahora bien, la CDFUE no distingue claramente cuáles derechos fundamentales en particular han sido formulados como derechos (subjetivos) y como meros principios²⁷³. En cambio, únicamente clasifica las garantías en seis Títulos de inédita denominación²⁷⁴ que, por lo demás, no responden a la histórica clasificación basada en generaciones de derechos, en que

²⁷⁰ GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 7.

²⁷¹ KINGJSEPP, Margus. Op. cit., p. 53.

²⁷² GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 7.

²⁷³ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009a), p. 74.

²⁷⁴ Véase, más arriba, pp. 88-90.

tradicionalmente se ha dicho que los derechos económicos y culturales no son directamente exigibles²⁷⁵.

Para algunos, el artículo 52.5 CDFUE perseguiría justamente evocar la distinción entre derechos de primera y segunda generación, de manera que estos últimos se asimilarían al concepto de “principios”, careciendo, en su mayoría, de justiciabilidad²⁷⁶. No obstante, lo cierto es que existen derechos económicos y sociales que sí resultan directamente exigibles, tales como el derecho de negociación y de acción colectiva (artículo 28 CDFUE)²⁷⁷.

En virtud de lo anterior, para averiguar el carácter con que ha sido formulada cierta disposición de la CDFUE, resultaría más preciso atender a la forma en que se encuentra redactada toda o parte de la disposición en cuestión, de manera de dilucidar si la intención fue la de consagrar un derecho (subjetivo), o bien, un mero principio²⁷⁸. En este sentido, podrían servir como guía los ejemplos contenidos en las Explicaciones de la CDFUE sobre el artículo 52.5, según los cuales constituyen meros principios, las disposiciones referidas a los

²⁷⁵ Véase, más arriba, pp. 14 y ss. y, especialmente, nota nº 16.

²⁷⁶ CRAIG, P. y DE BÚRCA, G. *Human Rights in the EU. En: EU Law. Text, cases, and materials*. 2011, p. 398; citado en: DE VRIES, Sybe. Op. cit., p. 184. Véase, también: GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 7.

²⁷⁷ Ibid. Téngase en consideración que, conforme indican las Explicaciones sobre el artículo 28 CDFUE, el derecho de negociación y de acción colectiva ha sido reconocido por el TEDH como uno de los elementos del derecho de sindicación establecido en el artículo 11 CEDH, derecho al que alude el autor recién citado entre aquellos directamente exigibles ante tribunales. Véase: UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2007a), p. 26.

²⁷⁸ KINGJSEPP, Margus. Op. cit., p. 53. Siguiendo dicha aproximación, el autor concluye luego que la protección de los consumidores (artículo 38 CDFUE) constituye, sin dudas, un mero principio, toda vez que su redacción no describe un derecho que pertenezca a alguien en particular, sino que se refiere a una política de la Unión.

derechos de las personas mayores (artículo 25 CDFUE), a la integración de las personas discapacitadas (artículo 26 CDFUE) y a la protección del medio ambiente (artículo 37 CDFUE); al tiempo que, otras disposiciones, incluyen algunos elementos que se derivan de un derecho y, otros, de un principio: por ejemplo, las referidas a la igualdad entre mujeres y hombres (artículo 23 CDFUE), a la vida familiar y vida profesional (artículo 33 CDFUE) y a la seguridad social y ayuda social (artículo 34 CDFUE).

Por último, desde el punto de vista de los derechos humanos, es menester advertir la inconveniencia de la distinción entre derechos (subjetivos) y principios, toda vez que envuelve una suerte de jerarquización de los derechos fundamentales y, con ello, una indeseable excepción al principio de indivisibilidad, interdependencia e igual valor de los mismos²⁷⁹.

6.4.2. Consideración de las legislaciones y prácticas nacionales.

El nuevo artículo 52.6 CDFUE prescribe que, en la determinación del alcance y en la interpretación de los derechos y principios, “se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta”.

Ahora bien, la disposición recién citada no aporta novedad alguna, toda vez que constituye una reiteración innecesaria de lo ya establecido en algunos

²⁷⁹ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009a), pp. 73 y 74.

de los derechos consagrados en el Título IV “Solidaridad” de la CDFUE ²⁸⁰, los cuales, atendido el principio de subsidiariedad, deben entenderse “de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”. En efecto, tales derechos deberán ser implementados por las instituciones de la UE y por los Estados miembros, e interpretados por los tribunales competentes, de conformidad con el Derecho de la Unión y a la luz de la legislación y práctica del Estado en cuestión²⁸¹.

6.4.3. Explicaciones sobre la interpretación de la CDFUE.

Teniendo presente que el objetivo primordial de la CDFUE consistió en codificar, sistematizar y reunir en un solo catálogo los derechos fundamentales que conformaban el acervo europeo, la Convención redactora elaboró un documento –las “Explicaciones”- donde se indican las fuentes inspiradoras de cada disposición de la CDFUE, aunque de una manera no exhaustiva ni muy elaborada²⁸² e, incluso, a veces confusa²⁸³. Luego, ellas fueron actualizadas

²⁸⁰ Dicha referencia es realizada en los artículos 27 (derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa), 28 (derecho de negociación y de acción colectiva), 30 (protección en caso de despido injustificado), 34 (seguridad social y ayuda social), 35 (protección de la salud) y 36 (acceso a los servicios de interés económico general). Véase: UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2012b), pp. 397-399.

²⁸¹ Véanse: DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2009), pp. 128 y 129; y GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 8.

²⁸² DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2009), p. 125.

²⁸³ Para Luis Jimena, “las explicaciones, lejos de aclarar, incluso dan pie a interpretaciones sesgadas, en algunos casos con redacción más avanzada o benévola que la fuente inspiradora y en otros supuestos con texto más regresivo o restrictivo que dicha fuente. Lo ilustraré suministrando dos ejemplos: así, el artículo 2 CDFUE reconoce el derecho a la vida añadiendo que «nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado»; es decir, es totalmente

bajo la responsabilidad de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción el texto de la CDFUE realizadas por la Convención (en particular, los artículos 51 y 52) y de la evolución del Derecho de la Unión.

Ahora bien, aun cuando no tienen por sí mismas valor jurídico²⁸⁴, sí constituyen un valioso instrumento de interpretación destinado a aclarar las

abolicionista (como lo es el Protocolo n.º 13 al Convenio Europeo sobre dicha disposición reconduce la fuente de inspiración al artículo 2 CEDH y al Protocolo n.º 6 a dicho Convenio, cuando ese artículo 2 permite la pena de muerte en «tiempo ordinario» y el Protocolo n.º 6 le da cobertura en tiempos de guerra. Al contrario, la formulación del artículo 25 CDFUE (*derechos [de] las personas mayores*) es más genérico y aséptico que la fuente inspiradora mencionada en las Explicaciones (el artículo 23 de la Carta Social Europea revisada, que incluye no sólo la faceta participativa, sino también y sobre todo la vertiente de protección social a dichas personas)” (véase: JIMENA, Luis. *La Op. cit.* (2009a), pp. 73 y 74). Asimismo, cabe agregar la problemática que genera que las Explicaciones utilicen como elementos de interpretación de ciertos derechos, instrumentos jurídicos de los que no son partes la UE ni algunos o muchos de sus Estados miembros (por ejemplo, así ocurre con las Explicaciones del artículo 31 CDFUE, las cuales aluden al artículo 26 CSEr para explicar el concepto de dignidad en el trabajo (véase: MANGAS, Araceli. *Op. cit.* (2010), p. 127).

²⁸⁴ Aún cuando así se señala expresamente al comienzo de las Explicaciones, persisten dudas legítimas acerca del real valor jurídico de las referidas Explicaciones, atendido lo prescrito por el nuevo artículo 6.1 (3) TUE, el cual establece, en términos imperativos, que las disposiciones de la Carta “se interpretarán (...) teniendo debidamente en cuenta las explicaciones...” (véase: MATHISEN, Karoline. *Op. cit.*, p. 24, nota al pie nº 91). Al respecto, algunos autores consideran que la norma recién citada sugiere que los tribunales “deben” atender a las Explicaciones cuando interpreten las disposiciones de la Carta, aún cuando por sí mismas no constituyan derecho (véase: GROUSSOT, Xavier, PECH, Laurent y PETURSSON, Gunnar. 2011. *The Reach of Fundamental Rights on Member State Action Post Lisbon Treaty. En: The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States’ Action: In Search of Certainty in EU Adjudication. Eric Stein Working Paper*, N° 1/2011, pp. 19 y 20). Quizás por eso hay quienes sostienen, sin más, que la Explicaciones constituyen un “criterio interpretativo vinculante de la Carta” (véase: TAJADURA, Javier. *Op. cit.*, p. 21). Por último, cabe destacar que el TJUE, conociendo de un caso en que debía determinar el alcance del artículo 47(2) CDFUE y su correspondencia con el CEDH, estuvo por sostener que, con arreglo al artículo 6.1(3) TUE y al artículo 52.7 CDFUE, “las explicaciones (...) *deben* tenerse en cuenta para la interpretación de ésta (la Carta)” (Enfasis añadido. Véase: TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. [s.a.] Sentencia de 22 de diciembre de 2010, en caso *DEB*, C-279/09, apartado 32. [en línea] <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db9980660cbc254519a6a5b7a4255884e6.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLbNb0?text=&docid=83452&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=505410>> [consulta: 05 julio 2013]).

disposiciones de la CDFUE ²⁸⁵, las que fueron redactadas de una manera más sencilla que sus fuentes y, por ello, potencialmente vaga²⁸⁶. Al respecto, el nuevo artículo 52.7 CDFUE, reiterando innecesariamente lo prescrito en el nuevo artículo 6.1 (3) TUE, establece que “las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”.

La incorporación de los artículos 52.7 CDFUE y artículo 6.1 (3) TUE, al igual que otras disposiciones nuevas, han pretendido limitar los alcances de la CDFUE al mérito de las fuentes enunciadas en las Explicaciones, como contrapeso a su entrada en vigencia como texto obligatorio²⁸⁷. No obstante ello, Luis Jimena considera que, atendidas las deficiencias de las Explicaciones, así como la existencia de otros principios de interpretación, los tribunales preferirán fundamentar sus decisiones recurriendo “directamente a las fuentes inspiradoras antes que a las exégesis (acertadas o no) realizadas por los redactores de la CDFUE con respecto a cada fuente”²⁸⁸.

²⁸⁵ UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2007a), p. 17.

²⁸⁶ MORIJN, John. *Judicial Reference to the EU Fundamental Rights Charter - First Experiences and Possible Prospects*. Coimbra Human Rights Centre Working Paper (No. 1), 2002, pp. 23 y 24; citado en: MATHISEN, Karoline. Op. cit., p. 18.

²⁸⁷ DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2011), p. 1781. Al respecto, algunos consideran inconveniente restringir la función interpretativa de los órganos jurisdiccionales por lo interpretado por un órgano político, como lo es la Convención que redactó la Carta. Véase: MANGAS, Araceli. Op. cit. (2010), p. 127.

²⁸⁸ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009a), p. 79.

6.5. Nivel de protección.

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 53 CDFUE, el cual establece lo siguiente:

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

La disposición citada consagra el principio del estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales, según el cual es posible desatender una disposición de la CDFUE en aras de una mayor protección proveída por otro instrumento jurídico respecto de un derecho en particular²⁸⁹. De esta manera, se busca “evitar interpretaciones restrictivas y potenciar las más favorables a la protección de los derechos fundamentales”²⁹⁰, de manera que no existan estándares normativos estancos y que la protección de los derechos varíe según la competencia normativa nacional o comunitaria²⁹¹.

Conforme advierte Ricardo Alonso²⁹², hay autores que cuestionan la utilidad de la comparación entre diversos niveles de protección de derechos

²⁸⁹ ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2002), p. 507.

²⁹⁰ MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Op. cit. (2010), p. 135.

²⁹¹ MANGAS, Araceli. Op. cit. (2008), pp. 28 y 29.

²⁹² ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2002), p. 508.

fundamentales por considerarla impracticable. Por un lado, dado que normalmente implica ponderar diversos derechos en juego. Por otro, porque la cuestión no es tan sólo acerca de derechos, sino sobre valores: derechos delimitados por el interés general; de manera que la comparación entre niveles de protección se vuelve imposible cuando los ordenamientos sustentan valores diversos.

No obstante, Alonso considera que la cuestión acerca de los derechos fundamentales es, en esencia, un conflicto entre los derechos individuales frente a la autoridad pública. Conforme a ello, en aplicación del criterio del estándar mínimo de protección, habrá de privilegiarse el instrumento que presente el mayor grado de exigencias a favor del individuo y no de la autoridad pública, indistintamente de cuan respaldada en el interés general aparezca esta última²⁹³.

Por último, es menester destacar que, si bien las disposiciones del estilo son habituales en los instrumentos de protección de derechos fundamentales, en el caso particular de la CDFUE se genera un inconveniente interesante. El Derecho de la Unión pretende homogenizar las legislaciones nacionales en aras de hacer posible la integración regional, lo cual explica, en los ámbitos de

²⁹³ ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2002), pp. 508 y 509.

su competencia, su jerarquía sobre estas últimas²⁹⁴. No obstante, en aquellos casos en que la legislación nacional de un Estado miembro otorgue una protección más amplia que la propia CDFUE, cabe preguntarse si acaso es posible que la aplicación del estándar mínimo de protección pueda mermar el principio de supremacía del Derecho de la Unión²⁹⁵. Frente a ello, Ricardo Alonso e Isabel Lirola concuerdan que la solución pasa por el TJUE, mediante “<<una interpretación de la Carta por elevación>> y centrada <<no tanto en una defensa abstracta de la uniformidad del Derecho Comunitario frente a la diversidad que puedan representar los derechos nacionales, como de una defensa de los concretos derechos de los individuos>>”²⁹⁶.

6.6. Prohibición del abuso del Derecho.

Brevemente, vale mencionar que el artículo 54 CDFUE, norma de cierre de las disposiciones generales de la CDFUE, recogiendo lo estatuido en el CEDH (artículo 17)²⁹⁷, establece una cláusula interpretativa que prohíbe el abuso del derecho, esto es, “contra un posible uso “antisistémico” de los derechos y libertades declarados en la Carta”²⁹⁸.

²⁹⁴ ALONSO, Ricardo. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Gaceta Jurídica de la Unión Europea (209), septiembre-octubre 2000, pp.15-16; citado en: LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 104.

²⁹⁵ LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 105.

²⁹⁶ LIROLA, Isabel. Op. cit., p. 105, citando a: ALONSO, Ricardo. Op.cit. (2000), pp.15 y 16.

²⁹⁷ UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2007a), p. 35.

²⁹⁸ ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2002), p. 509.

A continuación, la disposición a que referimos:

“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta”.

7. Protocolo sobre la aplicación de la CDFUE a Polonia y al Reino Unido.

No obstante la claridad de las disposiciones generales de la CDFUE, Polonia y el Reino Unido –en adelante, “Estados firmantes”-, preocupados por las consecuencias de la entrada en vigencia obligatoria de la CDFUE, suscribieron un controvertido Protocolo nº 30 anexo a los Tratados constitutivos, destinado a precisar determinados aspectos sobre la aplicación de la CDFUE respecto de tales Estados.

El Reino Unido, promotor de este Protocolo, se ha resistido siempre a otorgarle carácter vinculante a la CDFUE, basado en el rechazo al reconocimiento de derechos de segunda generación, a la suprallegalidad subyacente a un catálogo de derechos obligatorio y al carácter federalizante que dicha obligatoriedad imprimiría a la integración europea²⁹⁹. En efecto, ante la inminente entrada en vigencia de la CDFUE, negoció la inclusión de este Protocolo, al cual se adhirió Polonia y, luego, ha intentado sumarse República Checa, hasta ahora sin éxito.

²⁹⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Constitucionalismo de la Unión Europea*. Madrid, Civitas, 2002, p. 22; citado en: ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. *Op. cit.* (2008), p. 154.

Para el Reino Unido, lo central ha sido evitar el reconocimiento de la exigibilidad de los derechos económicos y sociales, previniendo que la CDFUE otorgue a los Tribunales poderes nuevos para derogar o reinterpretar el Derecho británico y, en último término, resguardar así su legislación laboral y social³⁰⁰. En esta línea, habiendo ratificado la CSE del año 1961 un año después de su suscripción (no así la CSEr)³⁰¹, ha sido renuente a ratificar el Protocolo Adicional (1995) que establece un control administrativo por parte del CEDS, mediante un sistema de reclamaciones colectivas³⁰². Por último, cabe notar que, en su momento, la fallida Constitución Europea no contempló un Protocolo similar, lo que hace pensar que su promoción por el Reino Unido se ha debido a una estrategia política tendiente a desligar al Tratado de Lisboa de toda apariencia constitucional, evitándose así la necesidad de ratificarle mediante un referéndum interno³⁰³.

Por su parte, Polonia decidió aferrarse a este Protocolo buscando enfatizar su competencia exclusiva para legislar en el ámbito de la moral pública, del Derecho de familia, así como de la protección de la dignidad humana y del

³⁰⁰ HOUSE OF LORDS, EUROPEAN SCRUTINY COMMITTEE. *European Union Intergovernmental Conference: Government Responses to the Committee's Thirsty-fifth Report of Session 2006-7 and the Committee's Third Report of Session 2004-08*, 12 de diciembre de 2007, p. 3; citado en: ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 154.

³⁰¹ Sobre la CSE y la CSEr, véase, más arriba, pp. 29 y ss.

³⁰² Véase, más arriba, pp. 35 y ss.

³⁰³ Véanse: ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2010), p. 308; CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., pp. 48-49; y DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2009), p. 129.

respeto de la integridad humana física y moral³⁰⁴. Sin embargo, a diferencia del Reino Unido, Polonia ha declarado expresamente reconocer y respetar los derechos sociales y del trabajo y, en particular, los reafirmados en el Título IV “Solidaridad” de la CDFUE³⁰⁵.

Aun cuando el Reino Unido y Polonia aparecían preocupados por el respeto del principio de atribución de competencias y el autocontrol judicial en la correcta interpretación de la CDFUE³⁰⁶; en el fondo, el primero, pretendía resguardar su propia visión sobre los derechos sociales y laborales, mientras que, el segundo, aspiraba a tutelar su visión sobre la moralidad pública³⁰⁷. Sin embargo, resulta cuestionable la utilidad de este Protocolo para dichos propósitos³⁰⁸.

³⁰⁴ Declaración nº 61, suscrita por Polonia, relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Véase: UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2012a), p. 358.

³⁰⁵ Declaración nº 62, suscrita por Polonia, relativa al Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido. Véase: Ibid.

³⁰⁶ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009a), p. 77,

³⁰⁷ GIORGI, Florence. Op. cit., p. 8.

³⁰⁸ Al respecto, siguiendo a Florence Giorgi, es posible argumentar que la CDFUE no resulta peligrosa para los derechos sociales y laborales británicos, ni para la moralidad pública polaca. Por ejemplo, respecto a lo primero, “el [TJUE] ya ha usado la disposición de la Carta sobre el derecho a huelga... pero para limitar su ejercicio” (no para ampliarlo). En cuanto a lo segundo, “hasta donde sabemos, la Carta no ha creado ningún nuevo derecho para parejas homosexuales. Polonia tiene una definición constitucional del matrimonio que comprende exclusivamente a parejas heterosexuales. La Unión Europea no tiene competencias generales en el área del Derecho de familia, pero las consecuencias prácticas de la libertad comunitaria de circulación de trabajadores puede también tocar a sus “familias”. Y Polonia, bajo la obligación de respetar la Directiva del Consejo, a la luz del derecho a la reunificación familiar, no podría usar el Protocolo y la declaración sobre moralidad pública para evadir el reconocimiento de los derechos de parejas homosexuales casados o no casados en el área del Derecho de la Unión”. Véase: Ibid.

Por último, la República Checa celebró la Declaración nº 53, en la cual presenta sus aprensiones hacia la CDFUE, en cuanto al respeto de los principios de subsidiariedad, la atribución de competencias, el respeto de las constituciones nacionales y los acuerdos internacionales³⁰⁹. Además, condicionó la firma del Tratado de Lisboa a que se le extendieran los efectos del Protocolo referido, bajo el argumento de evitar que los alemanes expulsados de su territorio al término de la Segunda Guerra Mundial, reclamaran los bienes que les fueron expropiados en ese entonces³¹⁰. Preocupación injustificada, por cuanto aquello no guarda relación alguna con el Derecho de la Unión³¹¹. Sin perjuicio de ello, el Consejo Europeo aceptó y convino que, al momento de suscribirse un próximo tratado de adhesión, se aprovecharía la ocasión para incorporar a la República Checa al Protocolo referido³¹². No obstante, ello no se concretó al momento de la adhesión de Croacia a la UE, el 1 de julio de 2013, y no existe certeza si acaso algún día acontecerá, pues el procedimiento para modificar el Protocolo se encuentra detenido, a la espera que el Parlamento checo ratifique el Protocolo en

³⁰⁹ PARLAMENTO EUROPEO. 2013a. Informe sobre el proyecto de Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la República Checa (artículo 48, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea) (A7-0174/2013). [en línea] Comisión de Asuntos Constitucionales, ponente: Andrew Duff, p. 10. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0174+0+DOC+XML+V0//ES>> [consulta: 14 junio 2013].

³¹⁰ TAJADURA, Javier. Op. cit., p. 35.

³¹¹ MCDERMOTT, Ivonne. 2010. *Human Rights and the Lisbon Treaty: Consensus or Conditionality?* *Whittier Law Review*, 31(4), p. 751.

³¹² PARLAMENTO EUROPEO. Op. cit. (2013a), p. 5.

cuestión, en consideración a que el Senado checo ya ha expresado su rechazo a éste, debido al menoscabo que produciría a los derechos fundamentales de sus ciudadanos³¹³.

La doctrina ha discutido largamente acerca del verdadero sentido de dichas disposiciones y, subsecuentemente, sobre la naturaleza jurídica de este Protocolo. Por un lado, hay quienes lo consideran una verdadera excepción –*opt out*– a la aplicación de la CDFUE respecto de los Estados firmantes³¹⁴. Según esta posición, los ciudadanos que se encuentran en dichos Estados gozarían de una protección inferior a la del resto de los ciudadanos comunitarios³¹⁵. Por otro lado, están aquellos que entienden este Protocolo

³¹³ En razón de lo anterior, el Parlamento Europeo ha sugerido al Consejo Europeo, recientemente, no examinar la adhesión de la República Checa al Protocolo nº 30. Véase: PARLAMENTO EUROPEO. 2013b. Resolución de 22 de mayo de 2013, sobre el proyecto de Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la República Checa (artículo 48, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea) (P7_TA(2013)0209). [en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0209&language=ES&ring=A7-2013-0174>> [consulta: 17 junio 2013].

³¹⁴ Entre ellos, véanse: MANGAS, Araceli. Op. cit. (2008), p. 23; JIMENEZ, Francisco. Op. cit., p. 38; MCDERMOTT, Ivonne. Op. cit., p. 748; y TAJADURA, Javier. Op. cit, pp. 26, 31-34. En particular, cabe destacar que este último autor considera que el Protocolo en comento debiera ser declarado nulo, toda vez que, al privar de efectos a la CDFUE respecto de ciertos Estados miembros, vulnera las disposiciones de la misma, las cuales constituyen normas integrantes del Derecho primario de la UE (artículo 6.1 TUE). Además, véase los autores citados en ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 155, nota 35, a saber: FERNÁNDEZ, Antonio. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su alcance y eficacia generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia, en: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.). El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional. Madrid, lustel, 2008, pp. 119-149; GRPS-VERHEYDE, Nicolás. *Une Charte à valeur juridique variable. Europolitique*, núm. 3407, 7 de noviembre de 2007, p. 13; y PASTOR, Antonio. La regla *inclusio unius, exclusio alterius* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, Reino Unido y otros. En: MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.). El Tratado de Lisboa. Op.cit., pp. 159-178.

³¹⁵ ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 156.

como una mera declaración aclaratoria de lo ya estatuido en las disposiciones generales de la CDFUE, por lo que éste no importaría una excepción al régimen de aplicación de la misma³¹⁶. En esta posición encontramos al Parlamento Europeo³¹⁷ y al Comité relativo a la Constitución de la Cámara de los Lores del Reino Unido³¹⁸.

Según indica su preámbulo, el Protocolo tiene por objeto “precisar” determinados aspectos de la aplicación de la CDFUE, según la cual se “reafirman” los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión, a los que otorga mayor visibilidad. Las disposiciones del Protocolo señalan lo siguiente:

“Artículo 1

1. La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún otro órgano jurisdiccional de Polonia o de Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma.

³¹⁶ Véanse: JIMENA, Luis. Op. cit. (2009a), p. 68; GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., pp. 8 y 9; CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 48; y DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2009), p. 125.

³¹⁷ PARLAMENTO EUROPEO. Op. cit. (2013b). s.n., párrafo J. Sobre el particular, nótese que el Parlamento Europeo ha sido cambiante en su posición respecto al alcance de este Protocolo, puesto que, en un comienzo, se refería a él como un texto limitativo de la Carta. Al respecto, véase: PARLAMENTO EUROPEO. 2008. Resolución sobre el Tratado de Lisboa, de 20 de febrero de 2008 (A6-0013/2008), punto 6. [en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008-0055&language=ES&ring=A6-2008-0013>> [consulta: 18 junio 2013].

³¹⁸ HOUSE OF LORDS, CONSTITUTION COMMEETTEE. 2008. *The Protocol concerning the United Kingdom and Poland*. En: *European Union (Amendment) Bill and the Lisbon Treaty: Implications for the UK Constitution*. The Stationery Office, pp. 21-23.

2. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional.

Artículo 2

Cuando una disposición de la Carta se refiera a legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicará en Polonia o en el Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia o del Reino”.

Cabe señalar que el TJUE no se ha pronunciado aún sobre los alcances generales de este Protocolo. No obstante, sí lo ha hecho respecto del correcto sentido del Artículo 1.1 del Protocolo, estableciendo que dicha disposición constituye una mera reiteración de lo ya enunciado en el Artículo 51 CDFUE (relativo al ámbito de aplicación), de manera que, por sí mismo, no significa una excepción a la vigencia de la CDFUE respecto de los Estados firmantes³¹⁹.

En cuanto a los alcances de los Artículos 1.2 y 2 del Protocolo, el TJUE no se ha pronunciado aún, de manera que la incertidumbre todavía permanece en esta forma. Es por ello que, a continuación, ofrecemos nuestra posición respecto al correcto sentido de dichos preceptos.

³¹⁹ Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011, en asuntos acumulados C-411/10 y C-493/10, párrafos 119 y 120. En este mismo sentido, véase las conclusiones de la Abogado General Verica Trstenjak, en su opinión de 22 de septiembre de 2011, en asunto C-411/10, párrafos 169 y 170.

En relación al Artículo 1.2, cabe notar que éste se refiere, en particular, a las disposiciones contempladas en el Título IV “Solidaridad” de la CDFUE³²⁰. Por un lado, establece que las disposiciones contenidas allí no “crean” nuevos derechos, de manera que simplemente confirma lo prescrito en el Artículo 51.1 CDFUE³²¹. Por otro lado, señala que dichas disposiciones, por sí mismas, no son exigibles judicialmente frente a los Estados firmantes del Protocolo, lo que es lo mismo que decir que todas éstas contienen únicamente meros principios³²².

Al respecto, cabe recordar que, conforme se sostuvo más arriba³²³, para determinar si un determinado derecho fundamental ha sido concebido como derecho (sujetivo) o como mero principio, habría que atender a la intención puesta en la redacción de cada artículo. Asimismo, según indican las Explicaciones de la CDFUE, en los Títulos III “Igualdad” y IV “Solidaridad” encontramos ciertas disposiciones que consagran verdaderos derechos (subjetivos), y otras, meros principios. De lo anterior, se sigue que, primero, no

³²⁰ Para el gobierno británico, la expresión “en particular” indicaría que lo expresado en el artículo 1.2 del Protocolo también sería aplicable a otras disposiciones de la CDFUE que contengan principios o expresamente limiten los derechos hasta donde sean reconocidos por la legislación nacional. Véase: HOUSE OF LORDS, CONSTITUTION COMMEETTEE. Op. cit., p. 22, párrafo 70.

³²¹ Conclusiones de la Abogada General Verica Trstenjak, en su opinión de 22 de septiembre de 2011, en el asunto C-411/10, párrafos 172 y 173. [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CC0411:ES:HTML>> [consulta: 05 julio 2013]. Al respecto, cabe aclarar que la Abogada General, al igual que el TJUE, en este caso no profundizó sobre los alcances de la disposición en comento, en razón de encontrarse ello fuera del objeto del asunto en cuestión (párrafos 174-176).

³²² Sobre la distinción entre derechos (subjetivos) y principios, véase, más arriba, pp. 109 y ss.

³²³ Véase, más arriba, pp. 112 y ss.

sólo el Título IV contiene principios y, segundo, que algunas de las disposiciones de dicho Título han sido también redactadas en la forma de derechos (subjctivos)³²⁴.

Por consiguiente, el citado Artículo 1.2 podría interpretarse en el sentido de resultar más restrictivo que el Artículo 52.5 CDFUE y sus Explicaciones: aún cuando una disposición del Título IV pueda estar redactada en la forma de un derecho (subjctivo), ella deberá ser tenida siempre como un mero principio respecto de los Estados firmantes, no siendo por sí misma exigible frente a éstos, sino en la medida que tales Estados legislen sobre la materia.

Ahora bien, cabe prevenir que tal interpretación no podría ser aplicable respecto de aquellas disposiciones que contengan derechos ya garantizados por el Derecho de la Unión con anterioridad al Tratado de Lisboa, respecto de los cuales la UE tenga competencias para legislar, sea o no que las haya ejercido³²⁵. Por tanto, fuera de tales casos, el Artículo 1.2 del Protocolo podría interpretarse como limitativo del alcance o efectos de la CDFUE respecto de Polonia y el Reino Unido.

Por último, el Artículo 2 del Protocolo pareciera simplemente reiterar lo ya dispuesto en el artículo 52.4 CDFUE y, especialmente, en el 52.6 CDFUE³²⁶; en el sentido que, cuando una disposición de la CDFUE se remita a las

³²⁴ Ibid.

³²⁵ GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 8.

³²⁶ PARLAMENTO EUROPEO. Op. cit. (2013a), p. 12.

legislaciones y prácticas nacionales, y suceda que las normas y prácticas polacas o británicas no reconozcan dichas garantías, éstas no serían exigibles frente a dichos Estados³²⁷. En otras palabras, aquellos derechos en los que la UE carezca de poderes legislativos, o éstos sean mínimos, serán garantizados en los casos y bajo las condiciones establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales³²⁸.

A modo de conclusión, creemos que únicamente el Artículo 1.2 del Protocolo podría eventualmente dar pie a una interpretación que restrinja los efectos de la CDFUE respecto de los Estados firmantes, en el sentido que todos los artículos contenidos en el Título IV “Solidaridad” de la CDFUE, independiente de sus redacciones, constituirían meros principios que, por sí mismos, no serían

³²⁷ GIORGI, Florence. Op. cit., p. 7. Sin embargo, persisten dudas acerca del real sentido de esta disposición, toda vez que las disposiciones de la CDFUE que se remiten a las legislaciones y prácticas nacionales, también se remiten al Derecho de la Unión (por ejemplo, el artículo 30 CDFUE establece que “todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, *de conformidad con el Derecho de la Unión* y con las legislaciones y prácticas nacionales” (énfasis añadido)). Conforme a tales disposiciones, cabría entender que, aún cuando no existan normas o prácticas de cierto Estado respecto al derecho en cuestión, bastaría que la normativa comunitaria regule tal derecho para que éste fuera aplicable frente a dicho Estado. Sin embargo, el artículo 2 del Protocolo podría interpretarse en el sentido de exigir siempre el reconocimiento del derecho en cuestión por la legislación y práctica polaca o británica, con el fin de que éste sea exigible frente a cada Estado, respectivamente. Sin embargo, debiera desestimarse una interpretación en este sentido, puesto que, en los hechos, significaría vulnerar el principio de supremacía del Derecho de la Unión, dando carta blanca a los Estados miembros para desentenderse de sus obligaciones comunitarias. Asimismo, se transgrediría lo prescrito expresamente en el artículos 51 y 53 CDFUE, así como lo declarado en el preámbulo del propio Protocolo en comento, en cuanto a que la CDFUE no altera en forma alguna las competencias atribuidas a la UE. Véase: DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2009), p. 128-129.

³²⁸ GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 9.

exigibles jurídicamente frente a Polonia³²⁹ y al Reino Unido. No obstante, como dijimos, dicha limitación no afectaría la aplicación de aquellas disposiciones de la CDFUE que consagran derechos (subjctivos) ya reconocidos por el Derecho de la Unión.

Por lo pronto, dada la ambigüedad en la redacción del Protocolo, habrá que esperar a que el TJUE se pronuncie acerca de los artículos restantes, de manera que, a través de su interpretación autorizada, imponga el criterio adecuado acerca de los verdaderos alcances de su conjunto³³⁰. Como fuere, de aceptarse la existencia de alguna excepción a los efectos de la CDFUE en beneficio de ciertos Estados miembros, habrá que preguntarse en qué medida este Protocolo, aceptando un régimen de integración diferenciada en materia de derechos fundamentales, afecta la dimensión constitucional de los mismos, la identidad de valores de la UE y, en último término, su propia legitimidad³³¹. Aunque el Protocolo fuera tenido como una mera aclaración del contenido de la CDFUE, su sola existencia muestra la dicotomía existente entre la retórica

³²⁹ Dicha conclusión podría verse desvirtuada respecto de Polonia, en razón de la Declaración nº 61 anexa a los Tratados constitutivos y suscrita por dicho Estado, por la cual declaró respetar los derechos de "Solidaridad" y, en especial, los establecidos en el Título IV de la Carta. Véase: UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2012a), p. 358.

³³⁰ Véanse: GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 9; ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 155; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2009), p. 129; y CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 48.

³³¹ Véanse: MANGAS, Araceli. Op. cit. (2008), p. 23; y MCDERMOTT, Ivonne. Op. cit., p. 748. Al respecto, Javier Tajadura sugiere que, en vez de habersele permitido a este Protocolo poner término a la dimensión universal de los derechos humanos, habría sido más conveniente haber invitado a abandonar la UE a los Estados suscriptores de éste. Véase: TAJADURA, Javier. Op. cit., pp. 15 (nota nº 13), 26 y 34.

sobre la unidad comunitaria y la comunión de valores, y las concepciones nacionales respecto a la idea de UE³³².

Finalmente, teniendo presente que el Protocolo de que hablamos aplica únicamente a la CDFUE, y aún en el caso que éste pueda ser interpretado como una excepción en favor de los Estados firmantes, vale destacar que todo lo acá discutido pierde trascendencia jurídica respecto de aquellos derechos de la CDFUE que, al mismo tiempo, constituyen principios generales del Derecho de la Unión, pues conforme al artículo 6.3 TUE, éstos serán siempre aplicables a Polonia y al Reino Unido, en los mismos términos que al resto de los Estados miembros de la Unión³³³.

8. Análisis crítico sobre la obligatoriedad jurídica de la CDFUE.

A continuación, de manera sucinta, presentaremos los diversos aspectos, tanto positivos como negativos, que la doctrina ha identificado en relación a la obligatoriedad jurídica de la CDFUE, introducida por el Tratado de Lisboa³³⁴.

³³² MCDERMOTT, Ivonne. Op. cit., p. 756.

³³³ Véanse: JIMENA, Luis. Op. cit. (2011), 300; GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 9; ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2010), p. 307; GIORGI, Florence. Op. cit., pp. 8 y 9; MATHISEN, Jacqueline. Op. cit., p. 23 (nota 90); MCDERMOTT, Ivonne. Op. cit., p. 748; CRAIG, P. *The Lisbon Treaty. Process, Architecture and Substance. European Law Review*, 33(2): 137-166, 2008, p. 163; citado en: CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 49; DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. Op. cit. (2009), pp. 124,128 y 129; y, por último, PARLAMENTO EUROPEO. Op. cit. (2013a), p. 12.

³³⁴ Para una revisión completa acerca de los efectos concretos producidos por la CDFUE a partir de su entrada en vigencia obligatoria, consúltense los Informes Anuales sobre la Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, publicados periódicamente por la Comisión Europea, a partir del año 2010; los cuales se encuentran disponibles en: COMISIÓN EUROPEA. 2013. *Annual Report on the application of the Charter*. [en línea]

Primeramente, en cuanto a los aspectos positivos, para quienes visualizan a la UE como una especie de Estado federal, se ha sostenido que la obligatoriedad de la CDFUE ha constituido un paso importante hacia la vocación federalista de la UE, postulada por Robert Schuman en 1950, como también hacia la constitucionalización de su ordenamiento jurídico, al añadir un sustrato dogmático a los Tratados constitutivos³³⁵, lo que es considerado el más significativo rescate sustancial del fallido Tratado Constitucional³³⁶. Así, se ha conseguido reforzar el rol de los derechos humanos como límite al poder público³³⁷, y ha resaltado el carácter político y democrático de la Unión, donde la protección de los derechos fundamentales es parte del contrato social europeo³³⁸. Asimismo, la existencia de un catálogo de derechos propio de la Unión ha incrementado la certeza jurídica del ordenamiento comunitario en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales³³⁹.

Desde el punto de vista sustantivo, para algunos, el mayor aporte de la CDFUE no se encuentra tanto en los derechos sustanciales recogidos desde otros instrumentos internacionales, sino en aquellos de corte instrumental, dirigidos a la defensa de otras garantías de las personas, tales como el

<http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/application/index_en.htm> [consulta: 02 octubre 2013].

³³⁵ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009a), pp. 64 y 65.

³³⁶ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009a), p. 82.

³³⁷ ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 148.

³³⁸ Véase: LIROLA, Isabel. Op. cit., pp. 109-110; ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 153.

³³⁹ MATHISEN, Karolin. Op. cit., p. 52.

derecho a una buena administración (artículo 41 CDFUE) o el “derecho a una buena justicia” (artículo 47 CDFUE)³⁴⁰. Por su parte, desde la perspectiva legislativa, la CDFUE se eleva también como un criterio relevante para evaluar y mejorar la técnica legislativa europea³⁴¹.

En cuanto a lo jurisdiccional, se avizoran diversas consecuencias positivas de la obligatoriedad de la CDFUE. Primero, aportará una mayor legitimidad a las decisiones del TJUE, en la medida que es probable que ahora fundamente sus decisiones directamente en ella, en vez de invocar fuentes externas³⁴². Un ejemplo en esa línea lo encontramos en la sentencia del caso *Volker & Schecke*³⁴³. Segundo, el TJUE podrá interpretar sus disposiciones con independencia y libertad, desarrollando interpretaciones innovadoras de cada derecho en el contexto de la UE, aunque siempre respetando sus disposiciones generales³⁴⁴. En este sentido, recuérdese lo dicho acerca de la posibilidad que

³⁴⁰ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009a), p. 76.

³⁴¹ JIMENA, Luis. Op. cit. (2009a), p. 69.

³⁴² MATHISEN, Karolin. Op. cit., pp. 52 y 58. Sin embargo, hay quienes sostienen que, a pesar de la obligatoriedad jurídica de la Carta, los tribunales nacionales y comunitarios continuarían remitiéndose a los instrumentos fuentes de la CDFUE para interpretar el alcance de los derechos y para identificar aquellos que constituyan principios generales del Derecho de la Unión. Véase: HOUSE OF LORDS, EU COMMITTEE. *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*. Vol. 1. Report, HL Paper 62-I, Marzo, 2008, p. 101; citado en: GIORGI, Florence. Op. cit., p. 9.

³⁴³ Sentencia de 09 de noviembre de 2010, en casos acumulados C-92/09 y C-93/09, en que el TJUE, a la luz de la Carta, evaluó la validez de una regulación comunitaria que requería la publicación de la información sobre los beneficiarios de una ayuda para la agricultura. Acá, el Tribunal sólo se refirió escuetamente al CEDH y resolvió el asunto en base a la Carta. Véase: PAHLADSINGH, A. y VAN ROOSMALEN, H.J.Th.M. *Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie één jaar juridisch bindend: rechtspraak in kart. Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, no. 2, 2011, p. 57; citados en: DE VRIES, Sybe. Op. cit., p. 186.

³⁴⁴ MATHISEN, Karolin. Op. cit., pp. 52 y 53.

el TJUE reformule la manera en que pondera los derechos fundamentales frente a las libertades económicas de la Unión³⁴⁵. Tercero, el TJUE verá reforzada su labor jurisprudencial “creadora”, al constatar que algún derecho de la CDFUE constituya, también, un principio general del Derecho de la Unión³⁴⁶. En último término, el TJUE podrá ahora pronunciarse, con carácter prejudicial, acerca de la correcta interpretación de la CDFUE, en aquellos casos en que se plantee una cuestión de esa naturaleza ante un tribunal nacional (Artículo 267 TFUE). De esta manera, los particulares podrán obtener un pronunciamiento por el TJUE en materia de derechos humanos en un tiempo menor al que posiblemente demoraría un pronunciamiento del TEDH³⁴⁷.

En lo que respecta a los aspectos negativos, hay quienes cuestionan la utilidad de que la UE cuente con un catálogo de derechos propio, en circunstancias que generaría una especie de duplicación de los derechos contenidos en el CEDH³⁴⁸, instrumento al que la CDFUE se remite

³⁴⁵ Véase, más arriba, pp. 98 y ss.

³⁴⁶ No obstante, hay quienes cuestionan que la CDFUE vaya a generar efectos más allá de los que venía produciendo hasta antes de su obligatoriedad. En ese entonces, la CDFUE ya era mencionada por el TJUE como una fuente para identificar ciertos derechos como principios generales del Derecho de la Unión y, en el contexto político actual, no existirían señales de que el TJUE fuera a usar la CDFUE de una manera más proactiva Véase: SYRPIS, Phil. Op. cit., pp. 231 y 232.

³⁴⁷ MATHISEN, Karolin. Op. cit., pp. 30 y 57.

³⁴⁸ TOTH, A. *The European Union and Human Rights: The Way Forward. Common Market Law Review*, 34, 1997, p. 501; citado en: VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 147.

constantemente –al igual que a la jurisprudencia del TEDH-, y respecto del cual la UE ahora tiene el mandato expreso de adherir³⁴⁹.

Por otra parte, algunos sostienen que su contribución a la legitimidad democrática de la UE³⁵⁰ se ha visto mermada, principalmente, por tres razones. En primer lugar, por la inexistencia de un pronunciamiento favorable de la ciudadanía respecto del contenido de la CDFUE, durante su proceso de redacción³⁵¹. En segundo lugar, dada la falta de precisión de ésta acerca de la identidad y alcance de los derechos reconocidos³⁵², atendida la complejidad de sus disposiciones generales³⁵³, así como la existencia de un Protocolo y diversas Declaraciones que parecieran querer suavizar y limitar sus efectos³⁵⁴. Por último, debido a la introducción, por el Protocolo nº 30, de un régimen de integración diferenciada en materia de derechos humanos, según el punto de vista de quienes ven dicho Protocolo como una excepción –*opt out*- al régimen general de la CDFUE, en favor de Polonia y del Reino Unido³⁵⁵.

Finalmente, hay quienes sostienen que se ha sido perjudicado el objetivo inicial de dar mayor visibilidad a la protección de los derechos humanos frente

³⁴⁹ GIORGI, Florence. Op. cit., p. 4.

³⁵⁰ Véanse: MENÉNDEZ, Agustín. Op. cit., p. 13; y VLACHOPOULOS, Spyridon. Op. cit., pp. 4 y 6.

³⁵¹ VLACHOPOULOS, Spyridon. Op. cit., pp. 4 y 5.

³⁵² JIMENA, Luis. Op. cit. (2009a), pp. 67 y 82.

³⁵³ GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 3.

³⁵⁴ GIORGI, Florence. Op. cit., p. 17.

³⁵⁵ Véanse: TAJADURA, Javier. Op. cit., p. 26; y BAQUERO, J. *What's Left of The Charter? Reflections on Law and Political Mythology. Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 15(1), 2008, pp. 65 y ss; citado en: MANGAS, Araceli. Op. cit. (2008), p. 23.

a los ciudadanos europeos. Por un lado, debido a la forma empleada por el artículo 6 TUE para proveer a la CDFUE del mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos: la mantiene como un instrumento jurídico separado, a la que se hace referencia cruzada³⁵⁶. Una manifestación patente de querer excluir toda apariencia constitucional en la reforma de Lisboa³⁵⁷. Por otra, dada la ya señalada dificultad para apreciar el propio contenido y extensión de los derechos contenidos en ella.

³⁵⁶ ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 148.

³⁵⁷ ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 150.

CAPÍTULO III. ADHESIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CEDH)

1. Introducción.

El segundo de los avances importantes del Tratado de Lisboa en materia de derechos humanos ha sido la incorporación, a los Tratados Constitutivos, del poder-deber de la UE de adherir al CEDH³⁵⁸, del cual son Altas Partes Contratantes todos los Estados miembros de la UE.

Dicha iniciativa se introdujo en el debate comunitario mediante una recomendación que, en tal sentido, hiciera la Comisión Europea en un memorando del año 1979³⁵⁹, sucedida más tarde por una propuesta formal al Consejo, en el año 1990³⁶⁰. Habiendo quedado entonces instalada la idea en la discusión comunitaria, en el año 1996, el TJUE limitaría las expectativas de sus promotores, al dictaminar³⁶¹ que la UE carecía de competencias en el ámbito

³⁵⁸ TEZCAN, Narim. 2008. *Fundamental Rights*. En: TOBLER, Christa (Ed.). 2008. *The Lisbon Treaty. Lisbon Treaty Meeting Summaries, 19 March 2008*. [en línea] *Europa Institute of Leiden University*. Leiden. pp. 33-35. <<http://media.leidenuniv.nl/legacy/lisbon-treaty-summaries.pdf>> [consulta: 17 mayo 2013].

³⁵⁹ CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 49.

³⁶⁰ RITLENG, Dominique. 2012. *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. A Threat to the Specific Characteristics of the European Union and Union Law? Uppsala Faculty of Law Working Paper 2012:I*, p. 5.

³⁶¹ Opinión 2/94, [1996] *European Court Reports*, I-1759.

de los derechos humanos y, en efecto, de facultades expresas para llevar a cabo la señalada adhesión. Cualquier iniciativa en tal sentido requería una reforma de los Tratados constitutivos³⁶².

Lejos de poner fin al debate, el dictamen sirvió como catalizador de una discusión más abierta, que permitió desarrollar argumentos sólidos a favor de la adhesión y que terminó aplacando las reticencias de Estados como Irlanda o el Reino Unido, quienes temían que ella significara una ampliación de las facultades de la UE en desmedro de los Estados miembros. En la actualidad, todos los Estados miembros de la Unión concuerdan acerca de la real necesidad de la adhesión³⁶³, lo cual ha quedado plasmado en la reforma introducida por el Tratado de Lisboa.

Dos situaciones problemáticas justifican la adhesión de la UE al CEDH. En primer lugar, la creciente profundización de la integración europea ha llevado a que los Estados miembros transfieran, cada vez, más competencias a las instituciones comunitarias, las cuales se encuentran fuera del radio de control del TEDH, por no ser parte la UE del CEDH. Además, dado el fuerte crecimiento en el número de Estados miembros de la UE, la cantidad de ciudadanos afectados por esta situación ha aumentado exponencialmente. En segundo lugar, como contrapartida, debido a que la implementación del Derecho de la UE se encuentra principalmente encomendada a sus Estados

³⁶² CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 49.

³⁶³ CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 50.

miembros, éstos, al tiempo que son todos partes del CEDH, se han visto enfrentados, en ciertas ocasiones, a obligaciones internacionales contrapuestas: a dar cumplimiento al ordenamiento jurídico comunitario, según es interpretado por el TJUE; o bien, a satisfacer los estándares impuestos por el CEDH, conforme es interpretado por el TEDH³⁶⁴.

Así las cosas, la adhesión de la UE al CEDH concedería la competencia al TEDH para evaluar la compatibilidad del Derecho de la Unión y de los actos de las instituciones comunitarias, con los derechos fundamentales establecidos en el CEDH; habilitando a la UE para ser demandada y, eventualmente, hallada culpable³⁶⁵. En este último caso, resultaría esperable que la sola exposición internacional a que pudiera ser objeto, incentivara suficientemente a la UE para adoptar las medidas internas necesarias para hacer compatible su ordenamiento jurídico con las exigencias impuestas por el CEDH.

De este modo, la anormalidad acá descrita, ha servido de base para el desarrollo de diversos argumentos en respaldo de la adhesión de la UE al CEDH. A continuación, expondremos brevemente los principales.

En primer lugar, se ha dicho que incrementaría la coherencia entre los sistemas legales de la UE y la de sus Estados miembros, en que estos últimos se encuentran todos sujetos al CEDH. Por el sólo hecho de no formar parte del CEDH y carecer del control directo del TEDH, la UE tendría mayores

³⁶⁴ RITLÉNG, Dominique. Op. cit., pp. 7 y 8.

³⁶⁵ Ibid.

atribuciones que sus propios Estados miembros para restringir los derechos fundamentales contemplados en el CEDH, dado que la interpretación que el TEDH haga del CEDH no sería estrictamente vinculante para el TJUE, sino sólo una referencia o guía en cuanto a sus alcances³⁶⁶.

En segundo lugar, su concreción importaría una mayor protección de los individuos frente a los actos de la UE, al mismo nivel de que gozan frente a los Estados miembros, sujetando a la UE a un control jurisdiccional externo y especializado en la materia³⁶⁷, incluso en áreas en que el TJUE carece de competencias³⁶⁸.

En tercer lugar, evitaría la potencial disparidad interpretativa entre el TJUE y el TEDH respecto de unos mismos derechos³⁶⁹, en virtud de la cual los Estados

³⁶⁶ SERA, Jean. 1996. *The Case for Accession by the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights*. *Boston University International Law Journal* 14(151): 163-176; citado en: SCHIAPPA-PIETRA, Oscar. Op. cit., p. 83.

³⁶⁷ GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 3.

³⁶⁸ En particular, incluso tras el Tratado de Lisboa, persisten ciertas exclusiones a la competencia del TJUE para conocer de ciertos ámbitos del Derecho de la Unión. Por un lado, respecto de algunas materias referidas a la Cooperación Policial y Judicial en Materias Penales (véanse Artículo 276 TFUE y Protocolos nº 21 y 36 anexos a los Tratados constitutivos) y, por otro, de la mayoría de los asuntos de Política Exterior y de Seguridad Común (véanse Artículos 24 TUE y 275 TFUE). Véanse: ALONSO, Ricardo. Op. cit. (2010), pp. 314 y 315; VAN BOCKEL, Bas. 2008. Op. cit., pp. 27, 28 y 31; y PARLAMENTO EUROPEO. 2010. 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 Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (2009/2241(INI)). DOUE C 161 de 31 de mayo de 2011, p. 73.

³⁶⁹ Véanse: GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 3; JIMENA, Luis. Op. cit (2009a), p. 80; VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 149; RODEAN, Neliana. 2012. *Legal Aspects of Accession of EU to ECHR*. *Global Journal of Human Science Arts & Humanities*, 12(15), p. 16; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. 2007. Estudio Preliminar del Tratado de Lisboa. Real Instituto Elcano, Madrid, pp. 151-157; citado en: TAJADURA, Javier. Op. cit., p. 27; TULKENS, Françoise. 2013. *EU Accession to the European Convention on Human Rights*. En: SEMINARIO INTERNACIONAL Effective Remedies, *Lengthy Proceedings and Access to Justice in the EU: Ensuring the right to a fair trial under the Charter of Fundamental Rights of*

miembros de la Unión podrían quedar sujetos a decisiones divergentes³⁷⁰ o, incluso, contradictorias³⁷¹.

En cuarto lugar, reforzaría la consistencia entre las políticas internas y las relaciones exteriores de la UE³⁷², así como su credibilidad frente a terceros Estados con que mantiene relaciones bilaterales, a quienes les exige el respeto de los derechos humanos³⁷³. Asimismo, facilitaría la preparación de una posible ampliación de la UE hacia nuevos Estados, al incorporarlos dentro de un

the EU and the European Convention on Human Rights, 1 de marzo de 2013. [en línea] Cracovia, Polonia. National School of Judiciary and Public Prosecution (KSSIP), pp. 3-5. <http://www.ejtn.net/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/Human%20Rights%20and%20Access%20to%20Justice%20Seminar/Krakow_Tulkens_final.pdf> [consulta: 10 septiembre 2013]; y SPIELMANN, Dean. 2013. *Human Rights in Europe*. En: CONFERENCIA PUBLICA *Human Rights in Europe*, 22 de febrero de 2013. Cambridge, Inglaterra. [en línea] University of Cambridge, Fitzwilliam College, p. 6. <http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130222_Spielmann_Cambridge_ENG.pdf> [consulta: 12 septiembre 2013]; y PARLAMENTO EUROPEO. Op. cit. (2010), p. 73. Además, para profundizar acerca de la relación histórica entre el TEDH y el TJUE, véase: RODEAN, Neliana. Op. cit., pp. 13-16.

³⁷⁰ Por ejemplo, mientras el TJUE, en el caso *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz* (sentencia del 13 de diciembre de 1979, caso C-44/79) estuvo por sostener que la restricción sobre la facultad de uso respecto de un inmueble, fundada en el interés de la CE, no infringía la esencia del derecho de propiedad y servía a objetivos de intereses generales; el TEDH, en cambio, en el caso *Sporrong & Lonroth c. Suecia* (sentencia del 23 de septiembre de 1982, solicitudes n° 7151/75 y 7152/75), sostuvo que una restricción de cincuenta años sobre la facultad de uso de un inmueble constituía una violación al derecho de propiedad. Sin perjuicio del diferente nivel de restricción de derechos en cada caso, éstos reflejan la potencial inconsistencia entre ambos tribunales. Véase: SERA, Jean. 1996. *The Case for Accesion by the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights*. *Boston University International Law Journal* 14(151): 163-176; citado en: SCHIAPPA-PIETRA, Oscar. Op. cit., p. 83.

³⁷¹ A modo ilustrativo, revítese la sentencia del TJUE, del 18 de octubre de 1989, en el caso *Orkem v. Comisión*, asunto 374/87; en contraste a lo resuelto por el TEDH en la sentencia del 25 de febrero de 1993, en el caso *Funke c. Francia*, solicitud n° 10828/84. Asimismo, consúltese la sentencia del TJUE, del 21 de septiembre de 1989, en el caso *Hoechst A.G. c. Comisión*, asuntos acumulados 46/87 y 227/88; en oposición a lo sentenciado por el TEDH el 16 de diciembre de 1992, en el caso *Niemietz c. Alemania*, solicitud n° 13710/88. Véase: *ibid*.

³⁷² RODEAN, Neliana. Op. cit., pp. 18 y 19.

³⁷³ PARLAMENTO EUROPEO. Op. cit. (2010), p. 73.

estándar común en materia de protección de derechos humanos, cuyo debido respeto es condición esencial para ingresar a la UE³⁷⁴.

Por último, tendría una importancia simbólica, en tanto sólida señal sobre el compromiso de la UE con la protección de los derechos humanos³⁷⁵. Al respecto, hay quienes consideran que este argumento, por sí solo, resulta débil y revelador de la importancia que los líderes políticos europeos asignan a lo simbólico por sobre lo verdaderamente sustantivo³⁷⁶.

No obstante, desde otro punto de vista, se ha dicho que la adhesión al CEDH adolecería de una serie de problemas o desventajas.

En primer lugar, se cree que podría menoscabar la autonomía del sistema legal de la UE, al quedar ésta sujeta al control de un tribunal externo que no guarda sujeción a los principios generales del Derecho de la Unión. Sin embargo, contra este argumento suele recordarse que ha sido el propio TJUE

³⁷⁴ Véanse: VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 149; y SCHIAPPA-PIETRA, Oscar. Op. cit., p. 88.

³⁷⁵ Véanse: GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. Op. cit., p. 3; y TULKENS, Françoise. Op. cit., p. 6.

³⁷⁶ JACOBS, Francis. 2006. *The European Convention on Human Rights, The EU Charter of Fundamental Rights and the European Court of Justice. The impact of European Union accession to the European Convention on Human Rights*. En: PERNICE, Ingolf, KOKOTT, Juliane Kokott y SAUNDERS, Cheryl (Eds.). *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective: 6th International ECLN-Colloquium / IACL Round Table Berlin, 2-4 November 2005 (European Constitutional Law Network-Series)*. Nomos, p. 296.

quien ha sujetado sus decisiones a la jurisprudencia del TEDH³⁷⁷, sin plantear que aquello pueda afectar la autonomía del ordenamiento comunitario³⁷⁸.

En segundo lugar, hay quienes consideran que, dado el carácter especializado del TEDH en materia de derechos humanos, éste podría no atender suficientemente a cuestiones de relevancia para la UE³⁷⁹. Sin embargo, ello podría también ser visto como una ventaja, en el sentido de ofrecer un mayor equilibrio a las decisiones jurisdiccionales TJUE, el cual podría dar demasiada importancia a cuestiones de índole estrictamente comunitarias, en desmedro de una suficiente protección de los derechos humanos³⁸⁰.

En tercer lugar, algunos miran con desconfianza que los actos de la UE puedan ser revisados por un tribunal compuesto por jueces no ciudadanos de la UE³⁸¹. No obstante, para otros, ello no pareciera ser un problema insalvable, desde que el mismo argumento podría aplicarse a los actos de un Estado miembro de la UE que son revisados por el TJUE, cuyos integrantes son nacionales de diversos Estados miembros³⁸².

³⁷⁷ Recuérdese la doctrina sentada por el TJUE a partir de su sentencia en el caso *Nold* (1974). Véase, más arriba, pp. 49 y 50.

³⁷⁸ WAELBROECK. 1996. *La Cout de Justice et la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Cahiers de Droit Européen* (5-6), p. 551; citado en: VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 150.

³⁷⁹ TOTH, A.G. 1997. *The European Union and Human Rights: The Way Forward. Common Market Law Review* 34, pp. 503-504; citado en: VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 150.

³⁸⁰ VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 150.

³⁸¹ BULTRINI, A. 1998. *L'interaction entre le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme et le Système communautaire. Zeitschrift fuer Europarechtliche Studien* 4, p. 498; citado en: VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 150.

³⁸² VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 150.

Por último, se cuestiona el hecho que, buscando solucionar deficiencias en la protección de los derechos humanos dentro de la UE, pueda generarse el inconveniente de alargarse más los procedimientos judiciales comunitarios, en desmedro del mecanismo de consulta preliminar al TJUE, el cual ha pretendido resolverlos en un corto lapso de tiempo. No obstante, contra dicho temor, se ha argumentado que sólo una minoría de las causas ante el TJUE tienen una dimensión de derechos humanos y que, en la actualidad, tales casos son igualmente objeto de revisión por el TEDH, en virtud de la responsabilidad del Estado miembro por medidas adoptadas por la UE³⁸³.

Ahora bien, el hecho que la UE no forme parte del CEDH, no ha obstado para que el TEDH ejerza un control indirecto sobre el ordenamiento jurídico de la UE, en virtud del deber que le cabe a los miembros de la Unión de respetar los derechos fundamentales cuando ejecutan actos destinados a dar cumplimiento a sus obligaciones comunitarias. Sobre el particular, cabe destacar, por un lado, los casos *Piermont*³⁸⁴ y *Matthews*³⁸⁵ y, por otro, el caso

³⁸³ ALBER, S. y WIDMAIER, U. 2000. *Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung. Europaeische Grundrechte Zeitschrift* 27 (17-19), pp. 506-507; citado en: VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 150.

³⁸⁴ Sentencia del TEDH, del 27 de abril de 1995, en el caso *Piermont* c. Francia, solicitudes nº 15773/89 y 15774/89.

³⁸⁵ Sentencia del TEDH, del 18 de febrero de 1999, en el caso *Matthews* c. Reino Unido, solicitud nº 24833/94.

*Bosphorus*³⁸⁶, los cuales constituyen hitos relevantes en el desarrollo jurisprudencial del TEDH en la materia.

En el caso *Piermontt*, primero, y luego, en el caso *Matthews*, el TEDH estableció su línea jurisprudencial que indica que los Estados partes del CEDH no están exentos de responsabilidad en los ámbitos de competencia nacional que han sido luego transferidos a una organización internacional, como la UE, o por actos que ejecutan en la implementación de sus obligaciones como miembros de tales organizaciones³⁸⁷. De lo contrario, las disposiciones del CEDH “podrían ser limitadas o excluidas a voluntad privándolo de su carácter perentorio y degradando la naturaleza práctica y efectiva de dichas garantías”³⁸⁸.

Posteriormente, en el asunto *Bosphorus*, el TEDH instauró la doctrina de la protección equivalente, según la cual, los actos de un Estado parte realizados en virtud de sus obligaciones derivadas de la membresía a una organización internacional, resultan justificados frente al CEDH, en la medida que dicha organización internacional proteja los derechos fundamentales de una manera que pueda ser considerada, por lo menos, “equivalente” a la ofrecida por el

³⁸⁶ Sentencia del TEDH, del 30 de junio de 2005, en el caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Anonim Şirketi c. Irlanda*, solicitud nº 45036/98.

³⁸⁷ MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. Op. cit. (2010), p. 135.

³⁸⁸ BLASCO, Ignacio. 2011. Proceso de Negociación de la Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. En: La Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos: su Impacto Institucional sobre la Política y la Ciudadanía Europea: Jornada de Expertos: 21 de octubre 2011. Madrid, Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE), p. 53.

CEDH, tanto desde un punto de vista sustantivo como jurisdiccional. En este sentido, para que dicho acto esté conforme con el CEDH, bastaría con que la protección proporcionada por el ordenamiento de la organización internacional sea “comparable” a la otorgada por el CEDH, aun cuando no “idéntica”. De lo contrario, a juicio del TEDH, una exigencia de estricta similitud al CEDH resultaría contraria a la realización de los intereses de cooperación al interior de dicha organización internacional, los cuales son estimados por el TEDH como legítimos y de considerable relevancia³⁸⁹. Conforme a lo anterior, el TEDH sostuvo que el ordenamiento jurídico de la UE proporcionaba una protección a los derechos fundamentales suficiente para ser considerada equivalente a la otorgada por el CEDH. Así, los actos de los Estados miembros derivados del Derecho de la Unión encontrarían en él una justificación legítima para presumirse compatibles con el CEDH, a menos que se probara la existencia de una “deficiencia manifiesta” en la protección de los derechos humanos, en un caso particular³⁹⁰.

³⁸⁹ JACOBS, Francis. 2006. Op. cit., p. 292.

³⁹⁰ A este respecto, cabe destacar la sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, en el caso *Michaud* c. Francia, asunto 12323/11; en virtud de la cual, por primera vez, el TEDH dio por acreditada la existencia de una deficiencia manifiesta en la protección de los derechos fundamentales que ameritaba derribar la presunción de protección equivalente. En este caso, se establecieron dos circunstancias relevantes que diferencian a éste del asunto *Bosphorus*. Por un lado, la norma comunitaria en cuestión, una Directiva, permitía al estado francés un cierto margen de apreciación en la forma de alcanzar los objetivos impuestos por ella. Por otro, no habrían operado, previa e íntegramente, todos los medios judiciales disponibles por el Derecho comunitario. En particular, Francia rehusó dar curso a la solicitud de la demandante en cuanto a requerir un pronunciamiento preliminar del TJUE acerca de la compatibilidad de la Directiva con el CEDH, no obstante que este último tribunal no había tenido la oportunidad de

Ahora bien, es importante señalar que esta doctrina no ha estado exenta de críticas, algunas de las cuales fueron tempranamente expuestas por algunos de los jueces del TEDH, en una opinión concurrente a la referida sentencia³⁹¹.

Primero, se cuestiona la arbitrariedad del tratamiento diferenciado que dicha doctrina hace a favor del Derecho de la UE, toda vez que la presunción descrita no operaría en beneficio de las legislaciones de los Estados miembros, aún cuando éstas también podrían ser consideradas como “equivalentes” al CEDH³⁹².

Segundo, se critica que “el fallo minimice o ignore ciertos factores que (...) hacen irrazonable concluir que en cada caso exista una “protección equivalente”, como en aquellos en que existe acceso limitado al tribunal comunitario”³⁹³. Al respecto, cabe advertir que, incluso tras la reforma de Lisboa, existen ciertas áreas del Derecho de la Unión excluidas del control

examinar dicha cuestión, con anterioridad. En consecuencia, el TEDH consideró inaplicable la presunción de protección equivalente y, con ello, estimó necesario examinar la compatibilidad de la actuación estatal en cuestión con los propósitos de la disposición del CEDH aludida. Finalmente, el resultado de dicho análisis arrojó la inexistencia de una violación por parte del Estado francés. Véanse: TULKENS, Françoise. Op. cit., pp. 3 y 5; y SPIELMANN, Dean. 2013. *Human Rights in Europe*. En: CONFERENCIA PÚBLICA *Human Rights in Europe*, 22 de febrero de 2013. Cambridge, Inglaterra. [en línea] University of Cambridge, Fitzwilliam College, pp. 2 y 3. <http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130222_Spielmann_Cambridge_ENG.pdf> [consulta: 12 septiembre 2013].

³⁹¹ Opinión concurrente de los Jueces Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky y Garlicki, en la sentencia del TEDH, del 30 de junio de 2005, en el caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Anonim Şirketi* c. Irlanda, solicitud nº 45036/98, párrafo 3; citada en: VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 118.

³⁹² Véanse: VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 118; y BLASCO, Ignacio. Op. cit., p. 52.

³⁹³ Traducción libre. Ibid.

jurisdiccional del TJUE, las cuales, en efecto, carecen de una protección suficiente frente a la posible vulneración de derechos fundamentales³⁹⁴.

Tercero, se argumenta que el criterio exigido para romper la presunción, consistente en la comprobación de una “deficiencia manifiesta”, constituye un estándar de conformidad con el CEDH que, además de ambiguo, resulta bajo en comparación con la jurisprudencia general del TEDH en la materia³⁹⁵. Así, pareciera que el TEDH, en aras de no entorpecer la integración regional, concedió a la UE un margen de apreciación mayor en cuanto a la observancia de los derechos fundamentales³⁹⁶.

Cuarto, y referido particularmente al razonamiento del Tribunal en dicho caso, se plantea que éste habría sido bastante genérico y se habría enfocado más en la evolución de la jurisprudencia del TJUE en materia de derechos fundamentales, que en las circunstancias reales del caso particular³⁹⁷. Así, el TEDH habría establecido una actitud deferente hacia el TJUE, en respuesta a la doctrina por este último asumida a partir del caso *Nold* (1974)³⁹⁸, según la cual, el CEDH, conforme a la interpretación del TEDH, constituye un estándar

³⁹⁴ Al respecto, véase, más arriba, nota nº 368.

³⁹⁵ Opinión concurrente en la sentencia del TEDH en el caso *Bosphorus*. Op. cit., párrafo 4.

³⁹⁶ BLASI, Cristina. Op. cit., p. 14.

³⁹⁷ DOUGLAS-SCOTT. 2006. *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirkety v Ireland, application No 45036/90, judgment of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of 30 June 2005 (2006) 42 EHRR 1. Common Market Law Review* 43, p. 250; citado en: VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 118.

³⁹⁸ Véase, más arriba, pp. 49 y 50.

mínimo de protección de los derechos humanos en la UE³⁹⁹. Tal deferencia podría llevar a que, en el campo del Derecho de la Unión, se reemplacen los estándares del CEDH por los comunitarios, los que, no obstante estar inspirados en los primeros, ya no se sujetaría al examen del TEDH en el control de su equivalencia⁴⁰⁰.

Por último, se critica que, a partir de esta doctrina, el TEDH pueda verse tentado a ajustar su jurisprudencia a la del TJUE, a fin de evitar posibles inconsistencias⁴⁰¹. Así lo demostrarían algunas de sus decisiones posteriores, respecto de las cuales no existe consenso sobre que constituyan una tendencia jurisprudencial consistente del TEDH en tal sentido⁴⁰².

2. Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH.

El nuevo Artículo 6.2 TUE establece que la UE se adherirá al CEDH, de manera tal que no se alteren las competencias definidas en los Tratados

³⁹⁹ VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 117.

⁴⁰⁰ Opinión concurrente en la sentencia del TEDH en el caso *Bosphorus*. Op. cit., párrafo 3. No obstante, dicha problemática sólo concerniría a las materias ligadas al mercado común, y únicamente respecto de aquellas medidas estatales en que las autoridades nacionales no posean algún grado de discreción. Véase: VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 119.

⁴⁰¹ BULTRINI, A. 2002. *La Responsabilité des Etats Membres de l'Union européenne pour les Violations de la Convention Européenne des Droits de l'homme imputables au Système communautaire*. *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme* 1, pp. 28 y 29; citado en: VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 119, nota nº 51.

⁴⁰² Por ejemplo, se menciona la sentencia del TEDH de fecha 17 de diciembre de 1996, en el asunto *Saunders* c. Reino Unido, solicitud n 19187/91, párrafo 69; la cual se habría ajustado al fallo del TJUE de 18 de octubre de 1989, en el caso *Orkem* c. Comisión, asunto 374/87, párrafos 34 y 35. Asimismo, la sentencia del TEDH de 7 de junio de 2001, en el asunto *Kress* c. Francia, solicitud nº 39594/98, párrafo 76 (en referencia al párrafo 26); en relación a la orden del TJUE de 4 de febrero de 2000, en el caso *Emega Sugar (Free Zone) NV* c. *Araba*, asunto C-17/98. Véase: VAN DEN BERGHE, Federic. Op. cit., p. 119.

constitutivos. Además, según lo señalado en la Declaración nº 2 anexa a dichos Tratados, tal adhesión “debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión”⁴⁰³. En este mismo sentido, el Protocolo nº 8 anexo a los Tratados constitutivos (en adelante, Protocolo nº 8 UE) establece límites concretos al mandato de la UE para adherir al CEDH. En primer lugar, deberán preservarse las características específicas de la UE y de su ordenamiento jurídico, en particular, en lo que se refiere a las modalidades específicas de la participación de la UE en las instancias de control del CEDH, así como respecto de los mecanismos que aseguren que los recursos sean interpuestos correctamente contra quien corresponda. En segundo lugar, deberá garantizarse que no se afectarán las competencias de la UE ni las atribuciones de sus instituciones, así como tampoco, la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH y sus Protocolos. Por último, deberá respetarse la prohibición de los Estados miembros de no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados constitutivos a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos (Artículo 344 TFUE)⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Declaración nº 2 relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea. Véase: UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2012a), p. 337.

⁴⁰⁴ Protocolo (nº8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humano y de las Libertades Fundamentales. Véase: UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2012a), p. 273.

Por su parte, el CEDH, originalmente abierto sólo a la firma de los Miembros del Consejo de Europa, fue adaptado en su Artículo 59, por el Protocolo N° 14 (vigente desde el 1 de junio de 2010), habilitando a la UE para adherir a él⁴⁰⁵.

Así las cosas, tras largas negociaciones, el 05 de abril de 2013, la Comisión Europea, en representación de la UE, y el grupo de negociación *ad hoc* del Comité Directivo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, en representación de las Altas Partes Contratantes del CEDH; redactaron, en conjunto, un Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH (en adelante, el Proyecto)⁴⁰⁶, el cual pretende constituir parte integral del mismo⁴⁰⁷, una vez que logre sortear los trámites necesarios para entrar en vigencia como un instrumento jurídico vinculante⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ TULKENS, Françoise. Op. cit., p. 6.

⁴⁰⁶ Consúltese el Proyecto en: CDDH. 2013a. *Draft Revised 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: Final Report to the CDDH (47+1(2003)008rev2)*. [en línea] Estrasburgo, Consejo de Europa, pp. 4-12. <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1%282013%29008rev2_EN.pdf> [consulta: 17 septiembre 2013].

⁴⁰⁷ Artículo 2, letra b del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), p. 4.

⁴⁰⁸ El proceso de adhesión requerirá completar un complejo cúmulo de trámites. En lo que respecta a la UE, esta materia se encuentra regulada por el Artículo 218 TFUE. En concreto, exigirá que el Consejo Europeo autorice la suscripción del acuerdo, por decisión unánime de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo. A continuación, se requerirá el consentimiento de la totalidad de sus Estados miembros, de acuerdo a sus respectivas exigencias constitucionales. Eventualmente, podría necesitarse, además, el dictamen favorable del TJUE acerca de la compatibilidad del acuerdo con los Tratados constitutivos, si así lo requiriese el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión. Por último, desde la perspectiva del CEDH, se necesitará la ratificación de la totalidad de sus Altas Partes Contratantes, incluyendo los Estados miembros de la UE, en conformidad a los requerimientos de sus respectivos textos constitucionales. Véanse: BUYSE, Antonie. 2013. *Accession of EU to ECHR Draft Agreement: Finally Finalised*. [en línea] <<http://echrblog.blogspot.nl/2013/04/accession-of-eu-to-echr-draft-agreement.html>> [consulta:

El Proyecto, sustentado en ciertos principios generales, como son la preservación de la igualdad de las Altas Partes Contratantes y el respeto a la distribución de competencias entre la UE y sus Estados miembros, así como entre las instituciones comunitarias; busca introducir al CEDH ciertas adaptaciones necesarias para la participación de la UE, reduciendo al mínimo las modificaciones a su texto⁴⁰⁹. A continuación, presentaremos los aspectos más relevantes de este Proyecto, separándolos según sean de corte sustantivos, procesales o institucionales.

2.1. Materias sustantivas.

Cabe aclarar que, en virtud de este Proyecto, la UE no formará parte del Consejo de Europa, sino que, únicamente, se sujetará al sistema del CEDH. En particular, conforme prescribe su Artículo 1.1, la UE accederá tanto al CEDH,

07 agosto 2013]; RITLENG, Dominique. Op. cit., pp. 5 y 6; y GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. *EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011. Fondation Robert Schuman. European Issues* nº 218, pp. 16 y 17. Al respecto, cabe destacar que el Tratado de Lisboa ha endurecido las condiciones para aprobar el CEDH en relación al fallido Tratado Constitucional, el cual sólo exigía mayoría cualificada del Consejo y la aprobación del Parlamento Europeo. En cambio, la nueva exigencia de ratificación unánime de los Estados miembros, lleva a la intergubernamentalización del procedimiento, lo que, en último término podría demorar o dificultar la adhesión. Véase: ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. Op. cit. (2008), p. 158.

⁴⁰⁹ Véanse: CDDH. 2013b. *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: Final Report to the CDDH (47+1(2003)008rev2)*. [en línea] Estrasburgo, Consejo de Europa. p. 17, párrafo 7. <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1%282013%29008rev2_EN.pdf> [consulta: 17 septiembre 2013]; y BLASCO, Ignacio. Op. cit., p. 54.

como a sus Protocolos n° 1 y n° 6⁴¹⁰, los únicos que han sido firmados y ratificados por la totalidad de los Estados miembros de la UE⁴¹¹. De esta manera, se dará cabal cumplimiento al Protocolo n° 8 UE, cuyo Artículo 2 prescribe que el acuerdo de adhesión deberá garantizar que “ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del [CEDH], en particular respecto de sus Protocolos, de las medidas que adopten los Estados miembros como excepción al [CEDH] con arreglo a su artículo 15 y de las reservas al [CEDH] formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57”⁴¹². Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta a que, en el futuro, si los consensos internos así lo permiten, la UE adhiera al resto de los Protocolos del CEDH⁴¹³.

2.1.1. Revisión del Derecho de la UE por el TEDH.

La adhesión permitirá al TEDH revisar, directamente, la compatibilidad del Derecho de la UE con los derechos establecidos en el CEDH, al igual como el TEDH pondera, actualmente, la conformidad de las constituciones nacionales con las disposiciones del CEDH⁴¹⁴. En este sentido, el Proyecto no excluye de

⁴¹⁰ En lo sucesivo, para efectos de una mayor simplificación de la materia, cuando se haga referencia a la obligación de la UE de respetar el CEDH, deberá entenderse también incluida, la de respetar los Protocolos a que la UE accederá en virtud del Proyecto en análisis.

⁴¹¹ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 4.

⁴¹² UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2012a), p. 273.

⁴¹³ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 9.

⁴¹⁴ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 4.

la competencia del TEDH ninguna materia regulada por el Derecho de la UE⁴¹⁵, ni siquiera aquellas que se encuentran actualmente fuera del radio de control del TJUE⁴¹⁶. Por lo demás, según explicaremos luego, el nuevo mecanismo de codemandados que introducirá el Proyecto, presupone un examen sobre la compatibilidad del Derecho comunitario con el CEDH, sin exclusiones⁴¹⁷.

2.1.2. Autonomía interpretativa y jurisdicción exclusiva del TJUE.

Resulta importante aclarar que el Proyecto no vulnerará la autonomía interpretativa del TJUE, ni afectará su jurisdicción exclusiva para conocer y juzgar asuntos relacionados con el Derecho de la Unión⁴¹⁸.

Conforme al principio de subsidiariedad, el cual ha sido ideado y aplicado por el TEDH por más de cuarenta años⁴¹⁹, las Altas Partes Contratantes del CEDH tienen la responsabilidad primaria de asegurar el cumplimiento de los

⁴¹⁵ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 9.

⁴¹⁶ Véase, más arriba, nota nº 368.

⁴¹⁷ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 9.

⁴¹⁸ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 10.

⁴¹⁹ El principio de subsidiariedad se encuentra próximo a ser incorporado al TEDH. El 24 de junio de 2013, fue suscrito el Protocolo nº 15 del CEDH, el cual, entre otras innovaciones, introducirá un nuevo párrafo al final del Preámbulo del CEDH. En él, se establecerá que "...las Altas Partes Contratantes, en conformidad con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad primaria de proteger los derechos y libertades definidos en este Convenio y en sus Protocolos, y que, haciendo aquello, ellos gozan de un margen de apreciación, sujeto a la jurisdicción supervisora de el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido por esta Convención" (Traducción libre del autor. No existe versión oficial en idioma español). Dicho protocolo podrá entrar en vigor el primer día del mes siguiente a que hayan transcurrido tres meses de que todas las Altas Partes Contratantes del CEDH lo hayan ratificado, cuestión que sólo Irlanda ha efectuado hasta la fecha. Véase: CONSEJO DE EUROPA. 2013c. *Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. CETS No.: 213*. [en línea] <<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=213&CM=8&DF=10/09/2013&CL=ENG>> [consulta: 10 septiembre 2013].

derechos establecidos en dicho instrumento, para lo cual gozan de un cierto margen de apreciación. Por su parte, en forma secundaria, el TEDH, como órgano jurisdiccional externo, tiene la responsabilidad de controlar la compatibilidad de los actos de las Altas Partes Contratantes respecto del CEDH⁴²⁰. Además, es menester considerar que, conforme a la jurisprudencia uniforme del TEDH, la interpretación y aplicación autorizada de las legislaciones nacionales, así como la de los tratados internacionales particulares, no corresponden al TEDH, sino, fundamentalmente, a los tribunales específicamente establecidos por éstos⁴²¹.

En efecto, tras la adhesión de la UE, el TEDH verá ampliada su competencia para determinar directamente, caso a caso, y en forma subsidiaria, la compatibilidad de una norma comunitaria o de una acción u omisión de las instituciones de la UE, respecto del CEDH. Para ello, el TEDH, se valdrá de la interpretación o aplicación autorizada que el TJUE previamente haya hecho del ordenamiento jurídico comunitario⁴²², detentador exclusivo de dicha función

⁴²⁰ POLAKIEWICZ, Jörg. 2013. *EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?* En: CONFERENCIA PÚBLICA *Fundamental Rights In Europe: A Matter For Two Courts*, 18 de enero de 2013. [en línea] Oxford, Inglaterra. Oxford Brookes University, pp. 8 y 9. <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/Accession_documents/Oxford_18_January_2013_versionWeb.pdf> [consulta: 10 septiembre 2013].

⁴²¹ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 5.

⁴²² GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 10.

(Artículos 19 TUE y 344 TFUE)⁴²³, y deberá tener en consideración las características específicas de la UE y de su ordenamiento jurídico⁴²⁴.

Por su parte, el Proyecto no habilitará al TEDH para revisar la validez de las normas del ordenamiento jurídico de la UE, ni la de las actuaciones de sus instituciones⁴²⁵, de manera que será la propia UE quien mantendrá la facultad de enmendarlas o dejarlas sin efecto. Así, frente a una sentencia condenatoria del TEDH contra la UE, seguirá siendo de competencia exclusiva de la condenada determinar las consecuencias prácticas que dicho fallo pueda producir sobre su ordenamiento jurídico⁴²⁶. Las instituciones comunitarias serán responsables de dar aplicación a los fallos del TEDH, adoptando las acciones necesarias para adecuar la regulación europea correspondiente, o su aplicación a casos específicos; para lo cual gozarán de cierto margen de discreción, al igual que otras Altas Partes Contratantes de CEDH⁴²⁷.

En adición a lo anterior, los Estados miembros de la UE podrán seguir resolviendo sus disputas ante el TJUE cuando exista un conflicto respecto de la interpretación o aplicación del Derecho comunitario, incluso en asuntos relacionados con disposiciones del CEDH. En tales casos, conforme al Artículo 5 del Proyecto, los procedimientos judiciales seguidos ante el TJUE no serán

⁴²³ TULKENS, Françoise. Op. cit., pp. 5 y 6.

⁴²⁴ RODEAN, Neliana. Op. cit., p. 18.

⁴²⁵ Véanse: GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 10; y RODEAN, Neliana. Op. cit., p. 18

⁴²⁶ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 5.

⁴²⁷ POLAKIEWICZ, Jörg. Op. cit., p. 12.

considerados como una violación a la prohibición de someter los conflictos sobre la interpretación o aplicación del CEDH, a tribunales distintos al TEDH (Artículo 55 CEDH)⁴²⁸.

Finalmente, como veremos más adelante, el Proyecto incorpora dos adaptaciones al procedimiento llevado ante el TEDH, tendientes a preservar la autonomía del TJUE y, consecuentemente, del Derecho de la UE. Por un lado, el mecanismo de codemandados, mantendrá intacta la facultad del tribunal comunitario para determinar la correcta distribución de competencias entre las instituciones de la UE y sus Estados miembros. Por otro, el mecanismo de la participación previa del TJUE, permitirá a este último conservar, tanto la facultad de evaluar, en forma previa al TEDH, la compatibilidad del Derecho de la Unión con el CEDH; como la de establecer la validez de los actos realizados por las instituciones comunitarias⁴²⁹.

En definitiva, tras la adhesión de la UE al CEDH, el TEDH actuará ante la Unión como tribunal especializado en el control de los derechos fundamentales establecidos en el CEDH, cumpliendo sólo una tarea complementaria al TJUE, respecto del cual no mantendrá una relación de jerarquía⁴³⁰.

⁴²⁸ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 10.

⁴²⁹ RITLENG, Dominique. Op. cit., pp. 9,10 y 13.

⁴³⁰ Véanse: POLAKIEWICZ, Jörg. Op. cit., pp. 8 y 12; BLASI, Cristina. Op. cit., p. 26; y LAFFRANQUE, Julia. 2012. *Who Has the Last Word on the Protection of Human Rights in Europe?* Juridica Internacional, XIX, p. 133.

2.1.3. Futuro de la doctrina del caso *Bosphorus*.

Según indicamos más arriba, en virtud de la doctrina sentada en el caso *Bosphorus*, el TEDH ha reconocido su competencia para establecer, indirectamente, la compatibilidad del Derecho de la Unión con el CEDH. Asimismo, ha considerado que el Derecho comunitario otorga una protección de los derechos humanos equivalente al CEDH, permitiendo presumir la compatibilidad con ésta de aquellos actos realizados por un Estado miembro en relación con el Derecho de la UE, a menos que se pruebe, en el caso concreto, la existencia de una protección manifiestamente deficiente de los derechos humanos⁴³¹.

Al respecto, cabe advertir que el Proyecto no se pronuncia acerca de la continuidad de dicha doctrina⁴³², de manera que es dable preguntarse acerca del destino que ella experimentará una vez que se concrete la adhesión⁴³³.

Sobre esta cuestión existen opiniones divergentes⁴³⁴. Por un lado, están quienes consideran que esta doctrina debiera mantenerse pues, incluso tras la adhesión, persistiría su fundamento de prevenir la posibilidad que un control sistemático sobre la conformidad del Derecho de la UE con el CEDH pueda

⁴³¹ Véanse, más arriba, pp. 145 y ss.

⁴³² GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 9.

⁴³³ TULKENS, Françoise. Op. cit., p. 14.

⁴³⁴ Ibid.

afectar la integración europea⁴³⁵. En cambio, hay quienes abogan por el término de dicha doctrina, en virtud de las deficiencias detectadas en ella desde su inicio⁴³⁶ y, en particular, porque otorga un tratamiento privilegiado a la UE, opuesto a la idea de igualdad entre las Altas Partes Contratantes⁴³⁷. Para esta posición, el espíritu general del Proyecto exigiría someter a la Unión al mismo nivel de escrutinio a que se encuentra sujeto el resto de las Altas Partes Contratantes del CEDH, quienes no gozan de dicha presunción⁴³⁸. A mayor abundamiento, esta especie de inmunidad que consagra la doctrina *Bosphorus* surgió, en un comienzo, como un complemento a la decisión del TEDH de declararse competente para evaluar, indirectamente, la compatibilidad del Derecho comunitario con el CEDH, mientras la UE no se adhirió formalmente. En consecuencia, una vez concretada la adhesión y sometida la UE al escrutinio directo del TEDH, no existiría razón para mantener esta doctrina complementaria⁴³⁹. Por lo demás, se ha sostenido que, en el ejercicio de dicho control, el TEDH deberá basarse únicamente en las

⁴³⁵ Ibid.

⁴³⁶ Véanse, más arriba, pp. 147 y ss.

⁴³⁷ Véanse: GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 9; y CANEDO, José y GORDILLO, Luis. Op. cit., p. 56.

⁴³⁸ ECKES, Christina. 2013. *One Step Closer: EU Accession to the ECHR*. [en línea] UK Constitutional Law Group, [s.n.]. <<http://ukconstitutionallaw.org/2013/05/02/christina-eckes-one-step-closer-eu-accession-to-the-echr/>> [consulta: 11 septiembre 2013]. En este sentido, el Informe Explicatorio del Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH (*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*) señala que “el mecanismo actual de control de la Convención, deberá, en la medida de lo posible, ser preservado y aplicado a la UE en la misma manera que a otras Altas Partes Contratantes...”. Traducción libre. CDDH. Op. cit. (2013b), p. 17, párrafo 7.

⁴³⁹ RITLENG, Dominique. Op. cit., p. 18.

consideraciones particulares del caso y no en una presunción genérica de protección equivalente⁴⁴⁰.

2.2. Materias procesales.

Los aspectos más complejos a regular por el Proyecto, dicen relación con las modificaciones al procedimiento del TEDH, los cuales apuntan a resguardar, en el caso concreto, tanto la correcta individualización del sujeto pasivo de una demanda, cuando ésta pueda poner en cuestionamiento el Derecho comunitario; como la oportuna participación del TJUE, en aquellos casos en que la UE efectivamente asuma el rol de sujeto pasivo en un proceso⁴⁴¹.

2.2.1. Mecanismo de codemandados.

Antes que se produzca la adhesión de la UE al CEDH, dos son las formas en que una Alta Parte Contratante puede participar de un juicio ante el TEDH. En primer lugar, puede hacerlo como parte en el proceso, sea como demandante frente a cualquier incumplimiento imputable a otra(s) Alta(s) Parte(s) Contratante(s)⁴⁴²; o bien, como demandado, en virtud de una acción deducida en su contra por otra Alta Parte Contratante⁴⁴³ o por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere

⁴⁴⁰ ECKES, Christina. Op. cit., s.n.

⁴⁴¹ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 10.

⁴⁴² Artículo 33 CEDH. Véase: CONSEJO DE EUROPA. Op. cit. ([s.a.] c), p. 20.

⁴⁴³ Artículo 33 CEDH. Véase: Ibid.

víctima⁴⁴⁴. Actuando como parte, se encontrará vinculado por lo fallado por el TEDH. En segundo lugar, puede comparecer voluntariamente como tercero interviniente, en aquellos asuntos en que no actúe como parte en el proceso y un nacional suyo actúe como demandante; para el sólo efecto de presentar observaciones por escrito y participar en la vista de la causa⁴⁴⁵. En virtud de esta modalidad, no se le considera como parte en el proceso y, en efecto, la decisión del TEDH no le resultará vinculante⁴⁴⁶. Conforme a este escenario, la intervención de múltiples actores en el proceso puede darse, por un lado, en virtud de la existencia de pluralidad de partes –varios demandantes o demandados-, o bien, por la participación de un tercero como mero interviniente –no parte-.

Ahora bien, en virtud de la adhesión de la UE al CEDH, el Artículo 3 del Proyecto introducirá una nueva modalidad de intervención de parte, cual es la de codemandado. Aplicable únicamente a la UE y a sus Estados miembros, podrá operar en aquellos casos en que el acto vulneratorio alegado pudiera poner en cuestión la compatibilidad de una norma de Derecho comunitario con el CEDH⁴⁴⁷. Su utilización requerirá siempre el consentimiento del pretendido

⁴⁴⁴ Artículo 34 CEDH. Véase: CONSEJO DE EUROPA. Op. cit. ([s.a.] c), p. 21.

⁴⁴⁵ Artículo 36 CEDH. Véase: CONSEJO DE EUROPA. Op. cit. ([s.a.] c), p. 22.

⁴⁴⁶ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 10.

⁴⁴⁷ Ibid. Es probable que, conforme a la jurisprudencia reciente, este mecanismo sólo sea aplicado en un número limitado de casos (véase: CDDH. Op. cit. (2013b), p. 24, párrafo 50), pues, según se ha estimado, en los últimos años, los únicos litigios en que habría sido requerido un codemandado son: *Matthews* c. Reino Unido (1999), *Bosphorus* c. Irlanda (2005)

codemandando⁴⁴⁸ –sea a su solicitud o por invitación del TEDH- y deberá ser autorizado previamente por el Tribunal, cumplido los supuestos que se detallarán más adelante⁴⁴⁹. En el caso que no se cumplan, nada obstará a que la UE o sus Estados miembros puedan actuar como terceros intervinientes, si así procediere⁴⁵⁰. Por otro lado, la evaluación acerca de la admisibilidad de una demanda no se verá afectada por la participación en el proceso de un codemandado⁴⁵¹, especialmente en lo que respecta a la exigencia de agotamiento previo de los recursos judiciales domésticos⁴⁵². Por último, si una

y *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. c. Holanda* (2009) (véase: TULKENS, Françoise. Op. cit., p. 12).

⁴⁴⁸ La naturaleza voluntaria de este mecanismo se explica por el hecho “que ninguna Alta Parte Contratante puede ser forzada a volverse parte en un caso donde no fue nombrada en la demanda original” (traducción libre. Véase: CDDH. Op. cit. (2013b), p. 25, párrafo 53). Al respecto, cabe notar que, durante la negociación del Proyecto, las Altas Partes Contratantes no miembros de la UE defendieron la posición de facultar al TEDH para obligar a la UE o a sus Estados miembros, según el caso, a participar como codemandados, aún cuando éstos se opusieran a aquello; de manera de cerrar completamente la posibilidad que éstos pudieran evadir la acción de dicho tribunal (véase: SPIELMANN, Dean. Op. cit., p. 5). Para algunos, la voluntariedad de este mecanismo constituye una importante debilidad del Proyecto, el cual haría sugerible demandar conjuntamente a la UE y a los Estados miembros en cuestión, en calidad de demandados ordinarios. En este sentido, dado que, en muchas ocasiones, las presuntas víctimas no cuentan con los remedios judiciales domésticos que se les exige agotar antes de recurrir al TEDH (Artículo 35.1 CEDH), es posible que puedan superar satisfactoriamente el examen de admisibilidad de una demanda, en cuanto al cumplimiento de dicha exigencia. Véase: GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., pp. 13 y 14).

⁴⁴⁹ Artículo 3.5 del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), p. 7.

⁴⁵⁰ CDDH. Op. cit. (2013b), p. 23, párrafo 45. Sobre el particular, cabe destacar que la participación como tercero interviniente “puede frecuentemente ser la manera más apropiada de involucrar a la UE en un caso. Por ejemplo, si una demanda es dirigida contra un Estado, en asociación a partes del ordenamiento comunitario establecidas en acuerdos internacionales separados (por ejemplo, el Acuerdo Schengen, el Acuerdo Dublín y el Acuerdo sobre el Área Económica Europea), respecto de obligaciones establecidas en dichos acuerdos, la participación como tercero interviniente sería la única manera para la UE de participar en el proceso”. Traducción libre. Véase: CDDH. Op. cit. (2013b), pp. 23-24, párrafo 46.

⁴⁵¹ Artículo 3.1, letra b) del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), p. 7.

⁴⁵² CDDH. Op. cit. (2013b), p. 23, párrafo 40.

sentencia declara la existencia de una violación, el demandado y el codemandado serán ambos responsables por igual, a menos que, sobre la base de las razones presentadas por el demandado o codemandado, y habiendo oído al demandante, se designe como tal a sólo uno de ellos⁴⁵³.

La inclusión de este mecanismo busca eliminar los vacíos existentes en el sistema del CEDH respecto de la UE, en cuanto a su participación, responsabilidad y ejecución de sentencias⁴⁵⁴. Asimismo, se propone resguardar las características propias de la UE como entidad supranacional que cuenta con un sistema legal autónomo, en que los actos de sus instituciones podrían ser implementados por los Estados miembros, a la vez que las disposiciones de sus Tratados constitutivos, acordadas por dichos Estados, podrían ser implementadas por las instituciones, oficinas o agencias comunitarias⁴⁵⁵. De esta manera, tras la adhesión de la UE al CEDH, podría darse la situación en que una actuación legal que emana de una Alta Parte Contratante haya de ser implementada por otra⁴⁵⁶. En tal caso, de alegarse una violación al CEDH, habrá que determinar si ella se produjo en la esfera de la UE o al nivel de sus Estados miembros⁴⁵⁷, cuya respuesta dependerá de “si la violación ha sido cometida donde los Estados miembros no tienen discreción, o bien, de si un

⁴⁵³ Artículo 3.7 del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), p. 7.

⁴⁵⁴ CDDH. Op. cit. (2013b), p. 22, párrafo 39.

⁴⁵⁵ CDDH. Op. cit. (2013b), p. 22, párrafo 38.

⁴⁵⁶ Véanse: *ibid*; y POLAKIEWICZ, Jörg. Op. cit., p. 6.

⁴⁵⁷ TULKENS, Françoise. Op. cit., p. 11.

Estado miembro intervino dentro de los límites de un margen de apreciación dejado por la Unión Europea a éstos⁴⁵⁸. Bajo dicho escenario, la introducción de la figura del codemandado pretende, junto a la exigencia de participación previa del TJUE, resguardar la autonomía del Derecho comunitario, así como la del TJUE y su monopolio para interpretar las normas comunitarias⁴⁵⁹. En ciertas circunstancias, el TEDH podría verse en la necesidad de interpretar normas sustantivas de Derecho comunitario relativas a la división de competencias entre la UE y sus Estados miembros, cuestión que sólo puede efectuar el TJUE⁴⁶⁰. En particular, este mecanismo, por un lado, evita que sea el TEDH quien asuma la compleja labor de establecer si las demandas se han presentado correctamente, según el caso, contra los Estados miembros, contra la UE, o contra ambos⁴⁶¹; al mismo tiempo que cumple con el Artículo 1, letra b) del Protocolo nº 8 UE, en cuanto a garantizar que dichas demandas se presenten en contra de quien corresponda⁴⁶². Por otro lado, libera al TEDH de determinar la manera en que se atribuirán y distribuirán las responsabilidades entre los mismos, de hallarlos culpables; pues ambos lo serán por igual⁴⁶³.

⁴⁵⁸ Traducción libre. RITLENG, Dominique. Op. cit., p. 10.

⁴⁵⁹ ECKES, Christina. Op. cit., s.n.

⁴⁶⁰ Ibid.

⁴⁶¹ Ibid.

⁴⁶² Véanse: TULKENS, Françoise. Op. cit., p. 12; y GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 10.

⁴⁶³ Véanse: ECKES, Christina. Op. cit., s.n.; TULKENS, Françoise. Op. cit., p. 11; y GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 13.

La calidad de codemandado podrá ser asumida tanto por la UE como por sus Estados miembros. En primer lugar, la UE podrá incorporarse a un proceso como codemandada, en aquellos casos en que el libelo en cuestión haya sido dirigido directamente contra uno o más Estados miembros de la UE y aparezca que la violación alegada pone en cuestionamiento la compatibilidad, con el CEDH, de una disposición de Derecho comunitario, incluyendo decisiones tomadas bajo el TUE y el TFUE; especialmente cuando la violación sólo pudiera haber sido evitada por el Estado miembro de la UE, desatendiendo una obligación de Derecho comunitario⁴⁶⁴ (“por ejemplo, cuando dicha norma comunitaria no admita, en su implementación a nivel doméstico, ningún margen de apreciación al Estado miembro”⁴⁶⁵). Esta situación se refiere a aquellos casos en que un Estado miembro de la UE ha realizado actos en cumplimiento de obligaciones comunitarias de Derecho primario o derivado y se han agotado los recursos judiciales domésticos destinados a establecer la compatibilidad de dicha medida nacional con el CEDH⁴⁶⁶. En tal hipótesis, la violación del CEDH podría provenir de dos fuentes diversas. Por un lado, directamente de la norma de Derecho comunitario en que se funda la actuación estatal, lo que deviene necesariamente en la incompatibilidad de esta última; o bien, por otro lado, en virtud de los defectos de la propia medida estatal, sustentada en una norma de

⁴⁶⁴ Artículo 3.2 del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), pp. 6 y 7.

⁴⁶⁵ Traducción libre. CDDH. Op. cit. (2013b), p. 24, párrafo 48.

⁴⁶⁶ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 11.

Derecho comunitario respetuosa del CEDH⁴⁶⁷. En ambos casos, este mecanismo permitirá a la UE, en un juicio seguido únicamente contra sus Estados miembros, hacer efectivo su legítimo interés de defender la compatibilidad del ordenamiento jurídico comunitario con el CEDH⁴⁶⁸ y, en particular, de las normas emanadas de las instituciones comunitarias (en que la UE es la única competente para reformarlas y, así, para hacer cesar la vulneración originada en ellas)⁴⁶⁹.

En segundo lugar, en cuanto a los Estados miembros de la UE, éstos podrán decidir participar como codemandados, en aquellos procesos en que la demanda en cuestión haya sido dirigida contra la UE y aparezca que la violación alegada pone en cuestionamiento la compatibilidad, con el CEDH, de una disposición del TUE, TFUE o cualquiera otra norma que, conforme a éstos, tenga el mismo valor jurídico; especialmente cuando la violación sólo pudiera haber sido evitada desatendiendo una obligación establecida en dichos instrumentos⁴⁷⁰. Lo anterior, permitiría a los Estados miembros de la Unión continuar defendiendo las normas de Derecho primario en cuestión, cuyos instrumentos jurídicos han sido por ellos suscritos. En consecuencia, de dictarse una sentencia condenatoria, la cesación de la violación requerirá la

⁴⁶⁷ Ibid.

⁴⁶⁸ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 12.

⁴⁶⁹ Ibid.

⁴⁷⁰ Artículo 3.3 del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), p. 7.

reforma de los mismos, únicamente posible mediante la decisión unánime de los mismos, en conformidad a sus exigencias constitucionales particulares⁴⁷¹.

Finalmente, en aquellos casos en que una demanda se dirija, conjuntamente, contra la UE y uno o más Estados miembros de la Unión, éstos podrán hacer cambiar su calidad de simples demandados directos a la de codemandados, en la medida que se cumplan, respectivamente, los supuestos ya descritos⁴⁷². Hablamos de aquella situación en que “la UE o el Estado miembro no fue la parte que actuó o se abstuvo de hacerlo respecto del demandante, pero fue quien proveyó la base legal para dicho acto u omisión”⁴⁷³. En tal caso, la conversión de dicha parte a la calidad de codemandado podría evitar que la demanda sea declarada inadmisibile respecto de ella, en razón de estar erróneamente dirigida en su contra⁴⁷⁴, permitiéndole continuar participando en el proceso y acompañar al demandado en la defensa del Derecho comunitario⁴⁷⁵. Por último, cabe aclarar que este mecanismo no será aplicable a aquellos casos en que el demandante alegue diferentes violaciones cometidas separadamente por la UE y uno o más de sus Estados miembros⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 12.

⁴⁷² Artículo 3.4 del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), p. 7.

⁴⁷³ Traducción libre. CDDH. Op. cit. (2013b), p. 23, párrafo 43.

⁴⁷⁴ Ibid.

⁴⁷⁵ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 12.

⁴⁷⁶ CDDH. Op. cit. (2013b), p. 23, párrafo 43.

Aunque el Proyecto no lo señala expresamente, se ha entendido que el TEDH puede, en cualquier etapa del procedimiento, poner término a la participación del codemandado⁴⁷⁷, en especial, si recibe una comunicación conjunta del demandado y codemandado en el sentido que los supuestos establecidos para la operación del mecanismo no se han cumplido o mantenido durante el proceso. Frente a la ausencia de dicha decisión, el demandado y el codemandado continuarán participando conjuntamente en el caso hasta el término del juicio⁴⁷⁸.

2.2.2. Agotamiento de los recursos judiciales y participación previa del TJUE.

Uno de los requisitos de admisibilidad tradicionales para deducir una demanda ante el TEDH, consiste en la exigencia de haber agotado, previamente, todas las vías de recursos judiciales disponibles en el sistema jurídico de la Alta Parte Contratante demandada⁴⁷⁹ (no así respecto del codemandado⁴⁸⁰). Dicho requisito refleja la idea que la responsabilidad de asegurar una protección efectiva de los derechos humanos corresponde, primeramente, a éstas. De esa manera, se les otorga la oportunidad de remediar internamente las violaciones que pudieran haber cometido, con

⁴⁷⁷ ECKES, Christina. Op. cit., s.n.

⁴⁷⁸ CDDH. Op. cit. (2013b), p. 26, párrafo 59.

⁴⁷⁹ Artículo 35.1 CEDH. Véase: CONSEJO DE EUROPA. Op. cit. ([s.a.] c), p. 21.

⁴⁸⁰ Artículo 1.b del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), p. 6.

anterioridad a que sean conocidas por el TEDH, permitiendo, además, reducir la carga de trabajo de dicho tribunal internacional⁴⁸¹.

Al respecto, el Proyecto no producirá modificación alguna, sino que, más bien, al sujetar a la UE bajo la supervigilancia del TEDH, hará aplicable esta exigencia cuando se le desee demandar directamente. En la práctica, ello significará que habrán de agotarse, previamente, los recursos judiciales comunitarios disponibles para controvertir la legalidad de la actuación de la UE. Sin embargo, es menester advertir que dicha exigencia tendrá una aplicación limitada, por cuanto perderá relevancia respecto de aquellas materias del Derecho comunitario que se encuentran actualmente excluidas de la competencia del TJUE⁴⁸², en que los individuos no cuentan con remedios judiciales para desafiar las medidas cuestionadas⁴⁸³. Además, cabe considerar que el Tratado de Lisboa no contempló ningún recurso judicial especial para resguardar los derechos fundamentales dentro del sistema comunitario⁴⁸⁴.

En cuanto a las demandas dirigidas únicamente contra los Estados miembros de la UE, éstas continuarán sujetándose a dicha exigencia, al igual como ocurre respecto del resto de las Altas Partes Contratantes del CEDH. En este contexto, conforme al Artículo 267 TFUE, los tribunales nacionales, en ciertos casos, podrán y, en otros, deberán requerir al TJUE una decisión

⁴⁸¹ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 6.

⁴⁸² Véase, más arriba, nota nº 368.

⁴⁸³ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., pp. 13 y 14.

⁴⁸⁴ Ibid.

preliminar acerca de la interpretación y/o validez de una norma comunitaria. No obstante, ya que los demandantes no pueden forzar tal pronunciamiento del TJUE, es que dicho mecanismo no es considerado como un remedio judicial comunitario que las partes deban agotar previamente, de manera que, la ausencia de dicho procedimiento, no podrá obstar a la admisibilidad de una demanda ante TEDH. Sin embargo, la falta de un pronunciamiento previo del TJUE podría producir la anómala situación de que el TEDH deba decidir acerca de la conformidad de una norma de Derecho comunitario con el CEDH, sin que el TJUE haya tenido, previamente, la oportunidad de evaluar aquello y, en consecuencia, de establecer la validez o correcta interpretación de la norma comunitaria en cuestión⁴⁸⁵.

Para evitar la situación descrita, es que el Artículo 3.6 del Proyecto establece la exigencia de participación previa del TJUE en aquellos casos en que la UE actúe como codemandada y éste no haya tenido la oportunidad de evaluar la compatibilidad de la norma comunitaria en cuestión con el CEDH. Junto con resguardar la aplicación subsidiaria del CEDH⁴⁸⁶, este mecanismo busca que se preserven las características propias del derecho comunitario, dando cumplimiento al Artículo 1 del Protocolo nº 8 UE⁴⁸⁷. Además, en aras de asegurar la autonomía de la UE, el Proyecto se abstiene de prescribir la

⁴⁸⁵ CDDH. Op. cit. (2013b), p. 27, párrafo 65.

⁴⁸⁶ CDDH. Op. cit. (2013b), p. 27, párrafo 66.

⁴⁸⁷ POLAKIEWICZ, Jörg. Op. cit., p. 12.

modalidad precisa de este procedimiento⁴⁸⁸. En cambio, se limita a fijar sus lineamientos generales. En primer lugar, exige que se conceda tiempo suficiente, al TJUE, para evacuar sus conclusiones y, a las partes, para presentar sus observaciones a las mismas ante el TEDH. En segundo lugar, requiere a la UE asegurar que su evaluación se realice en el menor tiempo posible, de forma de no retrasar indebidamente el procedimiento ante el TEDH. Por último, establece que, este mecanismo, no afectará las competencias del TEDH⁴⁸⁹. En virtud de lo anterior, las conclusiones a que arribe el TJUE no le serán vinculantes a dicho tribunal⁴⁹⁰.

La exigencia de participación previa del TJUE en los casos en que la UE actúe como codemanda, presentará una serie de dificultades prácticas. En primer lugar, en aquellos casos en que, conforme al Artículo 267 TFUE, el TJUE haya dado una opinión preliminar dirigida al tribunal nacional que la solicitó, será menester determinar si ella ha incluido o no un pronunciamiento acerca de la compatibilidad de la norma comunitaria en cuestión con el CEDH. En segundo lugar, en aquellos casos en que el TJUE haya opinado sólo en función de los derechos establecidos en la CDFUE, será necesario establecer si ellos corresponden o no a los establecidos por el CEDH que ha alegado la demandante. En tercer lugar, mantiene pendiente la pregunta acerca de cual

⁴⁸⁸ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 15.

⁴⁸⁹ Artículo 3.6 del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), p. 7.

⁴⁹⁰ CDDH. Op. cit. (2013b), p. 27, párrafo 68.

será el mecanismo que defina la UE para implementar la participación previa del TJUE y si ello requerirá una reforma de los Tratados constitutivos de la UE. Por ejemplo, si el TEDH estará facultado para referir la cuestión inmediatamente tras volverse codemandada la UE; o bien, si se delegará en la Comisión Europea, representante de la UE ante el TEDH, la tarea de decidir si un caso se refiere al TJUE para que provea su opinión. Por último, no existe claridad acerca de cuáles serán las consecuencias jurídicas ante el TEDH, de una decisión del TJUE, adoptada bajo este mecanismo, que declare una violación del CEDH por parte de la norma comunitaria en cuestión. En particular, persiste la duda si la demandante debiera seguir siendo considerada como víctima frente al TEDH y, en por tanto, si debiera desecharse el caso⁴⁹¹.

2.3. Materias institucionales.

Dado que la UE no adherirá al Consejo de Europa, ésta podría verse privada de participar en ciertas instituciones relevantes en el funcionamiento del CEDH. Con el objeto de asegurar un tratamiento equitativo a la UE respecto del resto de las Altas Partes Contratantes, el Proyecto contempla ciertas modificaciones a la institucionalidad del CEDH centradas, particularmente, en el nombramiento de los jueces del TEDH, en el control sobre la ejecución de sus fallos y, por

⁴⁹¹ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., pp. 15 y 16.

último, en el financiamiento de los gastos propios del funcionamiento del CEDH⁴⁹².

2.3.1. Participación de la UE en el nombramiento de los jueces del TEDH.

El TEDH se compone de un número de jueces igual al de las Altas Partes Contratantes⁴⁹³, quienes forman parte del mismo a título individual⁴⁹⁴, una vez que han sido elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a título de cada Alta Parte Contratante, por mayoría de votos emitidos, de una lista de tres candidatos presentados por esa Alta Parte Contratante⁴⁹⁵.

El Proyecto no modificará las reglas recién enunciadas. En consecuencia, por aplicación de ellas, una vez que se produzca la adhesión, deberá agregarse la elección, a título de la UE, de un nuevo juez del TEDH. El objetivo es que se mantenga una representación de todos los sistemas legales participantes, se asegure la contribución de cada Alta Parte Contratante en el aparato judicial y se refuerce la legitimidad de las decisiones adoptadas por el TEDH⁴⁹⁶.

En cambio, el Proyecto sí adaptará las normas sobre el funcionamiento de la Asamblea Parlamentaria, con el único objeto de asegurar que la UE pueda

⁴⁹² RITLÉNG, Dominique. Op. cit., p. 9.

⁴⁹³ Artículo 20 CEDH. Véase: CONSEJO DE EUROPA. Op. cit. ([s.a.] c), p. 15.

⁴⁹⁴ Artículo 21.2 CEDH. Véase: Ibid.

⁴⁹⁵ Artículo 22 CEDH. Véase: CONSEJO DE EUROPA. Op. cit. ([s.a.] c), p. 16.

⁴⁹⁶ RODEAN, Neliana. Op. cit., p. 19.

participar, con derecho a voto, en el nombramiento de los jueces del TEDH. En el cumplimiento de dicho propósito, estará representada por una delegación del Parlamento Europeo, cuyo número de integrantes será el mismo de la delegación más numerosa existente entre las Altas Partes Contratantes⁴⁹⁷.

Esta solución no ha estado exenta de críticas, habida cuenta que, probablemente, el juez elegido en el cupo de la UE será de la nacionalidad de alguno de sus Estados miembros, lo que podría significar que dos jueces de una misma nacionalidad puedan sentarse a resolver un caso que involucre al Estado miembro del que son naturales. A fin de evitar un desequilibrio de tal especie, será necesario que el TEDH revise sus procedimientos internos⁴⁹⁸.

2.3.2. Participación de la UE en el control del cumplimiento de acuerdos amistosos y sentencias del TEDH.

El control del cumplimiento de los acuerdos amistosos y de las sentencias dictadas por el TEDH corresponde al Comité de Ministros del Consejo de Europa, el cual, en el ejercicio de dicha función, está facultado para realizar diversas acciones. Primero, solicitar al Tribunal su pronunciamiento acerca de un problema de interpretación que obstaculice la ejecución de la solución adoptada. Segundo, plantear una cuestión al Tribunal de si una parte ha cumplido con la ejecución de la solución dispuesta. Por último, en caso que el

⁴⁹⁷ Artículo 6.1 del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), p. 8.

⁴⁹⁸ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 8.

Tribunal declarase un incumplimiento, establecer las medidas que, al respecto, estime preciso adoptar⁴⁹⁹.

Dado que la UE no adherirá al Consejo de Europa, afloraron temores respecto a la falta de representación de la UE en el Comité de Ministros. Sin embargo, con el fin de asegurar su participación en la supervisión de la ejecución de los fallos del TEDH, el Artículo 7 del Proyecto establece el derecho a voto de la UE en todas aquellas decisiones del organismo relativas al CEDH⁵⁰⁰. De esta manera, la UE da cumplimiento a lo establecido en el Artículo 1, letra b) del Protocolo nº 8 UE, el cual establece que el acuerdo de adhesión deberá estipular las modalidades específicas de participación de la Unión en las instancias de control del CEDH⁵⁰¹.

Ahora bien, los redactores del Proyecto previeron que la UE y sus Estados miembros, en conjunto, contarán con 29 de los 48 votos en el Comité de Ministros, lo que podría permitirles bloquear cualquier decisión que pretenda adoptarse en su seno respecto al cumplimiento de soluciones que obligan a la UE. En tales casos, cabe destacar que el Derecho el comunitario les impone un deber de lealtad mutua, el cual exigiría de ellos adoptar posiciones conjuntas y votar de manera coordinada⁵⁰². En virtud de lo anterior, el Proyecto contempla que deberán adaptarse las reglas del Comité de Ministros sobre la supervisión

⁴⁹⁹ Artículos 39.4 y 46 CEDH. Véase: CONSEJO DE EUROPA. Op. cit. ([s.a.] c), pp. 23, 25-26.

⁵⁰⁰ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 8.

⁵⁰¹ UNIÓN EUROPEA. Op. cit. (2012a), p. 273.

⁵⁰² GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 8.

de sentencias y de acuerdos amistosos, de manera que dicho control pueda ejercerse de manera efectiva cuando se trate de soluciones que obliguen a la UE, sea en forma individual o en conjunto con uno o varios de sus Estados miembros⁵⁰³. Probablemente, dicha adaptación permitirá que tales decisiones puedan adoptadas por la sola mayoría de Estados no miembros de la UE⁵⁰⁴.

Estas reglas especiales no aplicarán cuando el Comité de Ministros examine el cumplimiento de soluciones que obligan únicamente a los Estados miembros de la UE. Si bien el Proyecto no impide la participación de la UE en el Comité de Ministros en tales casos⁵⁰⁵, el Derecho comunitario sí proscribe a la UE tomar posición o ejercer su derecho a voto (sea por falta de competencia en el materia a que se refiere el caso, o como resultado de la prohibición de vulnerar los procedimientos internos), al tiempo que habilita a sus Estados miembros para expresar su propia posición y votar con independencia, al no encontrarse obligados a actuar en forma coordinada⁵⁰⁶.

Finalmente, operarán las reglas habituales del Comité de Ministros cuando se examine el cumplimiento de soluciones que obligan únicamente a Estados no miembros de la UE, pues, bajo las normas comunitarias, la UE y sus

⁵⁰³ Artículo 7.4 del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), p. 9.

⁵⁰⁴ GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. Op. cit., p. 9.

⁵⁰⁵ CDDH. Op. cit. (2013b), p. 31, párrafo 84.

⁵⁰⁶ CDDH. Op. cit. (2013b), pp. 32 y 33, párrafo 91.

Estados miembros están habilitados para expresar sus propias posiciones y ejercer su derecho a voto con independencia⁵⁰⁷.

2.3.3. Participación de la UE en los gastos relacionados al CEDH.

Una vez concretada la adhesión, la UE deberá realizar una contribución anual a los gastos relacionados al funcionamiento del CEDH, en adición a la efectuada por sus Estados miembros y por las otras Altas Partes Contratantes. El monto equivaldrá al 34% de la contribución más alta efectuada, por algún Estado, al Presupuesto Ordinario del Consejo de Europa del año anterior⁵⁰⁸.

3. Análisis crítico sobre la obligación de la UE de adherir al CEDH.

A continuación, abordaremos, en forma sucinta, los efectos que podría generar la adhesión en la interpretación del Derecho comunitario y, en particular, en el balance entre los derechos fundamentales y las libertades económicas comunitarias.

En el Capítulo anterior, se planteó la posibilidad que la nueva redacción del Artículo 6 TUE y, en particular, la obligatoriedad de la CDFUE, pudiera generar una reorientación del Derecho comunitario tendiente a dar mayor relevancia a los derechos fundamentales, reinterpretando el concepto de “restricción

⁵⁰⁷ Artículo 7.4 del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), p. 9.

⁵⁰⁸ Artículo 8 del Proyecto. Véase: CDDH. Op. cit. (2013a), pp. 9 y 10.

justificada” al Derecho comunitario⁵⁰⁹. Ahora, con la adhesión de la UE al CEDH, cabe preguntarse si la obligatoriedad de respetar los derechos fundamentales contenidos en este último instrumento y, en particular, la sujeción del TJUE a los dictámenes del TEDH, generará o contribuirá a una reorientación en la interpretación del Derecho de la Unión por el TJUE⁵¹⁰.

El Derecho comunitario y el CEDH no siguen la misma lógica, lo que redundaría en que el TJUE y el TEDH adopten perspectivas diferentes. Por un lado, CEDH se propone, únicamente, resguardar los derechos fundamentales de los individuos; de manera que el TEDH los sitúa como punto de partida para evaluar la proporcionalidad de cualquier restricción a éstos. Por otro lado, la UE está orientada a construir un mercado interno fundado en las libertades de movimiento y en la libre competencia, conforme a lo cual, el TJUE evalúa la proporcionalidad de las restricciones impuestas a éstas⁵¹¹. En este sentido, el TJUE ha sostenido que la protección de los derechos fundamentales es funcional a la estructura y objetivos de la Unión, de manera que no constituyen derechos absolutos, sino que deben ser considerados según la función que cumplen en la sociedad, pudiendo ser objeto de ciertas restricciones⁵¹².

Con la adhesión de la UE al CEDH, el TJUE podría verse sujeto a examinar el Derecho comunitario bajo el prisma de la protección de los derechos

⁵⁰⁹ Véanse, más arriba, pp. 98 y ss.

⁵¹⁰ Véanse: SYRPIS, *Phil. Op. cit.*, pp. 233 y 234; y RITLENG, Dominique. *Op. cit.*, p. 16.

⁵¹¹ SYRPIS, *Phil. Op. cit.*, p. 234.

⁵¹² RITLENG, Dominique. *Op. cit.*, p. 16.

fundamentales, en vez de evaluar el respeto de los mismos a la luz de la integración europea. La relación entre la regla y la excepción podría revertirse, pudiendo hacer variar el proyecto de integración política y económica establecida en los Tratados constitutivos⁵¹³. Es por ello que se ha dicho que la adhesión será relevante, más que en el reconocimiento de nuevos derechos, en el balance de la protección de los derechos fundamentales frente a las libertades económicas comunitarias⁵¹⁴.

Al respecto, algunos autores parecieran concordar en que la adhesión de la UE al CEDH probablemente generará que el TJUE adapte su interpretación del Derecho comunitario, otorgando una mayor importancia a la protección de los derechos fundamentales. No obstante, al mismo tiempo, reconocen que tal cambio se verá limitado, en la práctica, por los términos del Artículo 6.2 TUE y del Protocolo N° 8 UE, en cuanto a que la adhesión no podrá afectar las competencias de la UE y deberá resguardar sus características particulares. En concreto, esperan que el TEDH mantenga una cierta deferencia hacia el TJUE, reservándole algún margen de apreciación en el balance entre la protección individual de los derechos fundamentales y la protección de los intereses generales de la UE⁵¹⁵. Sin embargo, no queda suficientemente claro si el margen de apreciación a que se alude significará la mantención de la

⁵¹³ RITLENG, Dominique. Op. cit., p. 17.

⁵¹⁴ SYRPIS, Phil. Op. cit., p. 234.

⁵¹⁵ Véanse: SYRPIS, Phil. Op. cit., p. 234; y RITLENG, Dominique. Op. cit., pp. 17-19.

presunción de conformidad sostenida en la doctrina *Bosphorus*, o bien, únicamente, una cierta flexibilidad del TEDH para entender la legitimidad de una restricción a los derechos fundamentales fundada en el Derecho comunitario⁵¹⁶. Como sea, de decidir el TEDH continuar con dicha doctrina, los beneficios de la adhesión se desvanecerán, especialmente respecto de las áreas del Derecho de la Unión en los que el TJUE carece de competencias, donde el control del TEDH es requerido⁵¹⁷.

Por último, es posible que la adhesión refuerce el diálogo entre el TJUE y el TEDH, procurando ambos tribunales alinear sus decisiones⁵¹⁸. En este sentido, el mecanismo de codemandados y la participación previa del TJUE, disminuirá la posibilidad de interpretaciones contradictorias⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Esta última posición pareciera ser la posición de Ritleng, al sostener que no existen razones para mantener la doctrina *Bosphorus*. Véase: RITLENG, Dominique. Op. cit., p. 18.

⁵¹⁷ VAN DEN BERGHE. Op. cit., p. 157; citando a: DOUGLAS-SCOTT. Op. cit., p. 252.

⁵¹⁸ SYRPIS, Phil. Op. cit., p. 234.

⁵¹⁹ ECKES, Christina. Op. cit., s.n.

CONCLUSIONES

La UE constituye un verdadero poder público supranacional. Como tal, el ejercicio legítimo de sus competencias exige el respeto de ciertos límites. Quizás, el más relevante radica en la esfera mínima de protección de los individuos, quienes, en su sola calidad de personas, merecen un resguardo básico de su dignidad e individualidad. En este sentido, la protección de los derechos humanos juega un rol fundamental en el desarrollo armónico de la ciudadanía europea.

Sin embargo, la doctrina en el derecho comparado pareciera concordar en que la protección de los derechos humanos no fue prevista en los orígenes del proceso de integración de Europa, toda vez que los Tratados constitutivos de las otrora Comunidades Europeas no contemplaron disposición alguna sobre la materia. En este contexto, fue su órgano jurisdiccional quien asumió –y ha asumido, hasta hoy- un rol central en el desarrollo y evolución de la protección de los derechos fundamentales en la UE. Si bien, en un comienzo, fue reacio a reconocer derechos y principios que no estuvieran expresamente consagrados en los Tratados constitutivos, a partir del año 1969, adoptaría un giro importante. A contar de entonces, el TJUE construyó una sólida jurisprudencia a favor de la protección de los derechos humanos, sobre la base de tres

fundamentos contruidos progresivamente. En primer lugar, que la protección de los derechos humanos constituye un principio general del Derecho comunitario y, como tal, debían ser respetados (caso *Stauder*, 1969). En segundo lugar, que el contenido de tales derechos encuentran su fuente en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros (caso *Internationale Handelsgesellschaft*, 1970). Finalmente, que pueden también hallarse en los Tratados internacionales de derechos humanos en que los Estados miembros son partes o han colaborado y, en particular, en el CEDH del año 1950 (caso *Nold*, 1974).

Sólo a partir de la reforma introducida por el Tratado de Maastricht (1992) se incorporaron disposiciones sobre la materia en el Derecho primario de la Unión. Entre las principales, destacan la que recogió expresamente la jurisprudencia del TJUE, la que estableció la obligación de la UE de respetar los derechos fundamentales y la que instauró una ciudadanía comunitaria, fijando una serie de derechos básicos a nivel comunitario. Luego, el Tratado de Amsterdam (1997), incorporó otras iniciativas importantes, como la que declaró la protección de los derechos humanos dentro de los fundamentos de la UE, la que estableció sanciones contra los Estados miembros responsables de su violación grave y persistente, y la que condicionó, al respeto de los mismos, el ingreso de nuevos Estados postulantes a la UE.

Hubo que esperar largo tiempo, hasta el Tratado de Lisboa (2007), para lograr nuevos avances sustantivos en la materia. Con su entrada en vigencia en diciembre de 2009, se incorporaron dos grandes innovaciones. Por un lado, se le otorgó carácter vinculante a la CDFUE, un catálogo de derechos fundamentales que, hasta entonces, sólo tenía valor declaratorio. Por otro, se le otorgó a la UE, en forma expresa, el poder-deber de adherir al CEDH. Además, se mantiene el reconocimiento normativo de la jurisprudencia del TJUE, en cuanto a que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, constituyen principios generales del Derecho comunitario.

Si bien tales avances del Tratado de Lisboa han sido sumamente relevantes, podrían ser considerados insuficientes. Por un lado, debido a que no se contempló acción judicial especial alguna para tutelar los derechos fundamentales. Por otro, y más grave aún, puesto que todavía persisten ciertas áreas del Derecho comunitario en que el TJUE carece de competencias, de manera que los individuos no cuentan con remedios judiciales ordinarios para desafiar la legalidad de actuaciones comunitarias que puedan vulnerar sus derechos fundamentales.

Cabe advertir que los Tratados constitutivos de la Unión jamás han contemplado la protección de los derechos fundamentales dentro de las competencias generales de la UE. En consecuencia, conforme a los principios

de atribución y de subsidiariedad, la UE carece de facultades para dictar normas de Derecho secundario sobre la materia. Más bien, el respeto de los derechos fundamentales constituye una condición de legalidad de sus actos y los de sus Estados miembros cuando actúan en conexión con el Derecho comunitario. El Tratado de Lisboa no altera esta situación, ni la entrada en vigencia obligatoria de la CDFUE, ni el Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al CEDH, cuando sea vinculante. Tales instrumentos no pretenden atribuir competencias a la UE en el ámbito de los derechos fundamentales, mas sólo ordenan a respetarlos como límites al ejercicio legítimo de los concretos poderes de acción que conceden los Tratados constitutivos.

En cuanto a la obligatoriedad jurídica de la CDFUE, ella contribuye a fortalecer la legitimidad de las decisiones del TJUE y otorga mayor certeza jurídica acerca de la identidad de los derechos tutelados por el Derecho comunitario. Sin embargo, ambos logros se ven mermados por diversos factores. Por un lado, el primer logro pierde fuerza respecto de los ciudadanos europeos, al mantener la CDFUE como un instrumento jurídico separado de los Tratados constitutivos, restándole visibilidad a su contenido. Por otro lado, el segundo beneficio se ve disminuido debido a la falta de precisión de la CDFUE acerca del alcance de los derechos reconocidos, a la complejidad de las disposiciones generales que regulan la materia y a la existencia de un Protocolo y diversas Declaraciones que parecieran suavizar y limitar los efectos

de la CDFUE. Al respecto, si bien el TJUE no ha definido aún la naturaleza jurídica del Protocolo sobre la aplicación de la CDFUE a Polonia y Reino Unido, somos de la posición que éste sí podría interpretarse, en parte, como una excepción a la aplicación de la CDFUE. De ser así, se verán afectados los principios de universalidad e indivisibilidad que inspiran la protección internacional de los derechos humanos, estableciendo un régimen diferenciado en favor de ciertos Estados. Por último, es cuestionable que la CDFUE establezca una suerte de jerarquía entre las garantías que reconoce, al distinguir entre derechos (subjetivos) y meros principios, conforme a lo cual estos últimos carecen por si mismos de exigibilidad jurídica. Fuera de lo insatisfactorio que resulta el reconocimiento de derechos que no son justiciables, dada la importancia de esta diferenciación, habría sido conveniente que la CDFUE hubiera declarado expresamente cuáles pertenecen a cada categoría y no fuera necesario para ello indagar en sus Explicaciones.

Respecto de la adhesión de la UE al CEDH, tras largas negociaciones finalizadas en abril de 2013, los representantes de ambas partes redactaron un Proyecto de Acuerdo de Adhesión, el cual aspira a convertirse, en el futuro, en un Tratado internacional vinculante. Este contempla ciertas reformas al sistema del CEDH, de carácter sustantivas, procesales e institucionales; necesarias para la incorporación de la UE.

En lo sustantivo, obligará a la UE a respetar el CEDH, sujetándola al control del TEDH sólo en cuanto a declarar una violación a alguno de sus derechos. Conforme a ello, el TJUE mantendrá la competencia exclusiva para decidir, en forma autónoma, acerca de la validez o correcta interpretación del Derecho comunitario. Por otra parte, si bien el Proyecto no se pronuncia acerca de la continuidad de la doctrina del TEDH sentada en el caso *Bosphorus*, existen fuertes razones para esperar le ponga término. Por un lado, debido a que la presunción de compatibilidad del Derecho comunitario con el CEDH, que ella establece; atenta contra el propósito mismo de la adhesión de someter a la UE a un control judicial externo, lo que resulta de toda importancia cuando se trata de áreas del derecho comunitario en que el TJUE carece de competencias. Por otro lado, ya que vulnera el espíritu del Proyecto, en cuanto a someter a la UE al mismo nivel de escrutinio que el resto de las Altas Partes Contratantes, afectando una exigencia elemental de igualdad. Ahora bien, no obstante la solidez de estas razones, la exigencia de que la adhesión resguarde las características propias de la UE (Artículo 1 del Protocolo nº 8 UE) podría significar que el TEDH siga otorgando a la UE un cierto margen de apreciación para legitimar restricciones a los derechos fundamentales, fundados en el Derecho comunitario y, especialmente, en las libertades económicas comunitarias.

En lo procesal, se introducirá una nueva modalidad de intervención de parte, la de codemandado, únicamente aplicable a la UE y a sus Estados miembros, en aquellos casos en que el acto vulneratorio alegado pudiera poner en cuestión la compatibilidad de una norma de Derecho comunitario con el CEDH. La aplicación de este mecanismo será voluntaria y, para que proceda, no se exigirá haber agotado los recursos judiciales domésticos respecto del codemandado. De hallarse una vulneración, tanto el demandado como el codemandado serán, por regla general, conjuntamente responsables. Ahora bien, sin perjuicio de la posible utilidad de este procedimiento, su aplicación voluntaria resulta insatisfactoria para la demandante. En consecuencia, para asegurar la comparecencia obligatoria de la UE y de los Estados miembros en aquellos casos en que la posible vulneración pueda poner en cuestión el Derecho comunitario, resultará siempre aconsejable que la demandante, desde un inicio, dirija su acción contra ambos, en forma conjunta y a título de demandados directos. Si bien deberá acreditar haber agotado los recursos judiciales domésticos respecto de ambos demandados, dado que aún persisten áreas del Derecho comunitario en que el TJUE carece de competencia, en tales casos, será sencillo superar tal exigencia respecto de la UE, acreditando la no disponibilidad de recursos judiciales comunitarios.

Por otro lado, el Proyecto incorporará la exigencia de participación previa del TEDH en los procesos en que la UE asuma el rol de codemandada. Dado que

no será requisito haber agotado los recursos judiciales disponibles, podría darse la situación que el TJUE no haya tenido la posibilidad de conocer previamente del asunto y, en efecto, de ejercer su labor exclusiva de interpretar las normas comunitarias relevantes. Con el fin de evitar que el TEDH supla dicha función, es que se establecerá esta exigencia. Sin embargo, el Proyecto no define un procedimiento en particular, quedando a la UE establecerlo. Por otro lado, el Proyecto tampoco prevé qué ocurrirá cuando, en aplicación de este mecanismo, el TJUE subsane la violación alegada. Al respecto, es de esperar que, cuando ello acontezca, la demandante pierda la calidad de víctima y, en consecuencia, el TEDH ponga término al caso.

En lo institucional, dado que la UE no adhiere aún al Consejo de Europa, cuya institucionalidad opera el CEDH, podría verse privada de participar en ciertos procedimientos administrativos relevantes en el funcionamiento del CEDH. Con el objeto de asegurar un tratamiento equitativo a la UE respecto del resto de las Altas Partes Contratantes, el Proyecto contempla la participación excepcional de la UE en ciertas instituciones. En primer lugar, en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, para el sólo efecto del nombramiento de los jueces del TEDH, a los cuales se agregará la elección de uno nuevo elegido a título de la UE. En segundo lugar, en el Comité de Ministros del Consejo de Europa, únicamente para el control sobre del cumplimiento de acuerdos amistosos y sentencias del TEDH. Por último, en el financiamiento de los

gastos propios del funcionamiento del CEDH, aportando un monto equivalente al 34% de la contribución más alta efectuada, por algún Estado, al Presupuesto Ordinario del Consejo de Europa del año anterior.

Finalmente, es posible argumentar que el Artículo 6 TUE entrega una sólida base jurídica para que el TJUE pueda reinterpretar el Derecho comunitario, a la luz de la protección de los derechos humanos. A partir de la obligatoriedad jurídica de la CDFUE y, especialmente, de la futura sujeción de la UE al control del TEDH; es de esperar que el TJUE reinterprete el concepto de “restricción justificada” al Derecho comunitario y, con ello, reevalúe la manera en que resuelve los conflictos entre los derechos fundamentales y las libertades económicas comunitarias.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

ADFUE	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDSFT	Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores
CSE	Carta Social Europea del año 1961
CSEr	Carta Social Europea revisada en el año 1996
CE	Comunidad Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales / Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea

BIBLIOGRAFÍA

1. AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. 2013. *Fundamental Rights: Challenges and Achievements in 2012*. 322p. [en línea] <http://fra.europa.eu/sites/default/files/annual-report-2012_en.pdf> [consulta: 02 octubre 2013].
2. ALDECOA, Francisco. y GINEA, Mercedes. 2008. *La Europa que Viene: El Tratado de Lisboa*. Madrid, Marcial Pons, 481p.
3. ALDECOA, Francisco y GINEA, Mercedes. 2010. *La Europa que Viene: El Tratado de Lisboa*. 2ª Ed. Madrid, Marcial Pons. 417p.
4. ALONSO, Ricardo. 2002. *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*. *European Law Journal*, 8(4): 492-514.
5. ALONSO, Ricardo. 2007. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. 1ª Ed. Navarra, Civitas. 305p.
6. ALONSO, Ricardo. 2010. *La Protección de los Derechos Fundamentales*. En: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. 2ª ed. Navarra, Civitas. pp. 289-329.
7. BELORGEY, Jean-Michel. 2007. *La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su Organo de Control: El Comité Europeo de Derechos Sociales (Traducción de Luis Jimena Quesada)*. *Revista de Derecho Político*, (70): 347-377.
8. BLASCO, Ignacio. 2011. *Proceso de Negociación de la Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*. En: *La Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos: su Impacto Institucional sobre la Política y la Ciudadanía Europea: Jornada de Expertos: 21 de octubre 2011*. Madrid, Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE). pp. 50-57.

9. BLASI, Cristina. 2010. La protección de los Derechos Fundamentales en el Tratado de Lisboa. Cataluña, Institut Universitari d'Estudis Europeus, Quaderns de treball nº 51. 58p.
10. BUYSE, Antonie. 2013. *Accession of EU to ECHR Draft Agreement: Finally Finalised*. [en línea] <<http://echrblog.blogspot.nl/2013/04/accession-of-eu-to-echr-draft-agreement.html>> [consulta: 07 agosto 2013].
11. CANEDO, José y GORDILLO, Luis. 2008. Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea a la Espera de Lisboa. Cuadernos Europeos de Deusto, (39/2008): 27-59.
12. CDDH. 2013a. *Draft Revised 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: Final Report to the CDDH (47+1(2003)008rev2)*. [en línea] Estrasburgo, Consejo de Europa. pp. 4-12. <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1%282013%29008rev2_EN.pdf> [consulta: 17 septiembre 2013].
13. CDDH. 2013b. *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: Final Report to the CDDH (47+1(2003)008rev2)*. [en línea] Estrasburgo, Consejo de Europa. pp. 16-36. <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1%282013%29008rev2_EN.pdf> [consulta: 17 septiembre 2013].
14. CHACRA, Stephanie. 2012. El Tribunal de la Unión Europea y los Principios del Derecho Comunitario. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 171p.
15. COMITÉ DE LAS REGIONES. [s.a.]. Acerca del CDR. [en línea] <<http://cor.europa.eu/es/about/Pages/index.aspx>> [consulta: 26 abril 2013].

16. COMITE ECONOMICO Y SOCIAL EUROPEO. [s.a.]. El Comité Económico y Social Europeo (CESE). [en línea] <<http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.es.home>> [consulta: 26 abril 2013].
17. COMISIÓN EUROPEA. 2013. *Annual Report on the application of the Charter*. [en línea] <http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/application/index_en.htm> [consulta: 02 octubre 2013].
18. CONSEJO DE EUROPA. [s.a.] a. *Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints*. [en línea] <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/158.htm>> [consulta: 05 julio 2013].
19. CONSEJO DE EUROPA. [s.a.] b. *Complete list of the Council of Europe's treaties*. [en línea] <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>> [consulta: 15 abril 2013].
20. CONSEJO DE EUROPA. [s.a.] c. Convenio Europeo de Derechos Humanos. [en línea] Estrasburgo. 56p. <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf> [consulta: 16 agosto 2013].
21. CONSEJO DE EUROPA. [s.a.] d. *The Council of Europe in brief*. [en línea] <<http://www.coe.int/aboutCoe/index.asp/>> [consulta: 03 abril 2013].
22. CONSEJO DE EUROPA. 2013a. *European Social Charter*. [en línea] <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=035&CM=8&DF=06/07/2013&CL=ENG>> [consulta: 05 julio 2013].
23. CONSEJO DE EUROPA. 2013b. *European Social Charter (revised)*. [en línea] <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=163&CM=8&DF=23/04/2013&CL=ENG>> [consulta: 23 abril 2013].
24. CONSEJO DE EUROPA. 2013c. *Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. CETS No.: 213*. [en línea] <<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=213&CM=8&DF=10/09/2013&CL=ENG>> [consulta: 10 septiembre 2013].

25. CRAIG, Paul y DE BÚRCA, Gráinne. 1998. *General Principles I: Fundamental Rights*. En: *EU Law. Text, Cases and Materials*. 2ª Ed. Nueva York, Oxford. pp. 296-348.
26. DE BOER, Nick. *Fundamental Rights and the EU Internal Market: Just how Fundamental are the EU Treaty Freedoms? A Normative Enquiry Based on John Rawls' Political Philosophy*. *Utrecht Law Review*, 9(1): 148-168, 2013. [en línea] <<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/URN%3ANBN%3ANL%3AUI%3A10-1-112919/216>> [consulta: 06 junio 2013].
27. DE FARAMIÑÁN, Juan Manuel. 2009. El Tratado de Lisboa (Un Juego de Espejos Rotos). [en línea] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Junio de 2009. Número 17. <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/archivos/Articulo_FARAMINA_N_JuanManuel.pdf> [consulta: 15 agosto 2013].
28. DEUTCH, Sinai. 1995. *Are Consumer Rights Human Rights?* *Osgoode Hall Law Journal*, 32(3): 537-578.
29. DE VRIES, Sybe. 2013. *Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice*. *Utrecht Law Review*, 9(1): 169-192.
30. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. 2009. *The Protection of Fundamental Rights in the EU: Community of values with Opt-Out?* En: PERNICE, Ingolf y TANCHEV, Evgeni (Eds.). *Ceci N'Est Pas Une Constitution - Constitutionalisation Without a Constitution?* *Nomos*, pp. 119-129.
31. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Jacqueline. 2011. *Challenges for the Protection of Fundamental Rights in the EU at the Entry into Force of the Lisbon Treaty*. *Fordham International Law Journal*, 33(6): 1776-1799.
32. ECKES, Christina. 2013. *One Step Closer: EU Accession to the ECHR*. [en línea] UK Constitutional Law Group. <<http://ukconstitutionallaw.org/2013/05/02/christina-eckes-one-step-closer-eu-accession-to-the-echr/>> [consulta: 11 septiembre 2013].
33. FONTAINE, Pascal. 1990. Una Idea Nueva para Europa. La Declaración Schuman (1950-1990). Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 49p.

34. GIORGI, Florence. 2009. *The Enforcement of the Charter of Fundamental Rights of the European Union as a Challenge for Multi-level Protection System. University of Luxembourg Law Working Paper, 2009(02).* 17p.
35. GROUSSOT, Xavier y PECH, Laurent. 2010. *Fundamental Rights Protection in the European Union Post Lisbon Treaty. Fondation Robert Schuman. European Issues n° 173.* p. 13.
36. GROUSSOT, Xavier, LOCK, Tobias y PECH, Laurent. 2011. *EU Accession to the European Convention on Human Rights: a Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011. Fondation Robert Schuman. European Issues n° 218.* 17p.
37. GROUSSOT, Xavier, PECH, Laurent y PETURSSON, Gunnar. 2011. *The Reach of Fundamental Rights on Member State Action Post Lisbon Treaty. En: The Scope of Application of Fundamental Rights on Member States' Action: In Search of Certainty in EU Adjudication. Eric Stein Working Paper, N° 1/2011.* pp. 15-30.
38. HOUSE OF LORDS, CONSTITUTION COMMITTEE. 2008. *The Protocol concerning the United Kingdom and Poland. En: European Union (Amendment) Bill and the Lisbon Treaty: Implications for the UK Constitution. The Stationery Office.* pp. 21-22.
39. JACOBS, Francis. 2006. *The European Convention on Human Rights, The EU Charter of Fundamental Rights and the European Court of Justice. The impact of European Union accession to the European Convention on Human Rights. En: PERNICE, Ingolf, KOKOTT, Juliane Kokott y SAUNDERS, Cheryl (Eds.). The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective: 6th International ECLN-Colloquium / IACL Round Table Berlin, 2-4 November 2005 (European Constitutional Law Network-Series). Nomos.* pp. 291-296.
40. JIMENA, Luis. 2009a. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: Rango Legal y Contenidos Sustantivos. Cuadernos Europeos de Deusto, (40/2009): 63-83.*
41. JIMENA, Luis. 2009b. *La Carta Social Europea y la Unión Europea. Revista Europea de Derechos Fundamentales, 13: 389-407.*

42. JIMENA, Luis. 2009c. La Factibilidad de los Derechos Sociales en Europa: Debate Actual y Perspectivas. *Estudios de Economía Aplicada*, 27(3): 743-766.
43. JIMENA, Luis. 2011. La Jurisprudencia Europea sobre Derechos Sociales. En: VON BOGDANDY, Armin y otros (Eds.). *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. 1ª Ed. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 281-312.
44. JIMENEZ, Francisco. 2009. La Carta Social Europea (Revisada): Entre el Desconocimiento y su Revitalización como Instrumento de Coordinación de las Políticas Sociales Europeas. [en línea] *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. Junio de 2009. Número 17. <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/archivos/JIMENEZ_Francisco.pdf> [consulta: 17 abril 2013].
45. KINGJSEPP, Margus. 2012. *The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights*. *Juridica Internacional*, XIX:49-58.
46. LAFFRANQUE, Julia. 2012. *Who Has the Last Word on the Protection of Human Rights in Europe?* *Juridica Internacional*, XIX:117-134.
47. LENAERTS, Koen. 2011. *The Court of Justice of the European Union and the Protection of Fundamental Rights*. *Polish Yearbook of International Law*, 31: 79-106.
48. LIROLA, Isabel. 2004. La Protección de los Derechos Humanos en la Unión Europea. Reflexiones a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Agenda Internacional*, X(20): 93-111.
49. MANGAS, Araceli. 2008. Evolución del Respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea (Teoría y Práctica ante los Nuevos Desafíos del Terrorismo). *Agenda Internacional*, XV(26): 17-36.
50. MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. 1996. Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea. En: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 1ª Ed. Madrid, McGraw-Hill. pp. 581-597.
51. MANGAS, Araceli y LIÑAN, Diego. 2010. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 6ª Ed. Madrid, McGraw-Hill. 580p.

52. MATHISEN, Karoline. 2010. *The Impact of the Lisbon Treaty, in Particular Article 6 TEU, on Member States' Obligation with Respect to the Protection of Fundamental Rights*. *University of Luxembourg Law Working Paper*, 2010(01). 64p.
53. MCDERMOTT, Ivonne. 2010. *Human Rights and the Lisbon Treaty: Consensus or Conditionality?* *Whittier Law Review*, 31(4): 733-757.
54. MENÉNDEZ, Agustín. 2003. De la Carta de Derechos al Tratado Constitucional. En: CONFERENCIA LA Convención y el Debate sobre el Futuro de Europa. San Lorenzo de El Escorial, España. Universidad Complutense de Madrid. 14 p.
55. MILIONE, Ciro. 2012. ¿Es Razonable que España No Haya Ratificado Todavía la Carta Social Europea Revisada en 1996? Algunas Reflexiones sobre el Estado de la Cuestión. *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, (2): 113-132.
56. MORENO, José A. 2007. Los Principios Generales del Derecho. En: ORTEGA, Luis (Dir.). *Derecho Comunitario Europeo*. Valladolid, Lex Nova. pp. 23-34.
57. O'BOYLE, Michael. 2009. *The European Convention on Human Rights in Context*. En: *Law of the European Convention on Human Rights*. New York, Oxford University Press, 2ª Ed. pp. 1-36.
58. PARLAMENTO EUROPEO. 2008. Resolución sobre el Tratado de Lisboa, de 20 de febrero de 2008 (A6-0013/2008). [en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008-0055&language=ES&ring=A6-2008-0013>> [consulta: 18 junio 2013].
59. PARLAMENTO EUROPEO. 2010. 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 Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (2009/2241(INI)). DOUE C 161 de 19 de mayo de 2010. pp. 72-78
60. PARLAMENTO EUROPEO. 2013a. Informe sobre el proyecto de Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la República Checa (artículo 48, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea) (A7-0174/2013). [en línea] Comisión de Asuntos

Constitucionales, ponente: Andrew Duff
<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0174+0+DOC+XML+V0//ES>> [consulta: 14 junio 2013].

61. PARLAMENTO EUROPEO. 2013b. Resolución de 22 de mayo de 2013, sobre el proyecto de Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la República Checa (artículo 48, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea) (P7_TA(2013)0209) [en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0209&language=ES&ring=A7-2013-0174>> [consulta: 17 junio 2013].
62. PEÑA, Javier. 2003. La Carta de Derechos Fundamentales y la Ciudadanía Europea. *Revista de Estudios Europeos*, (33): 63-83.
63. POLAKIEWICZ, Jörg. 2013. *EU law and the ECHR: Will EU accession to the European Convention on Human Rights square the circle?* En: CONFERENCIA PÚBLICA *Fundamental Rights In Europe: A Matter For Two Courts*, 18 de enero de 2013. [en línea] Oxford, Inglaterra. Oxford Brookes University. 12p. <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Accession_documents/Oxford_18_January_2013_versionWeb.pdf> [consulta: 10 septiembre 2013].
64. QUISPE, Richard. 2009. *Manual de los Derechos Humanos*. Lima, Ediciones Jurídicas. 257p.
65. RITLENG, Dominique. 2012. *The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. A Threat to the Specific Characteristics of the European Union and Union Law? Uppsala Faculty of Law Working Paper 2012:l*. 19p.
66. RIVEROS, Edgardo. 2011. *Normativa Internacional de los Derechos Humanos y el Sistema Democrático: el Caso Chileno*. Santiago, Fundación Konrad Adenauer, Serie de Estudios No. 5. 75p.
67. RODEAN, Neliana. 2012. *Legal Aspects of Accession of EU to ECHR*. *Global Journal of Human Science Arts & Humanities*, 12(15): 11-22.

68. SCHIAPPA-PIETRA, Oscar. 2004. *Protecting Human Rights in the European Union: Problems and Prospective scenarios*. *Agenda Internacional*, X(20): 79-92.
69. SMISMANS, Stijn. 2010. *The European Union's Fundamental Rights Myth*. *Journal of Common Market Studies*, 48(1): 45-66.
70. SPIELMANN, Dean. 2013. *Human Rights in Europe*. En: CONFERENCIA PÚBLICA *Human Rights in Europe*, 22 de febrero de 2013. Cambridge, Inglaterra. [en línea] University of Cambridge, Fitzwilliam College. 7p. <http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130222_Spielmann_Cambridge_ENG.pdf> [consulta: 12 septiembre 2013].
71. SQUELLA, Agustín. 2002. *Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana*. En: *Introducción al Derecho*. 1ª Ed. Santiago, Editorial Jurídica. pp. 157-202.
72. SYRPIS, Phil. 2008. *The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?* *Industrial Law Journal*, 37(3): 219-235.
73. TAJADURA, Javier. 2010. *El Futuro de Europa. Luces y Sombras del Tratado de Lisboa*. Granada, Comares. 150p.
74. TEZCAN, Narin. 2008. *Fundamental rights*. En: TOBLER, Christa (Ed.). 2008. *The Lisbon Treaty. Lisbon Treaty Meeting Summaries, 19 March 2008*. [en línea] *Europa Institute of Leiden University*. Leiden. pp. 33-35. <<http://media.leidenuniv.nl/legacy/lisbon-treaty-summaries.pdf>> [consulta: 17 mayo 2013].
75. TOBLER, Christa (Ed.). 2008. *The Lisbon Treaty. Lisbon Treaty Meeting Summaries, 19 March 2008*. [en línea] *Europa Institute of Leiden University*. Leiden. <<http://media.leidenuniv.nl/legacy/lisbon-treaty-summaries.pdf>> [consulta: 17 mayo 2013].
76. TOBLER, Christa y BEGLINGER, Jacques. 2010. *The Development of European Integration*. En: *Essential EU Law in Charts*. [en línea] 2ª Ed. Budapest, HVG-ORAC. <http://www.eur-charts.eu/pdf2ed/SampleChartsText_Essential-EU-Law-in-Charts-Text_Tobler-Beglinger_2Ed-2010.pdf> [consulta: 17 mayo 2013].
77. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. [s.a.] Sentencia de 22 de diciembre de 2010, en caso *DEB*, C-279/09. [en línea]

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db9980660cbc254519a6a5b7a4255884e6.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLbNb0?text=&docid=83452&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=505410>> [consulta: 05 julio 2013].

78. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. [s.a.]. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Preguntas y Respuestas. [en línea] Estrasburgo. <http://www.echr.coe.int/NR/ronlyres/A384C041-7BB1-4688-BCAE-0F9B6A93983A/0/Questions_Answers_SPA.pdf> [consulta: 15 abril 2013].
79. TULKENS, Françoise. 2013. *EU Accession to the European Convention on Human Rights*. En: SEMINARIO INTERNACIONAL *Effective Remedies, Lengthy Proceedings and Access to Justice in the EU: Ensuring the right to a fair trial under the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights*, 1 de marzo de 2013. [en línea] Cracovia, Polonia. National School of Judiciary and Public Prosecution (KSSIP). 16p. <http://www.ejtn.net/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/Human%20Rights%20and%20Access%20to%20Justice%20Seminar/Krakov_Tulkens_final.pdf> [consulta: 10 septiembre 2013].
80. UNION EUROPEA. 2001. Declaración Relativa al Futuro de la Unión. Declaración nº 23 anexa al Tratado de Niza. 26 de febrero de 2001. [en línea] <http://eurlex.europa.eu/es/treaties/dat/12001C/htm/C_2001080ES.007001.html> [consulta: 26 abril 2013].
81. UNIÓN EUROPEA. 2004. Una Constitución para Europa. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 16p.
82. UNIÓN EUROPEA. 2007a. Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales. Diario Oficial de la Unión Europea, C 303/02, de 14 de diciembre de 2007. pp. 17-35.
83. UNIÓN EUROPEA. 2007b. Reglamento (CE) Nº 168/2007 del Consejo de 15 de febrero de 2007 por el que se crea un Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, pp. 1-14.
84. UNIÓN EUROPEA. 2007c. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM), Tratado CEE. [en línea]

- <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_es.htm> [consulta: 14 agosto 2013].
85. UNIÓN EUROPEA. 2010a. Su Guía Sobre el Tratado de Lisboa. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 20p.
86. UNIÓN EUROPEA. 2010b. Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Tratado CECA. [en línea] <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_esc_es.htm> [consulta: 14 agosto 2013].
87. UNIÓN EUROPEA. 2010c. Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Tratado CEE. [en línea] <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_es.htm> [consulta: 14 agosto 2013].
88. UNIÓN EUROPEA. 2011. Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. [en línea] <http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/c10107_es.htm> [consulta: 26 de abril de 2013].
89. UNIÓN EUROPEA. 2012a. Versiones Consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/01, de 26 de octubre de 2012. pp. 1-388.
90. UNIÓN EUROPEA. 2012b. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, C 326/02, de 26 de octubre de 2012. pp. 389-403.
91. VAN BOCKEL, Bas. 2008. *The new position of the 2nd and 3rd pillars*. En: TOBLER, Christa (Ed.). *The Lisbon Treaty. Lisbon Treaty Meeting Summaries, 19 March 2008*. [en línea] Europa Institute of Leiden University. Leiden. pp. 27-28. <<http://media.leidenuniv.nl/legacy/lisbon-treaty-summaries.pdf>> [consulta: 17 mayo 2013].
92. VAN DEN BERGHE, Federic. 2010. *The EU and Issues of Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems?* *European Law Journal*, 16(2): 112-157.

93. VLACHOPOULOS, Spyridon. 2008. *The European Union's Charter of Fundamental Rights: A Contribution to the European Integration, a Step Towards the European Constitution or Just a Non-binding Declaration of Human Rights?* *The Juridical Current Journal*, XI(32-33): 11-25.