

# DERECHO Y ECONOMÍA DE LA **Integración**



DIRECCIÓN  
CARLOS F. MOLINA DEL POZO

***Derecho al Medio Ambiente***  
(M. PRIEUR - CIDCE)

***Libre Circulación***  
(R. CIPPITANI)

***Pacto UE - Turquía***  
(C.F. MOLINA DEL POZO /  
J.A. JIMÉNEZ CARRERO)

***Tribunales Administrativos***  
(N. SUÑÉ)

***Uso del Velo en el Trabajo***  
(J.E. LÓPEZ AHUMADA)

**OPINIÓN**  
**JOSÉ MARÍA**  
**GIL-ROBLES**  
**LA CIUDADANÍA**  
**EUROPEA**

En colaboración con el  
*Instituto Eurolatinoamericano de*  
*Estudios para la Integración (IELEPI)*



La revista **DERECHO Y ECONOMÍA DE LA INTEGRACIÓN** no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

La revista **DERECHO Y ECONOMÍA DE LA INTEGRACIÓN** agradece la remisión de artículos para su publicación.

Los originales deben ser enviados a [info@juri-dileyc.com](mailto:info@juri-dileyc.com).

Normas completas: [juri-dileyc.com](http://juri-dileyc.com)

*Diseño gráfico: Daniela Coïc*

*Créditos fotográficos: BID, COP21, OEA, OIT, ONU, Pixabay, TJCA, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TPR Mercosur, UE, Universidad de Limoges*

**Precio (número suelto): 15 € sin IVA**

**Suscripciones anuales:**

**50 € sin IVA (general) | 25 € sin IVA (estudiantes)**

© 2017 Juri-Dileyc, C/ Mayor, 27, 2A, 28801 ALCALÁ DE HENARES (Madrid, España)

NIF: B87486213

ISSN: 2530-5093

Publicación trimestral

Encuétranos en [juri-dileyc.com](http://juri-dileyc.com) / [juri-dileyc.fr](http://juri-dileyc.fr) o envíanos un correo electrónico a [info@juri-dileyc.com](mailto:info@juri-dileyc.com)

Todos los derechos reservados

## EDITORIAL



Tiempos convulsos y revueltos los que vivimos, y sí, nos afectan, pues claro que nos afectan. Estamos inmersos en un mundo globalizado en el que cualquier pequeña cuestión va a tocarnos de lleno en nuestra pacífica y serena vida diaria. Nuestra sociedad se encuentra interconexiónada en la mayor parte de sus normales manifestaciones y se mueve hasta sus cimientos ante la comisión de determinadas actuaciones, sea cual sea el escenario geográfico donde se produzcan. Por ello, puede afirmarse que, el impacto de ciertos desaguisados en la ciudadanía provoca no sólo rechazos más o menos amplios, sino también la desconfianza generalizada en la clase política dirigente así como, en ocasiones, el desprecio y la marginación de las mismas ideas en gran parte de la población.

Nos llegamos a preguntar el sentido que tienen los partidos políticos tal y como actualmente se hallan configurados, cuál sea su valor como instrumentos para practicar la democracia en el mundo, cómo debieran actuar para lograr sus fines y objetivos, de qué forma debieran replantearse su actividad futura a la luz de los acontecimientos que se producen en nuestra sociedad. En efecto, los partidos políticos, sobre todo a nivel europeo, han de reflexionar acerca de su deambular futuro, precisamente instalados en un mundo globalizado como el actual, y en donde tienen la necesidad de servir como instrumentos para la implementación de la democracia y como vehículo idóneo que posibilite la participación de los ciudadanos en la política activa.

*«El impacto de ciertos desaguisados en la ciudadanía provoca no sólo rechazos más o menos amplios, sino también la desconfianza generalizada en la clase política dirigente».*

En otro orden de cosas, también podemos afirmar que, en el contexto de nuestra organización supranacional, la Unión Europea, los acontecimientos se amontonan y a penas queda tiempo para pensar con la debida serenidad cómo dar solución a los problemas que surgen o impulsar acertadamente las diferentes cuestiones que se vienen suscitando en el desarrollo diario de las propias instituciones, órganos y organismos de la Unión.

*«Los acontecimientos se amontonan y a penas queda tiempo para pensar con la debida serenidad cómo dar solución a los problemas que surgen».*

El ciudadano europeo, en ocasiones, no puede dar crédito a cuanto sucede a su alrededor. Se detecta una ausencia casi absoluta de liderazgo político; las controversias internas producidas en ciertos países tampoco favorecen la

construcción europea; las actitudes impulsadas por parte de determinados Estados tampoco favorecen el avance en la integración; los personalismos excesivos o populismos, unidos a ciertos exacerbados nacionalismos no conducen más que al

pasado y nunca a la imprescindible apertura hacia adelante de los pueblos y de las culturas.

Si a semejantes manifestaciones como las descritas, unimos el entorno internacional - nada optimista, por cierto - el resultado es fácil de adivinar (E.E.U.U., China, Corea del Norte, Siria, Rusia, Venezuela, Turquía, ISIS, etc.).

**Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo**

Director de la Revista **DERECHO Y ECONOMÍA DE LA INTEGRACIÓN**

Catedrático de Derecho Administrativo

Catedrático Jean Monnet “Ad Personam” de Derecho Comunitario

Universidad de Alcalá (España)

Presidente del Instituto Eurolatinoamericano de Estudios para la Integración (IELEPI)

**TU OPINIÓN NOS INTERESA:  
WWW.JURI-DILEYC.COM**

**SUMARIO N.º 2  
ABRIL-JUNIO DE 2017**

**EDITORIAL**

Carlos F. Molina del Pozo, Director de la Revista p. 3

**OPINIÓN**

*La ciudadanía de la Unión Europea* p. 9  
José María Gil-Robles

Fortaleciendo los derechos de los ciudadanos en una Unión de cambio democrático |  
Informe sobre la ciudadanía de la UE 2017 (conclusiones)  
COM (2017) 30 final, 24 de enero de 2017 p. 18

**DERECHO DE LOS SERES HUMANOS AL AMBIENTE**

*Introduction au projet de pacte international relatif au droit des êtres humains à  
l'environnement* p. 23  
Michel Prieur

Proyecto de Pacto internacional relativo al derecho de los seres humanos al ambiente  
p. 35

**LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS**

*Libre circulación de las personas y cambios en los paradigmas jurídico-culturales* p. 49  
Roberto Cippitani

**PACTO UE-TURQUÍA**

*Análisis del pacto UE – Turquía: ¿jaque mate al derecho de asilo?* p. 71  
Carlos F. Molina del Pozo  
Jorge Antonio Jiménez Carrero

Anexo: Quinto informe sobre los progresos realizados en la aplicación de la  
Declaración UE-Turquía (conclusiones)  
COM (2017) 204 final, 2 de marzo de 2017 p. 100

## TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS INTERNACIONALES

<i>Tribunales administrativos internacionales: el caso del tribunal administrativo laboral del Mercosur</i>	p. 101
Natasha Suñé	

## ACTUALIDAD: USO DEL VELO EN EL TRABAJO

<i>Discriminación y prohibición del uso del velo en el trabajo: asuntos C-157/15 y C-188/15 del TJUE</i>	p. 125
J. Eduardo López Ahumada	
TJUE, G4S Secure, 14 de marzo de 2017, C-157/15	p. 137
TJUE, Bougnaoui, 14 de marzo de 2017, C-188/15	p. 147

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVAS

Índice temático Jurisprudencia	p. 157
<b>Ayuda de Estado:</b> Tribunal General, Francia/Comisión (T-366/13, T-454/13)	p. 159
<b>Ciudadanía de la Unión:</b> Tribunal General, Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe/Comisión (T-646/13)	p. 159
<b>Competencia:</b> TJUE, Aloys F. Dornbracht/Comisión (C-604/13 P, C-609/13, C-611/13, C-613/13, C-619/13, C-625/13, C-626/13, C-636/13, C-637/13, C-638/13, C-642/13, C-644/13); Tribunal General, United Parcel Service/Comisión (T-194/13); TJUE, Samsung SDI y otros/Comisión (C-615/15 P)	p. 159
<b>Comunicaciones electrónicas:</b> TJUE, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main (C-568/15); TJUE, Tele2 (Netherlands) y otros (C-536/15)	p. 159
<b>Datos personales:</b> TJUE, Manni (C-398/15)	p. 161
<b>Derecho institucional:</b> Tribunal General, Nausicaa Anadyomène y Banque d'Escompte/BCE (T-749/15); Dictamen C-3/15	p. 161
<b>Derechos fundamentales:</b> TJUE, X y X (C-638/16, PPU)	p. 162
<b>Espacio de libertad, seguridad y justicia:</b> TJUE, Vilkas (C-640/15); TJUE, Lounani (C-573/14); Tribunal General, NF/Consejo Europeo (T-192/16, T-193/16, T-257/16); TJUE, Zulfikarpašić (C-484/15 y C-551/15); TJUE, A y otros (C-158/14); TJUE, Fahimian (C-544/15)	p. 162
<b>Fiscalidad:</b> TJUE, RPO (C-390/15)	p. 166
<b>Política industrial:</b> TJUE, Schmitt (C-219/15)	p. 166
<b>Propiedad intelectual e industrial:</b> TJUE, EUIPO/Szajner (C-598/14 P)	p. 166
<b>Publicidad:</b> TJUE, Carrefour Hypermarchés SAS contra ITM Alimentaire International SASU (C-562/15)	p.167
<b>Relaciones exteriores:</b> Tribunal General, JingAo Solar y otros/Consejo (T-157/14, T-158/14, T-161/14, T-163/14, T-160/14, T-162/14); TJUE, Rosneft (C-72/15)	p. 168
Índice temático Legislación	p. 170

## CLUB DE LECTURA

Abécédaire de droit de l'Union Européenne - <i>En l'honneur de Catherine Flaesch-Mougin</i>	p. 173
El Corredor Mediterráneo ( <i>Eloïse Libourel</i> )	p. 173
El Derecho de Asilo: en aras de un complejo equilibrio ( <i>Zulima Sánchez Sánchez</i> )	p. 174
El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea: la implementación del programa de Estocolmo ( <i>Víctor Luis Gutiérrez del Castillo; Manuel López Jara</i> )	p. 174
El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea – presente y futuro ( <i>Olga Fotinopoulou Basurko</i> )	p. 175
El principio de igualdad en el Derecho constitucional europeo ( <i>Mariana Rodríguez Canotilho</i> )	p. 176
Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo ( <i>María Dolores Bollo Arocena</i> )	p. 176
¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana ( <i>Encarna Carmona Cuenca; Javier García Roca</i> )	p. 177
La unidad europea – Aproximaciones a la historia de la Europa comunitaria ( <i>Salvador Forner Muñoz y Heidi-Cristina Senante</i> )	p. 178

COMENTA TODOS LOS ARTÍCULOS:  
[WWW.JURI-DILEYC.COM](http://WWW.JURI-DILEYC.COM)

**COMITÉ CIENTÍFICO**

**Juan Domingo Alfonzo Paradisi** (Venezuela)  
**Mariano Baena del Alcázar** (España)  
**Enrique Barón Crespo** (España)  
**Miguel Ángel Ciuro Caldani** (Argentina)  
**Juan Ramón Cuadrado-Roura** (España)  
**Rafael Fernández Valverde** (España)  
**José María Gil-Robles** (España)  
**Carlos Guerra Gallardo** (Nicaragua)  
**Aída Kemelmajer de Carlucci** (Argentina)  
**David Ordoñez Solis** (España)  
**Benigno Pendás García** (España)  
**Rosario Silva de Lapuerta** (España)  
**Ottón Solís Fallas** (Costa Rica)  
**Antonio Tizzano** (Italia)  
**Ernesto Velázquez Baquerizo** (Ecuador)

**CONSEJO EDITORIAL**

**Elizabeth Accioly Rodrigues Da Costa** (Brasil)  
**Domingo Carbajo Vasco** (España)  
**Roberto Cippitani** (Italia)  
**Andrea De Guttry** (Italia)  
**Santiago Deluca** (Argentina)  
**Antonio Estella De Noriega** (España)  
**José Javier Fernández Fernández** (España)  
**Salvador Forner Muñoz** (España)

**Bernardo Hernández Bataller** (España)  
**Waldemar Hummer** (Austria)  
**Jamile Mata Diz** (Brasil)  
**Andry Matilla Correa** (Cuba)  
**María Elvira Méndez Pinedo** (Islandia/ España)  
**Peter-Christian Müller-Graff** (Alemania)  
**Juan Emilio Oviedo Cabañas** (Paraguay)  
**Terina Palacios Cruz** (México)  
**Juan Pablo Pampillo Boliño** (México)  
**Calogero Pizzolo** (Argentina)  
**Pablo Podadera Rivera** (España)  
**Enrique Puerta Domínguez** (España)  
**Joaquín Roy** (USA / España)  
**Roberto Ruiz Díaz Labrano** (Paraguay)  
**Antonio Santagostino** (Italia)  
**Enrique Ulate Chacón** (Costa Rica)  
**Alberto Zelada Castedo** (Bolivia)

**SECRETARÍA PERMANENTE**

**Chrysoula Archontaki** (Grecia)  
**Roxana Balaur** (Rumanía)  
**Francisco Barquin** (México)  
**Ronan Ciréfica** (Francia)  
**Jorge Antonio Jiménez Carrero** (España)  
**Pablo Cristóbal Molina del Pozo Martín** (España)  
**José Alejandro Morales de los Ríos** (Venezuela)  
**José Luis Navas García** (España)  
**María Rapalo Lichtensztein** (Argentina)  
**Lorène Souldard** (Francia)

**JURI-DILEYC.COM**



## OPINIÓN

# *LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA*



### *JOSÉ MARÍA GIL-ROBLES*

Ex-Presidente del Parlamento Europeo

*Sumario:* I. Ciudadanos de la Unión. II. Qué significa ser ciudadano. III. Adquisición y pérdida de los derechos del ciudadano europeo. IV. Los derechos del ciudadano europeo. V. El sentimiento de la ciudadanía europea.

## I. CIUDADANOS DE LA UNIÓN

Desde el 1 de noviembre de 1993, fecha de la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, todos los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea somos, además, ciudadanos de la Unión.

En efecto, el artículo 8 de dicho Tratado dispone: «Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión el que ostente la nacionalidad de un estado miembro».

Podría decirse que, esta formulación es técnicamente imperfecta. En efecto, como bien ha observado en su día el profesor Pérez Serrano han de distinguirse, a su vez, nacionales y ciudadanos, entendiendo por estos últimos a aquellos naturales del país que tienen la capacidad política legalmente reconocida para intervenir en la cosa pública<sup>1</sup>.

Parece evidente que el Tratado de Maastricht, no quiso extender la ciudadanía a todos los nacionales de los Estados miembros sino solo a los que ya gozasen de capacidad política legalmente reconocida, y, de hecho, la aplicación del Tratado no ha suscitado dudas al respecto.

*«El concepto de ciudadanía no se limita (...) a la mera capacidad política o derecho de sufragio».*

Sin embargo el Tratado de Lisboa (Art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la U.E.) mantiene esa redacción con el añadido del Tratado de Ámsterdam: «La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional, sin sustituirla».

Lo que ocurre es que el concepto de ciudadanía no se limita en los tratados a la mera capacidad política o derecho de sufragio (DUGUIT llega a decir: «...en el sistema representativo el cuerpo de ciudadanos....no tiene más función que la de elegir»<sup>2</sup>), sino que la condición de ciudadanos confiere un conjunto de derechos mucho más amplio, que los que más adelante me referiré (libre circulación y residencia, protección diplomática, derecho de partición, etc.).

## II. QUÉ SIGNIFICA SER CIUDADANO

Ciudadano es una persona titular de derechos y deberes políticos, tanto en su ámbito nacional propio como en el europeo, sin que quepa disociar ambas ciudadanía ni quedarse sólo con una de ellas. Se ha optado así por una solución típica de las uniones federales, a diferencia de las adoptadas en otras fórmulas de uniones multinacionales. En su estudio sobre «El estado, elementos de política histórica y práctica»<sup>3</sup>, Woodrow WILSON (1904) fue examinando las soluciones dada a la cuestión de la ciudadanía en el Ier Imperio Alemán (párr. 557), Suiza (párr. 639) Austria Hungría (párr. 760), Suecia

<sup>1</sup> PÉREZ SERRANO, Nicolás (1976), *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, p. 115.

<sup>2</sup> *Tratado de Derecho Constitucional* (1924), E. de Bocard, París, vol. 4, p. 1.

<sup>3</sup> Librería General de Victoriano Suárez, 1ª edición, Madrid, traducción de Adolfo Posada, Tomo I.

- Noruega (párr. 811) y los Estados Unidos de América (párr. 1.119), destacando que esta doble ciudadanía es la solución adoptada por las organizaciones federales, y no por las dobles monarquías.

Me permito citar dos párrafos de esa obra de hace más de un siglo que resultan hoy en día esclarecedoras respecto de la naturaleza y el carácter de nuestra Unión Europea y de su ciudadanía:

Párrafo 1.119 (pág. 253): «La ciudadanía del Gobierno. Quien quiera que posea la ciudadanía, es a la vez ciudadano de los Estados Unidos y del Estado en el cual vive. No puede ser ciudadano sólo de los Estados Unidos o sólo de un estado; debe ser a la vez ciudadano de ambos; las dos partes de esta ciudadanía son inseparables».

Párrafo 1.125: «...Los Estados que la componen son los únicos ciudadanos de una Confederación; para el individuo no hay ciudadanía federal,...»

*«La democracia no necesita vasallos que esperan del señor que les resuelva sus problemas, sino ciudadanos que exigen a los poderes públicos que respeten sus derechos».*

De aquí podemos sacar varias conclusiones:

A) La ciudadanía es el vínculo que une al ciudadano con la comunidad política (o las comunidades políticas) en que está integrado. No es ese colectivo abstracto que el lenguaje

políticamente correcto ha puesto de moda en posición pedigrüña hacia el Estado.

La ciudadanía, tal como surge en la Revolución Francesa, es lo contrario del vasallaje. No hay expresión más anticidadana que esa que vemos repetida cada poco: «¡qué buen vasallo si tuviera buen señor!». La democracia no necesita vasallos que esperan del señor que les resuelva sus problemas, sino ciudadanos que exigen a los poderes públicos (regionales, nacionales y europeos) que respeten sus derechos con la fuerza que da el cumplir sus deberes.

Por eso el artículo 20.2 del Tratado de Funcionamiento (Tratado de Lisboa) dice: «Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados».

Este precepto justifica el cobro de prestaciones económicas (aranceles, etc.) que percibe la Unión, aunque los recauden en su nombre los Estados miembros y, si un día, la Unión tuviese fuerzas armadas y precisará de un reclutamiento militar obligatorio (como ha vuelto a establecer Suecia, por ejemplo) sería un deber exigible al ciudadano europeo.

B) Puedo repetir hoy lo que afirmaba en 1993 al principio del libro que un grupo de Letrados de las Cortes preparamos<sup>4</sup>:

<sup>4</sup> GIL-ROBLES, José María et. al. (1993), *Los Derechos del Europeo*, CYAN, Madrid, p. 5.

«Desde el 1 de noviembre de este año 1993, usted y yo, lector, no sólo somos ciudadanos españoles, sino ciudadanos de la Unión Europea. Así lo establece el artículo 8 del tan mentado como poco conocido Tratado de Maastricht. Por tanto, cuando, por cualquier causa (turismo, negocios, residencia, etc.), nos encontremos en Gran Bretaña, Holanda, Italia o cualquier otro país comunitario ya no seremos usted y yo extranjeros, sino ciudadanos de la Unión. Y como a tales deberá tratárenos, reconociéndonos nuestros derechos y exigiendo que cumplamos los correlativos deberes.

Llegar a ser ciudadano fue durante todo el siglo XIX un objetivo que costó sangre y lágrimas. Fue también un timbre de gloria. Significaba y significa que la nación, la comunidad política, era ‘de todos’ y no sólo de ‘los que mandan’; que España, Bélgica, Francia o cualquier otro país no son patrimonio de unos pocos, sino de todos sus ciudadanos, y que éstos pueden participar, directa o indirectamente, en las decisiones de la autoridad pública y en la determinación de quienes han de ejercerla. La ciudadanía es la mayoría de edad democrática.

La ciudadanía de la Unión Europea tiene, en consecuencia, un valor simbólico.

Significa que la Unión deja de ser asunto exclusivo de los Estados (en la práctica de sus gobiernos) y pasa a ser un asunto de todos y cada uno de sus ciudadanos. Significa también que de la buena o mala marcha de esa Unión somos co-responsables desde el 1 de noviembre de 1993 españoles, portugueses, daneses, irlandeses, griegos, italianos, alemanes, luxemburgueses, belgas, holandeses, británicos y franceses. Estamos todos metidos en el mismo cesto, nos guste o no, y por eso ya no somos ‘ajenos’, ‘extranjeros’, ‘otros’, sino pura y simplemente ‘conciudadanos’. Ni más ni menos, aunque la mayoría de esos nuevos conciudadanos no hayan caído en la cuenta del cambio».

*«El ciudadano, si quiere serlo de verdad, no puede ser sujeto temeroso y sumiso ni espectador de la vida pública».*

Hoy en día los asuntos europeos están ya presentes diariamente en los medios de comunicación. La Unión Europea y sus vicisitudes han dejado de ser un asunto de élites para ser una preocupación de los ciudadanos.

C) Lo que nos lleva a otra característica fundamental de la ciudadanía: la participación activa. Sigo con las autocitas<sup>5</sup>:

«Resulta imprescindible recordar que la ciudadanía supone una relación democrática entre la persona y el poder. El ciudadano, si quiere serlo de verdad, no puede ser sujeto temeroso y sumiso ni espectador de la vida pública. Ha de ser protagonista activo, comprometido.

De sobra sé que los partidos políticos no están precisamente bien considerados. Sobre ellos ha caído un desprestigio fruto de muchos abusos, no pocas corruptelas y un elevado grado de burocratización. Pero mientras no se encuentre otro cauce mejor de participación, y de momento no se ve ninguno, el remedio a esa situación viciada no

<sup>5</sup> GIL-ROBLES, José María *et. al.* (1993), *Los Derechos del Europeo*, CYAN, Madrid, pp. 9 y 10.

está en nuevas leyes o exigencias de transparencia - que siempre podrán ser burladas -, sino en el ejercicio activo de la ciudadanía. El que renuncia a participar, considerando que 'la política es cosa de políticos', y se contenta como situarse como espectador distante que paga y de vez en cuando vota, no es ciudadano. Es súbdito - sumiso o rebelde, es igual - y como súbdito será tratado y manipulado, pues no está dispuesto a comprometerse lo más mínimo para evitarlo.

*«Ser ciudadano europeo es algo más que elegir cada cinco años unos diputados al PE, esperar que el gobierno de turno obtenga (...) la solución de todos nuestros problemas y criticarle abiertamente cuando no lo consigue».*

Ser ciudadano europeo es algo más que elegir cada cinco años (si es que se acude a votar) unos diputados al Parlamento Europeo, esperar que el gobierno de turno obtenga en las negociaciones entre Estados la solución de todos nuestros problemas y criticarle abiertamente cuando no lo consigue. Es informarse de las posibles soluciones, apoyar a

quienes defienden unas u otras, exigir antes y no lamentarse después. Es molestarse en utilizar las vías de conocimiento y participación, que son más que las que parecen, sin esperar a que nos lo den todo hecho. Porque ese milagro ocurrió una vez en beneficio de San Isidro, pero fue...eso, un milagro».

### III. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EUROPEO

Del artículo 20.1 del Tratado de Funcionamiento, que reproduce el art. 8 del Tratado de Maastricht, parece claro que la ciudadanía europea es un vínculo que se adquiere o pierda automáticamente, al adquirirlo o perder la nacionalidad de un Estado miembro.

Sin embargo, es evidente que hay otra forma de adquirirla: si un Estado que no es miembro de la Unión pasa a formar parte de esta, sus ciudadanos se convierten automáticamente en ciudadanos de la Unión.

Y viceversa, el día que Gran Bretaña deje de ser miembro de la Unión Europea, los ciudadanos británicos dejarán de ser ciudadanos de la Unión.

¿Quiere esto decir que perderán todos los derechos que hayan adquirido como ciudadanos europeos durante el tiempo en que lo fueron?

Me parece que habrá que distinguir según los derechos.

A) En lo que se refiere al derecho de sufragio activo y pasivo a las elecciones al Parlamento Europeo y las elecciones municipales, entiendo que son derechos íntimamente ligados a la condición del ciudadano como partícipe del poder, y se pierden por tanto con la ciudadanía. Habrá que prever, por tanto, la situación de quienes ostenten cargos electos en el momento de la salida del Reino Unido y hasta el final de sus mandatos.

B) Los derechos de petición, de acceso a los documentos, de acudir al Defensor del Pueblo Europeo y a una buena administración, los reconoce la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no sólo a los ciudadanos de esta sino a toda persona que resida en un estado miembro. Luego los británicos seguirán ostentándolos en todo caso.

C) Los derechos de libertad de circulación y residencia y a la protección diplomática y consular vienen reconocidos sólo a los ciudadanos europeos. Será imprescindible, por tanto, abordar la situación de los británicos que continúen residiendo en la Unión y de los ciudadanos europeos que sigan viviendo en el Reino Unido. De hecho parece que ambas partes coinciden en tratar este tema como uno de los primeros capítulos de la negociación.

D) Particular delicadeza presenta, a mi juicio, la existencia de los funcionarios británicos de la Unión.

*«Habrá que tratar de armonizar los derechos de los funcionarios británicos con los intereses del R.-U., y de la propia Unión».*

Por una parte, todos esos funcionarios cumplieron en su día el requisito exigido por el artículo 28 del Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea de ser súbditos de uno de los Estados miembros, aunque ahora vayan a perder esa condición.

Por otra, la pérdida de ese requisito no está prevista en el artículo 47 del Estatuto, que establece los diferentes motivos que pueden originar el cese de la relación funcional de servicio.

Nos encontramos ante una colisión entre lo que parece un requisito esencial para el desempeño de la función pública en el estado moderno, que es la condición de ciudadano, la vinculación política con la comunidad a que se sirve (amen de los conflictos de interés que podrían producirse en muchos casos), y el respeto a la seguridad jurídica<sup>6</sup> y los derechos adquiridos.

No cabe duda que la importancia del tema obligará a darle una solución en los acuerdos de salida del Reino Unido de la Unión, solución en la que habrá que tratar de armonizar los derechos de los funcionarios británicos con los intereses del Reino Unido, y de la propia Unión, ambos interesados sin duda en aprovechar la experiencia y capacidad de un colectivo tan importante.

#### IV. LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EUROPEO

A) Los derechos de los ciudadanos europeos son todos los establecidos a su favor en los Tratados de la Unión Europea y así lo reconoce el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento (Tratado de Lisboa), sin perjuicio de referirse específicamente a los siguientes:

<sup>6</sup> TJUE, *De Geus en Uittenboger/Bosch y otros*, 6 de abril de 1962 (C-13/61, Rec. 1962, p. 152).



- a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros;
- b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;
- c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado;
- d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones, y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua.

B) Se trata de una enumeración no limitativa («entre otras cosas», dice el Tratado). Tan es así que, al prever en los artículos 21 al 24 los procedimientos necesarios para desarrollar esos derechos dedica uno de esos artículos - el 24 - a introducir un nuevo derecho, llamado nada menos que «iniciativa ciudadana».



La iniciativa ciudadana europea ya ha sido regulada (Reglamento 211/2011, de 1 de abril) y los ciudadanos europeos puede decirse que la han acogido con interés, pues, a pesar de los importantes requisitos que se exigen (al menos un millón de firmas recogidas en un siete EE.MM. como mínimo) para ponerla en marcha, se han lanzado a hacer uso de ella y presentaron 51 iniciativas en los tres primeros años.

Sin embargo, sólo un número muy reducido ha logrado llegar al final del procedimiento, lo cual ha dado lugar a una cierta frustración y a propuestas de aligerar dichos requisitos.

Estoy seguro de que lo que voy a decir es políticamente incorrecto, pero la experiencia de quince años de diputado en el Parlamento, cinco de ellos en la Comisión de Peticiones, me lleva a afirmar que la iniciativa ciudadana es un invento totalmente innecesario y que, por mucho que se aligeren los requisitos de su puesta en marcha, acabará casi siempre en frustración.

En efecto, la legislación europea es una legislación que necesariamente se basa en el consenso, para poder ser aplicada a una multiplicidad de países (ahora al menos 27). Esa perspectiva requiere un planteamiento inicial ya orientado hacia el consenso - que es lo que justifica el monopolio de la iniciativa legislativa de la Comisión - y la existencia de dos filtros posteriores, que son el Parlamento y el Consejo. Cuando, por excepción, se ha reconocido el derecho de iniciativa legislativa en alguna de las materias de Justicia e Interior, ninguna de las escasas iniciativas legislativas que se han producido ha pasado el fielato del Parlamento, porque su enfoque ha sido nacional o binacional, no europeo.

Las iniciativas ciudadanas son, en realidad, iniciativas de grupos de interés o de presión, es decir sectoriales y, además de arraigo diverso en los distintos Estados miembros. Un millón de firmas o tres millones de firmas no son cifras determinantes para una ley que ha de aplicarse a más de cuatrocientos millones de europeos, aunque

representen un esfuerzo de movilización impresionante. Pero que pueden igualmente alcanzarse al amparo del derecho de petición, y de hecho se han alcanzado.

Si somos sinceros, la iniciativa ciudadana no es más que una modalidad del derecho de petición y de dirigirse a las autoridades públicas, y por eso se incluye con estas (y con el

*«Si somos sinceros, la iniciativa ciudadana no es más que una modalidad del derecho de petición y de dirigirse a las autoridades públicas».*

acceso al Defensor del Pueblo europeo) en un mismo artículo, el 24 del Tratado de Funcionamiento ya citado.

Lo que ocurre es que, al presentarse como una novedad de los Tratados de Lisboa, le hemos dado (no rehuyo el mea culpa) una importancia que no

tiene, sobrevalorando su alcance como instrumento de participación del ciudadano europeo.

C) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - que ya tiene valor jurídico de Tratado, es decir, de derecho primario - añade a la relación del artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea otros dos derechos, a saber:

#### *I. El derecho a una buena administración*

a) Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

Este derecho incluye en particular:

- a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente;
- b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierne, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial;
- c) la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

b) Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

c) Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

#### *II. El derecho de acceso a los documentos*

Todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte.

No son únicamente derechos de los ciudadanos, sino que se extienden a los residentes y responden al nuevo papel de los poderes públicos que se ha ido imponiendo. Ahora no



sólo se les pide que no se entrometan en la vida de los ciudadanos (y aún hay corrientes ideológicas que cada vez más piden esa intromisión), sino que se les exigen una serie de servicios y prestaciones que, o se prestan «imparcial y equitativamente» o pueden perjudicar gravemente al ciudadano.

De ahí este nuevo derecho a la buena administración, que es por antonomasia el derecho anti-corrupción o, al menos, anticorruptela. Derecho aún poco estudiado como tal (otra cosa es el análisis y desarrollo de sus distintos aspectos que desde hace tiempo viene haciendo el Derecho Administrativo) al que hay que augurar un porvenir importante y del que es un mero aspecto el derecho al acceso a los documentos.

*«Solo ahora empezamos a ver peligros comunes para todos y, en relación con esos peligros y con nuestro propio desarrollo, intereses distintos en otras partes del mundo».*

D) Por lo demás no entraré en el análisis pormenorizado de los derechos enunciados en el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión antes transcrito. Lo ha hecho, y muy bien por cierto, el Profesor MOLINA DEL POZO en su Tratado de Derecho de la Unión Europea<sup>7</sup>. A él me remito en aras de la brevedad.

## V. EL SENTIMIENTO DE LA CIUDADANÍA EUROPEA

La ciudadanía no sólo es un vínculo que se crea o reconoce por ley. También es un sentimiento, el sentimiento de pertenencia a una comunidad. Pues bien, los sentimientos surgen de las vivencias, en este caso de las vivencias en común - y, particularmente cuando esa vivencia común es distinta, cuando no opuesta, a la de otros.

En Europa esa vivencia frente a enemigos comunes no la hemos tenido como conjunto, porque el conjunto se ha creado precisamente para acabar con los enfrentamientos particulares. Solo ahora empezamos a ver peligros comunes para todos y, en relación con esos peligros y con nuestro propio desarrollo, intereses distintos en otras partes del mundo. Nuestro patriotismo europeo apenas se manifiesta aún y el ejercicio de nuestros derechos de ciudadanos europeos aun resulta más tibio y menos activo que el de ciudadanos nacionales, y ya es decir.

*Eppur si muove.* Como diría GALILEO la inercia del tiempo histórico que nos ha tocado vivir va empujando la integración de nuestras realidades nacionales en una Unión Europea de la que, sin casi darnos cuenta, nos hemos hecho ciudadanos.

<sup>7</sup> MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (2015), *Tratado de Derecho de la Unión Europea*, Juruá, Lisboa, Vol. I, pp. 307 a 317.



## FORTALECIENDO LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN UNA UNIÓN DE CAMBIO DEMOCRÁTICO

### INFORME SOBRE LA CIUDADANÍA DE LA UE 2017

COM (2017) 30 final  
24 de enero de 2017

#### Introducción

Al ser común a todos los europeos, la ciudadanía de la Unión, que complementa las ciudadanía nacionales sin sustituirlas, incorpora valores y derechos comunes, así como la vasta diversidad de una Unión con lenguas y nacionalidades diferentes.

En el Tratado de Lisboa y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE se consolidaron los derechos, las oportunidades y las salvaguardias de la ciudadanía de la Unión, tales como la

libertad para viajar, trabajar y estudiar en otros países de la UE, para participar en la vida política europea y para recibir protección contra la discriminación por razón de la nacionalidad.

Para obtener información sobre el estatuto de la ciudadanía de la Unión en toda la UE y para valorar su incidencia en las vidas cotidianas de los ciudadanos europeos y la necesidad de emprender futuras actuaciones, en 2015 la Comisión llevó a cabo una consulta específica y dos encuestas sobre la ciudadanía de la Unión, una de ellas sobre los derechos electorales. También

se organizaron actos con los interlocutores principales, en concreto, con el Parlamento Europeo y con el Comité de las Regiones. Otras informaciones fueron facilitadas directamente por los ciudadanos de la Unión y por las partes interesadas.

Desde que se consagró por primera vez la ciudadanía de la Unión en el Tratado de Maastricht, hace veinticinco años, se han registrado importantes avances para garantizar la eficacia de los derechos de los ciudadanos de la UE en la práctica. En la actualidad, dos tercios de los europeos se consideran ciudadanos de la Unión, más aún las generaciones más jóvenes.

No obstante, es necesario seguir trabajando para garantizar que todos los ciudadanos de la Unión conozcan sus derechos y puedan participar plenamente del proceso democrático europeo. Este es un aspecto político prioritario para la Comisión, que ha reivindicado una Unión de cambio democrático. Esta labor ha de ser además un esfuerzo conjunto, en el que Estados miembros, parlamentos nacionales e instituciones de la UE colaboren para reforzar la confianza de los ciudadanos europeos en este proyecto común, a fin de conseguir una Europa mejor y más fuerte.

En 2013, la Comisión anunció doce nuevas medidas en seis ámbitos fundamentales con objeto de seguir eliminando los obstáculos que impiden que los europeos disfruten de sus derechos como ciudadanos de la UE. Desde entonces, ha emprendido acciones con respecto a todas esas medidas.

En este tercer informe sobre la ciudadanía de la Unión, la Comisión evalúa los avances registrados de acuerdo con sus prioridades políticas en

materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático. En él se establecen las principales iniciativas emprendidas desde 2014 para promover y reforzar la ciudadanía europea y se presentan propuestas concretas para lograr las prioridades fundamentales en el ámbito de la promoción, la protección y el fortalecimiento de los derechos de la ciudadanía de la Unión.

### **Prioridades 2017-2019**

- Promover los derechos de la ciudadanía de la Unión y los valores comunes de la UE
- Promover y aumentar la participación ciudadana en la vida democrática de la UE
- Simplificar la vida cotidiana de los ciudadanos de la Unión
- Aumentar la seguridad y promover la igualdad

### **Promover los derechos de la ciudadanía de la Unión y los valores comunes de la UE**

La Comisión:

1. En 2017 y 2018 llevará a cabo en toda Europa una campaña de sensibilización e información sobre los derechos que confiere la ciudadanía de la Unión, entre otros el derecho de protección consular y los derechos electorales de cara a las elecciones europeas que se celebrarán en 2019.

2. Actuará para intensificar el Servicio Voluntario Europeo y promover las ventajas y la integración del voluntariado en la educación. Para 2020, invitará a los primeros 100 000 jóvenes europeos a que participen como voluntarios en el Cuerpo Europeo de la

Solidaridad, lo que les ofrecerá la oportunidad de adquirir nuevas competencias y vivir experiencias significativas, de realizar una importante contribución a la sociedad en toda la UE y de adquirir una experiencia de valor incalculable y conocimientos útiles al inicio de su carrera profesional.

3. Protegerá la esencia de la ciudadanía de la Unión, así como sus valores inherentes; en 2017/2018 presentará un informe sobre iniciativas nacionales que otorguen la ciudadanía de la Unión a inversores, en el que describirá su actuación en este ámbito, las prácticas y la legislación nacional en vigor, y ofrecerá a los Estados miembros ciertas pautas.

### **Promover y aumentar la participación ciudadana en la vida democrática de la UE**

La Comisión:

1. Intensificará los Diálogos con los ciudadanos y fomentará debates públicos para mejorar el conocimiento del público respecto a la incidencia de la Unión en la vida diaria de los ciudadanos y para fomentar un intercambio de opiniones con estos.

2. Informará en 2017 sobre la aplicación del Derecho de la Unión relativo a las elecciones locales a fin de garantizar que los ciudadanos de la UE puedan ejercer sus derechos de voto de manera efectiva en el ámbito local.

3. En 2018, promoverá prácticas recomendadas que ayuden a los ciudadanos a ejercer sus derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, por ejemplo que se mantenga el derecho de sufragio activo al trasladarse a otro

Estado miembro y el acceso transfronterizo a noticias políticas, para respaldar la implicación del electorado y una amplia participación democrática de cara a las elecciones europeas de 2019.

### **Simplificar los viajes, la residencia y el trabajo de los ciudadanos en toda la UE**

La Comisión:

1. Presentará una propuesta para desarrollar un «portal digital único» que proporcione a los ciudadanos un fácil acceso en línea a información y a servicios de asistencia y solución de problemas, así como la posibilidad de realizar procedimientos administrativos a través de internet en situaciones transfronterizas, enlazando con los servicios y contenidos nacionales y europeos pertinentes de manera sencilla y eficiente para el usuario, sin que este encuentre dificultad alguna. Además, valorará la reducción de los trámites administrativos en las administraciones nacionales, exigiendo que los ciudadanos faciliten sus datos solo una vez.

2. Simplificará y promoverá en mayor medida los viajes multimodales en toda la UE, con el fin de que la movilidad de los ciudadanos europeos resulte más eficaz y sencilla, mediante la especificación de servicios de información sobre viajes multimodales a nivel de la Unión y mejoras en la interoperabilidad y la compatibilidad de los sistemas y los servicios.

## **Aumentar la seguridad y promover la igualdad**

La Comisión:

1. Durante el primer trimestre de 2017, finalizará el estudio sobre las opciones políticas de la UE para mejorar la seguridad de los documentos de residencia y los carnés de identidad de los ciudadanos de la UE que residen en otro Estado miembro y de los familiares de estos, nacionales de terceros países. La Comisión evaluará los siguientes pasos, las opciones y su repercusión de cara a una posible iniciativa legislativa antes de finales de 2017.

2. En 2017, valorará cómo modernizar la normativa sobre los documentos provisionales de viaje para ciudadanos de la Unión no representados, incluidas las medidas de seguridad del DPV con el formato uniforme de la UE, a fin de garantizar que los ciudadanos puedan ejercer su derecho a la protección consular de manera efectiva.

3. En 2017, llevará a cabo una campaña sobre la violencia contra la mujer y respaldará activamente la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul junto con los Estados miembros, además de presentar propuestas para abordar los retos del equilibrio entre vida familiar y laboral a que se enfrentan las familias trabajadoras.

4. Actuará con el fin de mejorar la aceptación social de las personas LGBTI en toda la UE, mediante la ejecución de la lista de actuaciones destinadas a avanzar en la igualdad de este colectivo, además de respaldar activamente la conclusión de las negociaciones sobre la Directiva horizontal relativa a la lucha contra la discriminación propuesta.

**TU OPINIÓN NOS  
INTERESA:  
JURI-DILEYC.COM**

JURI-DILEYC.COM



# TU EDITORIAL JURÍDICA 100 % DIGITAL



**INFO@JURI-DILEYC.COM**

## DERECHO DE LOS SERES HUMANOS AL AMBIENTE



### INTRODUCTION AU PROJET DE PACTE INTERNATIONAL RELATIF AU DROIT DES ÊTRES HUMAINS À L'ENVIRONNEMENT<sup>1</sup>

**Michel PRIEUR**

*Presidente del Centro Internacional de Derecho Comparado  
del Ambiente (CIDCE)*

*Director científico del CRIDEAU  
Universidad de Limoges (Francia)*



**Résumé:** Soixante-neuf ans après la Déclaration universelle des droits de l'homme et cinquante et un an après l'adoption par les Nations Unies des deux Pactes internationaux sur les droits de l'homme (droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels), l'heure est venue de codifier au plan international l'apparition d'une troisième catégorie de droits de l'homme concernant l'environnement. C'est pourquoi un groupe de juristes co-rédacteurs du Précis Dalloz de droit de l'environnement ont élaboré un projet de 3<sup>e</sup> Pacte consacré à la reconnaissance internationale d'un droit de l'homme à l'environnement.

---

<sup>1</sup> La traducción al español del presente artículo estará disponible en nuestra página web ([juri-dileyc.com](http://juri-dileyc.com)) durante el mes de mayo. Versión francesa también publicada en la "Revista Jurídica del Medio Ambiente" (*Revue Juridique de l'Environnement*, Lavoisier).

**Mots clés:** droit international, environnement.

## INTRODUCCIÓN AL PROYECTO DE PACTO INTERNACIONAL RELATIVO AL DERECHO DE LOS SERES HUMANOS AL AMBIENTE

**Resumen:** Sesenta y nueve años después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y cincuenta y un año después de la aprobación por las Naciones Unidas de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos (derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales), ha llegado el momento de codificar a nivel internacional la aparición de una tercera categoría de derechos humanos sobre el medio ambiente. Es por eso que un grupo de juristas (co-escritores del *Précis Dalloz Derecho Ambiental*) ha redactado un proyecto de 3.º Pacto sobre el reconocimiento internacional del Derecho Humano al Medio Ambiente.

**Palabras clave:** derecho internacional, medio ambiente.

## INTRODUCTION TO THE DRAFT INTERNATIONAL COVENANT ON THE RIGHT OF HUMAN BEINGS TO THE ENVIRONMENT

**Abstract:** Sixty-nine years after the Universal Declaration of Human Rights and fifty-one years after the adoption by the United Nations of the two International Covenants on Human Rights (civil and political rights and economic, social and cultural rights), the moment to codify internationally the emergence of a third category of human rights concerning the environment has come. That is why a group of jurists (co-editors of the Dalloz « Environmental Law ») have drawn up a draft of the 3rd Pact on the international recognition of the human right to the environment.

**Keywords :** international law, environment.

**Sumario:** I. Pourquoi un 3<sup>e</sup> Pacte International des Droits de l'Homme sur l'Environnement ? II. Les sources d'inspiration d'un 3<sup>e</sup> Pacte. III. Les fondements juridiques du 3<sup>e</sup> Pacte. IV. Aperçu du contenu du 3<sup>e</sup> Pacte.

Soixante-neuf ans après la Déclaration universelle des droits de l'homme et cinquante et un an après l'adoption par les Nations Unies des deux Pactes internationaux sur les droits de l'homme : droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels<sup>1</sup>, l'heure est venue de codifier au plan international l'apparition d'une troisième catégorie de droits de l'homme concernant l'environnement.

C'est pourquoi un groupe de juristes co-rédacteurs du précis Dalloz de droit de l'environnement<sup>2</sup> ont élaboré un projet de 3<sup>e</sup> Pacte consacré à la reconnaissance internationale d'un droit de l'homme à l'environnement. Ce travail a été initié à la suite

<sup>1</sup> Adoptés le 16 décembre 1966 et entrés en vigueur en 1976 ; le mot « pacte » qualifie un document international ayant valeur d'un traité obligatoire.

<sup>2</sup> PRIEUR, Michel, BÉTAILLE, Julien, COHENDET, Marie-Anne, DELZANGLES, Hubert, MAKOWIAK, Jessica, STEICHEN, Pascale (2016), *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, Paris.



d'une invitation lancée par le président du Conseil constitutionnel français Laurent Fabius dans un article du journal « Le Monde » du 31 août 2016 relatif à l'accord de Paris approuvé lors de la conférence mondiale sur le climat de décembre 2015. Dans cet article Laurent Fabius, qui était au moment de l'accord de Paris ministre des affaires étrangères et président à ce titre de la conférence de Paris sur les changements climatiques, réclamait la ratification rapide de l'accord en raison de l'urgence climatique. Il fut entendu, puisqu'à la surprise générale, le nombre de ratifications nécessaire pour l'entrée en vigueur de l'accord de Paris fut atteint en novembre 2016 à la veille de la COP 22 de Marrakech. Mais Laurent Fabius lançait aussi un autre appel en faveur « d'un grand pas pour l'humanité » réclamant la préparation d'un pacte universel pour l'environnement : « à travers un texte à droit constant reprenant dans un traité à caractère obligatoire les principes déjà reconnus qui font l'objet d'un consensus, en particulier la reconnaissance d'un droit à un environnement sain qui appartient à chaque personne ».



Cet appel à la préparation d'un 3<sup>e</sup> pacte consacrant un 3<sup>e</sup> pilier des droits de l'homme a été entendu par le Centre international de droit comparé de l'environnement (CIDCE) qui s'est mis aussitôt au travail. Le CIDCE est une ONG internationale créée à Limoges par le professeur Michel Prieur en 1982 qui a obtenu en 2015 le statut officiel consultatif spécial auprès du Conseil économique et social (ECOSOC) des Nations Unies<sup>3</sup>.

Le projet de Pacte international a fait l'objet d'une consultation internationale de juristes de l'environnement et des droits de l'homme provenant de tous les continents en octobre 2016 et a été transmis au Conseil des droits de l'homme à Genève en 2017 via un exposé écrit<sup>4</sup>.

On présentera successivement les raisons d'un 3<sup>e</sup> pacte, les précédents et sources d'inspiration, les fondements juridiques du Pacte et enfin une brève analyse de son contenu.

## I. POURQUOI UN 3<sup>E</sup> PACTE INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME SUR L'ENVIRONNEMENT ?

Le droit des êtres humains à un environnement sain peut être considéré depuis les conférences de Stockholm de 1972 et de Rio en 1992 et 2012 comme étant devenu une préoccupation commune de l'humanité faisant l'objet d'un vaste consensus international.

<sup>3</sup> Voir [www.cidce.org](http://www.cidce.org).

<sup>4</sup> Exposé écrit du 15 février 2017, A/HRC/34/NGO/60.

Il y a urgence à mettre l'environnement au cœur de la question des droits de l'homme. Un Pacte sur le droit à l'environnement est d'autant plus d'actualité que les femmes et les hommes sont quotidiennement affectés dans tous les continents par la pauvreté, la faim, la désertification, la dégradation de l'environnement due aux pollutions diverses, les risques de catastrophes naturelles, industrielles et nucléaires et les changements climatiques.

L'Assemblée générale des Nations Unies a insisté sur ces menaces dans plusieurs résolutions portant sur la mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance des droits de l'homme (69/73), sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté (69/183) et sur le renforcement de la coopération internationale dans le domaine des droits de l'homme (70/153). Le programme de développement durable à l'horizon 2030 avec ses 17 objectifs de développement durable se fonde clairement depuis septembre 2015 sur les droits de l'homme (résolution 69/315, § 8).

*« Ces bouleversements brutaux ou insidieux entraînent tous des violations des droits fondamentaux et représentent de graves menaces pour les générations présentes et futures ».*

John H. KNOX, rapporteur spécial sur les questions des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sains et durable, considère que : « toutes les méthodes proposées concernant la mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme se rapportant à l'environnement contribueraient également à la réalisation des objectifs du développement durable » (A/HRC/31/53, §11).

L'humanité est préoccupée par les périls que courent les êtres humains et la nature en raison des effets néfastes des changements climatiques, de l'accélération de la perte de biodiversité, des catastrophes naturelles et technologiques, de la dégradation des sols, des forêts, des océans et des zones côtières. Ces bouleversements brutaux ou insidieux entraînent tous des violations des droits fondamentaux et représentent de graves menaces pour les générations présentes et futures.

Il est aujourd'hui bien reconnu, par les instances internationales compétentes et les Cours régionales sur les droits de l'homme, que les atteintes à l'environnement sont souvent accompagnées de violations directes ou indirectes des droits de l'homme « classiques ». Ainsi le non-respect de l'environnement peut s'accompagner d'une violation du droit à la vie, à la santé, à l'eau potable et à l'assainissement, à l'alimentation, l'air non pollué, au respect de la vie privée et familiale et du domicile, à la liberté d'opinion et d'expression. Les communautés autochtones et locales sont plus fortement victimes de ces atteintes en raison de leur relation de dépendance étroite avec la nature. Parallèlement l'exercice de certains droits de l'homme s'accompagne de destructions de l'environnement.

Mais les atteintes à l'environnement, si elles affectent bien les droits de l'homme « classiques », elles ne le font pas toujours de façon évidente et reconnu par tous. Les droits de l'homme des Pactes de 1966 sont en réalité le reflet de la société de la moitié du XX<sup>e</sup> siècle puisqu'ils ont été formulés en réalité dès 1948 par la Déclaration universelle des droits de l'homme. A cette époque les questions d'environnement

n'étaient pas encore à l'ordre du jour. Aussi, sur le plan des mentalités, sur le plan scientifique et sur le plan juridique il est aujourd'hui nécessaire de clairement formuler les droits de l'homme affectés par l'environnement en utilisant clairement et directement le vocabulaire propre à l'environnement. Or celui-ci est très complexe se rapportant à la fois à des éléments physiques bien identifiés (l'air, l'eau, le sol), à des éléments d'apparence abstraite et complexe (la biodiversité, le paysage, la connectivité écologique, le climat, les organismes génétiquement modifiés) et à l'interrelation entre tous ces éléments.

*«Le temps est venu de mettre le droit au goût du jour en formulant clairement les relations étroites existantes entre droits de l'homme et environnement».*

Si l'on peut considérer que la formulation actuelle des droits de l'homme permet déjà de protéger l'environnement, elle ne le fait que par des interprétations parfois osées ou contestées, avec une portée limitée et en l'absence de toute sécurité juridique. C'est

pourquoi le temps est venu de mettre le droit au goût du jour en formulant clairement les relations étroites existantes entre droits de l'homme et environnement. Cet effort de clarification du contenu des droits liés à l'environnement n'est que le constat des progrès atteints en la matière par la société internationale. En codifiant le droit à l'environnement on réaffirme juridiquement ce qui a jusqu'alors été réaffirmé politiquement par les multiples déclarations et conventions internationales en la matière et amplement intégré dans les droits nationaux.

## II. LES SOURCES D'INSPIRATION D'UN 3<sup>E</sup> PACTE

L'idée de compléter les deux Pactes de 1966 par un troisième Pacte n'est pas nouvelle. Plusieurs initiatives doctrinales ou associatives ont cherché depuis 40 ans à faire reconnaître une troisième vague de droits de l'homme relatifs au droit au développement, au droit à la paix, au droit à l'autodétermination et plus récemment au droit à l'environnement et au droit de propriété à l'égard du patrimoine commun de l'humanité. Jusqu'à présent aucun projet de ce type n'a été porté officiellement par un État.

On peut évoquer la Déclaration universelle des droits des peuples ou Charte d'Alger du 4 juillet 1976 ; la Déclaration relative aux droits de l'humanité adoptée à Buenos Aires le 11 novembre 1989 au 10<sup>e</sup> congrès de l'association argentine de droit international ; la déclaration universelle des droits collectifs des peuples adoptée à Barcelone le 27 mai 1990 par la conférence des nations sans État d'Europe.

De façon plus précise il faut mentionner la proposition de Karl Vasak en faveur d'une 3<sup>e</sup> catégorie de droits de l'homme énoncée dans un article du courrier de l'UNESCO en 1977 intitulé « la déclaration universelle des droits de l'homme 30 ans après » et dans son cours à l'académie de droit international (RCADI, 1974, IV). Pour Karl VASAK : « L'évolution récente des sociétés humaines exige l'élaboration d'une troisième catégorie de droits de l'homme, ceux que le directeur général de l'UNESCO a qualifiés de 'droits

de l'homme de la troisième génération' ». Mais le premier projet rédigé d'un 3<sup>e</sup> Pacte résulte des travaux de la conférence Armand HAMMER, docteur philosophe et organisateur de conférences avec l'Institut international des droits de l'homme. Un projet de pacte relatif aux droits de solidarité fut ainsi rédigé en 1981 à l'occasion d'un colloque à Aix en Provence les 21-23 août et publié en français dans les *Mélanges Hector Gros Espiell*<sup>5</sup>. Selon l'article 13 de ce projet : « Tout homme et tous les hommes pris collectivement ont droit à un environnement sain et écologiquement équilibré, propice à leur développement tant économique que social, culturel, politique et juridique ». L'article 19 est relatif au droit au respect du patrimoine commun de l'humanité. Le professeur Tunisien Abdelfattah AMOR écrivit en 1986 un article détaillé sur « les droits de l'homme de la troisième génération » faisant une large place à l'environnement<sup>6</sup>.

L'environnement en tant qu'objet direct d'un nouveau droit de l'homme a fait par la suite l'objet de plusieurs initiatives. La plus officielle est la proposition rédigée par madame Ksentini, rapporteure spéciale des Nations Unies au sein de la commission des droits de l'homme à Genève. C'est le premier document officiel en la matière. Le texte de 1994 intitulé « déclaration de principes sur les droits de l'homme et l'environnement » comporte 27 articles<sup>7</sup>. Selon l'article 2 : « Toutes les personnes ont le droit à un environnement sûr, sain et écologiquement rationnel. Ce droit et d'autres droits de l'homme, dont les droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux, sont universels, interdépendants et indivisibles ». Ce texte n'a eu aucune suite.

Lors de la conférence de Paris du 3 février 2007 pour une conférence écologique mondiale sous la présidence de Jacques Chirac Président de la République, la déclaration finale ou appel de Paris énonce : « 4. Pour promouvoir une éthique écologique, nous appelons à l'adoption d'une déclaration universelle des droits et devoirs environnementaux. Cette charte commune garantira aux générations présentes et futures un



nouveau droit de l'homme : le droit à un environnement sain et préservé ». En septembre 2007 à l'occasion du Grenelle de l'environnement du président Nicolas Sarkozy fut présentée une proposition du professeur Michel Prieur, vice-président de la commission « gouvernance et démocratie écologique » visant à l'élaboration d'une déclaration universelle des droits et devoirs sur l'environnement prenant en compte les acquis du droit international de l'environnement en tant que *jus cogens* et constituant un acte conventionnel comme les Pactes de 1966.

Le texte le plus abouti est celui de l'IUCN et de sa commission sur le droit de l'environnement à l'initiative, en particulier de Wolfgang Burhenne, Parvez Hassan et Nicholas Robinson. Il s'agit en réalité, non pas d'un projet de 3<sup>e</sup> pacte international, mais d'un projet de convention générale sur l'ensemble des problèmes

<sup>5</sup> « Personne humaine et droit international », Bruylant, 1997, Vol. 2, p. 1673.

<sup>6</sup> AMOR, Abdelfattah (1986), « Les droits de la troisième génération », *Revue Tunisienne de Droit*, p. 13.

<sup>7</sup> Voir E/CN.4.Sub.2/1994/9,1 annex1.

d'environnement. La première édition date de 1995, la quatrième édition de 2010<sup>8</sup> et la cinquième de 2015. Une version française est enfin en cours de traduction. Le projet qui fait l'objet de commentaires détaillés article par article consacre pour l'essentiel des obligations imposées aux États à la suite des déclarations internationales et des conventions internationales existantes. Seul l'article 15-1 évoque le droit à l'environnement dans les termes suivants : les Parties font en sorte d'atteindre progressivement la pleine réalisation du droit de chaque personne de vivre dans un environnement écologiquement satisfaisant propre à satisfaire leur développement, leur santé, leur bien-être et leur dignité. Ce droit est immédiatement accompagné d'un devoir à l'article 15-2 : les Parties doivent faire en sorte que toutes les personnes physiques et morales ont le devoir de protéger et conserver l'environnement.

En 2016 une initiative universitaire de Cardiff Law School et d'une université d'Afrique du sud a produit une déclaration sur droits de l'homme et changements climatiques<sup>9</sup>. Le congrès mondial de droit de l'environnement de la commission droit de l'environnement de l'UICN présidée par le juge brésilien Antonio Benjamin a adopté à

Rio de Janeiro le 29 avril 2016 une déclaration soulignant les liens étroits entre droits de l'homme et environnement. Elle proclame le droit de tous à jouir de la nature en tant que patrimoine commun de l'humanité ainsi que la non régression des protections juridiques de l'environnement.

*«Le projet de 3<sup>e</sup> Pacte s'attache à édicter des droits individuels sans aborder la question juridique complexe de la représentation juridique de l'humanité».*

Une initiative du Président français François Hollande a débouché sur un projet de déclaration universelle sur les droits de l'humanité. Ce texte remis par la commission Corinne Lepage au Président de la République a été transmis en avril 2016 par le président Hollande en personne au secrétaire général des Nations Unis<sup>10</sup>. Quatre membres du CIDCE ont participé activement à sa rédaction. Il a été précédé d'un projet rédigé par les experts du Centre international de droit comparé de l'environnement le 28 avril 2015<sup>11</sup>. Ce texte a pour vocation de faire l'objet d'une approbation politique par l'Assemblée générale des Nations Unies comme la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948. Son contenu et sa rédaction en font une source d'inspiration importante pour un futur Pacte international. Le présent projet s'en est d'ailleurs largement inspiré. Mais de façon plus classique, le projet de 3<sup>e</sup> Pacte s'attache à édicter des droits individuels sans aborder la question juridique complexe de la représentation juridique de l'humanité qui n'est d'ailleurs pas traitée dans la déclaration universelle des droits de l'humanité qui se contente de proclamer des droits et des devoirs sans présenter les éléments de procédures indispensables pour que ces droits soient effectifs et justiciables.

<sup>8</sup> Draft international Covenant on environment and development, fourth edition, Environmental policy and law paper, n° 31 Rev. 3.

<sup>9</sup> <http://gnhre.org/declaration-human-rights-climate-change>

<sup>10</sup> LEPAGE, Corinne et SERVAN-SCHREIBER (2016), Déclaration universelle des droits de l'humanité, ed. Chêne.

<sup>11</sup> [www.cidce.org/publications/declarations](http://www.cidce.org/publications/declarations)



Prolongeant ses réflexions sur l'efficacité du droit de l'environnement, le groupe du club des juristes de Paris animé par Yann Aguila a proposé en 2015 l'élaboration d'une charte universelle de l'environnement et a entrepris en 2017 la préparation d'un projet de pacte mondial pour l'environnement consacrant de façon formelle les engagements de la conférence de Rio de 1992. Ce projet pourra s'inspirer du texte élaboré par le Centre international de droit comparé de l'environnement et l'on peut souhaiter, dans un souci d'efficacité, qu'à terme les deux projets puissent fusionner lors des négociations internationales à venir.

### III. LES FONDEMENTS JURIDIQUES DU 3<sup>E</sup> PACTE

La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 avait déjà reconnu le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille (art. 25-1). A son tour le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels consacre le droit pour toute personne de jouir d'un meilleur état de santé physique et mentale conditionné par l'amélioration de tous les aspects de l'environnement (art. 12-1 et 12-2-b)<sup>12</sup>.

A partir de ce texte obligatoire rattachant l'environnement uniquement au droit à la santé, le droit international et les droits nationaux ont depuis lors complété et précisé, mais de façon désordonnée, le contenu des droits qui se rattachent à l'environnement. On constate un

*«Près d'une centaine de constitutions nationales ont formellement consacré le droit à l'environnement comme un nouveau droit fondamental de valeur constitutionnelle».*

consensus international depuis la déclaration adoptée par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement à Stockholm en 1972 selon laquelle l'homme a un droit fondamental « à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permettent de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures » (principe 1). Cette reconnaissance internationale a été réitérée au plus haut niveau par les conférences et sommets onusiens sur l'environnement et le développement de Rio en 1992, Johannesburg en 2002, Rio+20 en 2012 et New York en 2015 (programme des objectifs de développement durable pour 2030).

Cinq conventions régionales sur les droits de l'homme ont juridiquement consacré le droit de l'homme à l'environnement : la Charte africaine des droits de l'homme de 1981, le protocole de San Salvador sur les droits économiques, sociaux et culturels en Amérique de 1988, le protocole de Maputo sur le droit des femmes en Afrique de 2003, la convention africaine de Maputo sur la conservation de la nature et des ressources naturelles de 2003, la Charte arabe des droits de l'homme de 2004. Une convention à vocation universelle a également reconnu le droit à l'environnement (art. 1 de la

<sup>12</sup> On notera que la version française du Pacte fait référence à « l'hygiène du milieu » alors que les versions anglaise et espagnole utilisent le mot environnement au lieu de milieu.

Convention d'Aarhus de 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement).

Le Haut-commissariat aux droits de l'homme conformément à la résolution 16/11 du Conseil des droits de l'homme a présenté un rapport exhaustif sur les relations entre droits de l'homme et environnement en 2011<sup>13</sup>.

Depuis 1988 des résolutions et rapports de la Commission des droits de l'homme, puis du Conseil des droits de l'homme ont à plusieurs reprises traité du droit de l'homme à l'environnement<sup>14</sup>. Une avancée importante dans la réflexion sur les rapports étroits entre environnement et droit de l'homme a résulté de la nomination en 2012 d'un expert indépendant auprès du Conseil des droits de l'homme. Il s'agit du professeur John H. Knox devenu en 2015 rapporteur spécial sur la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, sain, propre et durable<sup>15</sup>.



Les juridictions régionales sur les droits de l'homme ont à des degrés divers fait le lien entre droits de l'homme et environnement, dans une jurisprudence assez développée surtout au niveau européen<sup>16</sup>.

Parallèlement à ces progrès du droit international, les droits nationaux ont également consacré l'environnement puisque plus de 150 constitutions nationales ont intégré l'environnement comme objectif sociétal rendant responsables les États de la mise en œuvre d'une politique publique adaptée. Plus précisément encore près d'une centaine de constitutions nationales ont formellement consacré le droit à l'environnement comme un nouveau droit fondamental de valeur constitutionnelle<sup>17</sup>.

Cet ensemble de sources internationales, régionales et nationales permet de proposer à l'opinion publique internationale et aux États l'adoption d'un nouveau traité sur les droits de l'homme consacrant le droit à l'environnement en rassemblant tous les droits substantiels et procéduraux qui en découlent et sont déjà reconnus.

<sup>13</sup> Étude analytique sur les liens entre les droits de l'homme et l'environnement, 16 décembre 2011, A/HRC/19/34.

<sup>14</sup> Commission des droits de l'homme : résolution 1988/26 ; rapport Ksentini 1994/14 ; 2005/60 ; Conseil des droits de l'homme: résolutions 16/11 de 2010 ; 19/10 de 2012 ; 25/21 de 2014 ; 28/11 de 2015 ; 31/8 de 2016 ; sur les changements climatiques et les droits de l'homme : résolutions 7/23 de 2008 ; 10/4 de 2009 ; 18/12 de 2011 ; 26/27 de 2014 ; 29/15 de 2015 ; 32/33 de 2016.

<sup>15</sup> Voir les rapports de John H. Knox A/HRC/22/43 de 2012 ; A/HRC/25/53 de 2013 ; A/HRC/25/53/Add.1 de 2014 mission au Costa Rica ; A/HRC/28/61/Add.1 de 2015 mission en France ; A/HRC/31/53 de 2015 ; A/HRC/31/52 de 2016.

<sup>16</sup> Voir les chroniques de J.P. Marguénaud et S. Nadaud dans la Revue juridique de l'environnement et Conseil de l'Europe, Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement, 2<sup>e</sup> édition, 2012.

<sup>17</sup> BOYD, David R. (2011), *The environmental rights revolution*, UBC Press; MAY, James R. and DALY, Erin (2015), *Global environmental constitutionalism*, Cambridge University Press.

## IV. APERÇU DU CONTENU DU 3<sup>E</sup> PACTE

Le projet de 3<sup>e</sup> Pacte reproduit ci-après a vocation à être examiné et complété par le Conseil des droits de l'homme et le Conseil économique et social des Nations Unies, avant d'être soumis à l'approbation de l'Assemblée générale des Nations Unies en vue de son adoption par les États. Une sensibilisation des États et des ONG est un préalable indispensable.

L'objet n'est pas d'introduire dans le droit international de nouveaux concepts. Il est simplement de prendre acte des acquis et d'empêcher toute régression des droits liés à l'environnement. Il s'agit de mettre en évidence que la plupart des droits liés à l'environnement peuvent être rattachés au droit de l'homme à l'environnement et que ces droits peuvent se décliner en des droits individuels, selon la tradition des droits de l'homme, sans pour autant négliger la possibilité de reconnaître certains droits collectifs, tout comme le sont déjà des droits classiques comme le droit de grève ou le droit d'association.

*«La protection de l'environnement ne peut se satisfaire du seul rattachement indirect, dit par ricochet, aux droits de l'homme classiques».*

Le 3<sup>e</sup> Pacte est aussi le constat que la protection de l'environnement ne peut se satisfaire du seul rattachement indirect, dit par ricochet, aux droits de l'homme classiques. Si la jouissance complète des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels est devenue au XXI<sup>e</sup> siècle impossible sans la reconnaissance du droit des êtres humains à l'environnement, il n'est plus possible aujourd'hui de traiter l'environnement comme une question marginale dans la société. Une reconnaissance solennelle confirmerait tous les engagements passés des États en matière d'environnement et concrétiserait au plan juridique la réalité d'aujourd'hui en introduisant l'environnement dans la famille des droits de l'homme. C'est pourquoi le projet de 3<sup>e</sup> Pacte s'inspire des deux premiers Pactes de 1966, tout en les modernisant et en les verdissant, mais en s'appuyant sur des mécanismes de contrôle qui ont fait leur preuve.

Comme l'évoque l'exposé des motifs et le Préambule, la reconnaissance du droit de l'homme à l'environnement à l'échelle universelle ne peut que renforcer les exigences liées à la paix, la sécurité, l'état de droit, la démocratie, la stabilité politique et la bonne gouvernance. Dans le même temps cette reconnaissance ne peut que contribuer, non seulement au niveau symbolique mais aussi surtout au niveau juridique, à devenir un outil pour renforcer l'effectivité de la réalisation du développement durable au profit des générations présentes et futures. La lutte contre la pauvreté et contre la faim dans le monde, contre la désertification, contre la perte de biodiversité, contre les pollutions de toutes origines et contre les changements climatiques passe par une meilleure protection et gestion de l'environnement pour tous. Cela nécessite, dans un état de droit, que le droit à l'environnement soit non seulement consacré juridiquement, mais puisse être mis en œuvre tant en droit international que national. C'est pour cette raison que le projet de 3<sup>e</sup> Pacte, contrairement à tous les projets précédents mentionnés plus haut, comporte une partie opérationnelle et procédurale de mise en œuvre concrète.



On aura noté que l'intitulé du Pacte se démarque du vocabulaire de 1966. Il ne s'agit plus aujourd'hui de parler des droits de l'homme, mais des droits humains. Le texte est précédé d'un long exposé des motifs destiné à disparaître. Il a été conservé dans la phase de diffusion et d'explication du projet. Le préambule fonde pratiquement et juridiquement la suite du texte. Lui aussi a une valeur plus pédagogique que juridique et pourrait soit être réduit soit disparaître ultérieurement.

La première partie est le cœur du Pacte. Elle se suffit à elle-même sur le fond. Elle proclame le droit à l'environnement (art. 1). Ce droit est immédiatement accompagné de devoirs tant pour les États que pour les personnes. Toute cette partie s'efforce de mettre en permanence en avant à la fois les droits et obligations individuelles (en réalité le terme toute personne implique à la fois les personnes physiques et les personnes morales) et les obligations des États. Car si le pacte relève des États pour sa signature, il convient que sa mise en œuvre donne aux individus et personnes des droits effectifs et justiciables. Les droits de l'homme sont des droits opposables à la fois à l'État et aux autres personnes.

*«La plupart des articles de cette première partie s'intitulent « droit à... » pour bien marquer leur justiciabilité et empêcher les tribunaux de prétendre que les conventions n'ont d'effet direct qu'entre les États».*

La plupart des articles de cette première partie s'intitulent « droit à... » pour bien marquer leur justiciabilité et empêcher les tribunaux de prétendre que les conventions n'ont d'effet direct qu'entre les États. C'est ainsi que, pour concrétiser le droit à un environnement sain, sont

présentés comme des droits de la personne une série de droits tirés des principes généraux reconnus en droit de l'environnement : le droit à un niveau élevé de protection et à la non régression qui en résulte, le droit à la précaution, le droit à la prévention, le droit à l'évaluation environnementale, le droit à la réparation des dommages causés à l'environnement, le droit à l'éducation, le droit à la liberté d'opinion et d'expression, le droit à l'information, le droit à la participation, le droit aux recours, le droit à l'eau, le droit à l'alimentation, le droit des communautés autochtones et locales, le droit des personnes en cas de catastrophes, le droit des déplacés environnementaux.

Tous ces droits et obligations sont exercés avec équité, solidarité entre les générations, sans discriminations et dans le cadre d'un développement garantissant la protection pérenne de l'environnement autrement dit un développement écologiquement durable.

La deuxième partie du 3<sup>e</sup> Pacte concerne la coopération internationale qui doit accompagner le Pacte. Elle exige le respect du principe de coopération et engage les États à assurer « progressivement » le plein exercice des droits figurant dans la partie 1 en assurant, si besoin, une assistance, un transfert de technologies et une coopération y compris d'ordre juridique. L'obligation de notifier les catastrophes et de prêter une assistance mutuelle reprend le principe 18 de la déclaration de Rio 1992 et s'appuie sur le projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection des personnes en cas de catastrophe. En ce qui concerne les règles d'interprétation du Pacte, outre les principes classiques de la convention de Vienne sur les traités, il est prévu que l'exercice des droits reconnus dans le Pacte ne peut porter atteinte aux droits de la

nature ou de certains de ses éléments qui sont parfois reconnus dans des États. On n'a pas voulu que le Pacte consacre un droit de la nature, car cette question ne fait pas encore l'objet d'un consensus international<sup>18</sup>. Mais il ne fallait pas pénaliser les États d'avant-garde qui ont déjà donné des droits à la nature et / ou aux animaux.

La troisième partie du Pacte est relative à la mise en œuvre effective du Pacte grâce à des mesures précises de contrôle de son application. Il s'agit de mesures classiques en droit international : obligation de faire des rapports tous les quatre ans et possibilité de présenter des communications soit interétatiques, soit individuelles. Cette possibilité de réclamer devant un « compliance committee » le bon respect du Pacte est un instrument essentiel qui donne aux individus et aux ONG une vraie action juridique de protestation et de réclamation, obligeant les États à réagir et à progresser dans la protection effective des droits consacrés par le Pacte.

Pour ne pas alourdir la machine bureaucratique de l'ONU, on a choisi la procédure la plus simple : l'organe chargé à l'ONU du contrôle du respect du 3<sup>e</sup> Pacte est l'organe déjà existant au titre du Pacte des droits économiques, sociaux et culturels : le comité créé en 1985. De même pour ne pas ajouter une procédure nouvelle on renvoie à celle qui existe déjà avec le protocole facultatif relatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 10 décembre 2008.

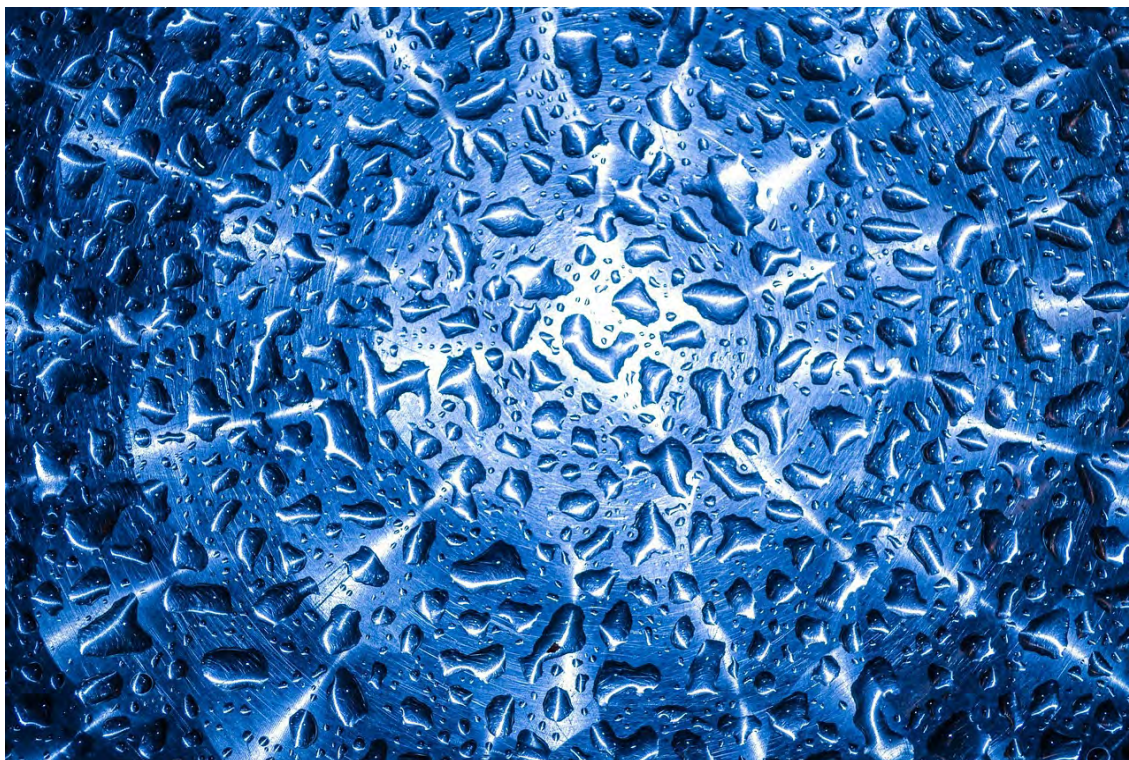
Avec ce projet de 3<sup>e</sup> Pacte on renforce les droits liés à l'environnement en les rattachant étroitement aux droits de l'homme tout en évitant un alourdissement des structures existantes.

Ce faisant le CIDCE contribue à la mise en œuvre de la résolution 53/144 de l'Assemblée générale des Nations Unies invitant la société civile et les experts à promouvoir de nouvelles idées et principes dans le domaine des droits de l'homme.



**TU OPINIÓN NOS INTERESA**

<sup>18</sup> Voir les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les rapports relatifs à l'harmonie avec la nature 69/224 de 2014 et 70/208 de 2015.



## PROYECTO DE PACTO INTERNACIONAL RELATIVO AL DERECHO DE LOS SERES HUMANOS AL AMBIENTE

Proyecto elaborado por el Centro Internacional de derecho comparado del ambiente (CIDCE), OING con estatuto consultivo especial del ECOSOC-ONU y un grupo de trabajo coordinado por el profesor Michel Prieur y compuesto por Julien Bétaille, Marie-Anne Cohendet, Hubert Delzangles, Jessica Makowiak et Pascale Steichen (co-autores del Dalloz de «droit de l'environnement», 7<sup>a</sup> edición, 2016).

Gracias a la red de coresponsables del CIDCE ([www.cidce.org](http://www.cidce.org)) el proyecto de Pacto ha sido objeto de comentarios y modificaciones de 40 juristas provenientes de 22 países de diferentes lugares de América del norte y del sur, de África, de Asia, de Europa y del Pacífico. Aquí agradecemos sus colaboración en plazos muy breves.

Montaigut (Francia), 2 de febrero 2017.

*Traducción en español por María Valeria Berros  
(Universidad del Litoral, Santa Fe, Argentina)*

### Exposición de motivos:

1. Los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, el goce completo de los derechos civiles y políticos es imposible

sin el de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Párrafo 13 de la proclamación de Tehéran de 1968 (UN doc A/CONF 32/41); párrafo 5 de la declaración de Viena de 1993 (A/CONF.157/23).



2. También el derecho humano al ambiente, considerado como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, viene hoy a completar y reforzar los derechos civiles y políticos.

3. Sesenta y nueve años después de la Declaración Universal de derechos humanos y cincuenta y un años después de los dos Pactos internacionales relativos a los derechos económicos, sociales y culturales y a los derechos civiles y políticos adoptados y abiertos a la firma, a la ratificación y a la adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXXI) del 16 de diciembre de 1966, el tiempo ha venido a consagrar el derecho humano al ambiente en un tercer Pacto Internacional.

4. Un tercer Pacto internacional relativo al derecho al ambiente es tanto más indispensable ya que la mundialización y la pobreza interpelan a los derechos humanos e implican un fortalecimiento de la consideración del ambiente. La Asamblea general de Naciones Unidas ha insistido precisamente sobre estas evoluciones en las resoluciones 69/173 sobre la mundialización y sus efectos sobre el pleno goce de todos los derechos humanos<sup>2</sup>, 69/183 sobre los derechos humanos y la extrema pobreza<sup>3</sup> y 70/153 sobre el refuerzo de la cooperación internacional en el ámbito de los derechos humanos<sup>4</sup>.

5. Los efectos económicos, sociales y culturales de los perjuicios al ambiente sobre los derechos humanos afectan sobre todo a las personas y a las comunidades vulnerables. Los pueblos indígenas y locales son más fuertemente víctimas de estas afectaciones en razón

de sus relaciones de dependencia estrecha con la naturaleza<sup>5</sup>.

6. Las múltiples degradaciones del ambiente resultado de contaminaciones de todo origen, de cambios climáticos y de pérdidas de biodiversidad, imponen una mayor resiliencia de la humanidad. Esta resiliencia se funda en particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario que son en adelante indisociables del derecho humano al ambiente.

7. El derecho humano al ambiente ha devenido en cuarenta y cinco años una exigencia casi consuetudinaria de derecho internacional considerando su reconocimiento internacional y nacional.

8. Todas las conferencias internacionales de Naciones Unidas sobre ambiente y desarrollo han admitido por consenso la importancia del derecho humano al ambiente sano y ecológicamente equilibrado que permite vivir en dignidad y bienestar: Declaración de Estocolmo de 1972, de Rio de 1992, de Johannesburgo de 2002, de Rio de 2012.

9. Entre los objetivos universales del programa de desarrollo sostenible para 2030 adoptado por la Asamblea general de Naciones Unidas en 2015 figura la dimensión ambiental del desarrollo sostenible. El relator especial sobre el derecho al ambiente ha subrayado la importancia de los nuevos objetivos de

<sup>2</sup> Del 18 diciembre 2004.

<sup>3</sup> Del 18 diciembre 2014.

<sup>4</sup> Del 17 diciembre 2015.

<sup>5</sup> Resolución del Consejo de derechos humanos 16/11 y resolución 28/11 del 7 abril 2015, A/HRC/28/11; Reporte J. Knox 31/52, §81, 2016; Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, RES 61/295, art. 25, 28, 29; relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas A/HRC/18/35, § 26.

desarrollo sostenible (ODD) para los derechos humanos y el ambiente<sup>6</sup>.

10. La Asamblea general de Naciones Unidas en particular ha adoptado resoluciones sobre el derecho al agua en 2010 y 2015<sup>7</sup>, sobre el derecho a la alimentación en 2014<sup>8</sup>, sobre la armonía con la naturaleza<sup>9</sup>, sobre el acceso de todos a servicios energéticos fiables y modernos<sup>10</sup>. También ha adoptado en 1982 la Carta Mundial de la Naturaleza<sup>11</sup>. Algunos sistemas jurídicos reconocen los derechos de la naturaleza, su personalidad jurídica; el derecho al ambiente completa útilmente los derechos de la naturaleza, naturaleza y ambiente son indisociables<sup>12</sup> como lo sugiere la Declaración de Río sobre el ambiente y el desarrollo en su principio 1: los seres humanos «tienen derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza».

11. Numerosas convenciones internacionales regionales relativas al ambiente han consagrado jurídicamente el nuevo derecho humano al ambiente, así como una convención con vocación universal<sup>13</sup>.

<sup>6</sup> Reporte John H. Knox, 28 diciembre 2015, A/HRC/31/53, §11.

<sup>7</sup> Resoluciones 64/292 del 28 julio 2010 y 70/169 del 17 diciembre 2015.

<sup>8</sup> Resolución 69/177 del 18 diciembre 2014.

<sup>9</sup> Resoluciones 64/196 del 21 diciembre 2009, 65/164 de 2010, 66/204 de 2011, 67/214 de 2012, 68/216 de 2013, 69/224 del 19 diciembre 2014 y 70/208 del 23 diciembre 2015.

<sup>10</sup> ODD 7-1. De desarrollo sostenible, resolución Asamblea general de Naciones Unidas 25 septiembre 2015, A/70/1.

<sup>11</sup> Resolución 37/7.

<sup>12</sup> Artículos 17 y 71 de la constitución de Ecuador; en Nueva Zelanda, río Whanganui (Ruruku Whakatupua, The Whanganui Iwi Deed of Settlement 2014), bosque Te Urewera (sección 11, Te Urewera Act 2014).

<sup>13</sup> Convención de Aarhus de 1998 sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

12. Las resoluciones y los reportes de la Comisión de derechos humanos, del Consejo de derechos humanos trataron repetidas veces el derecho humano al ambiente y sus diversos aspectos desde 1988<sup>14</sup>.

13. El lugar del derecho humano al ambiente ha sido aún más reforzado desde la nominación en 2012 de un experto independiente devenido relator especial sobre las obligaciones relativas a los derechos humanos que se remiten a los medios para gozar de un ambiente seguro, limpio, sano y saludable<sup>15</sup>.

14. La Corte internacional de justicia en su opinión consultiva del 8 de Julio 1996 sobre la licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares ha considerado que «el ambiente no es una abstracción, sino el espacio en el que viven los seres humanos y del cual dependen la calidad de su vida y salud, incluidas las generaciones futuras»<sup>16</sup>.

15. Paralelamente a estas diversas formas de consagración internacional de los derechos humanos, más de 120 constituciones nacionales lo han integrado como objetivo social. Más de 95 de entre ellas han consagrado el derecho humano al ambiente como un nuevo derecho fundamental de valor constitucional<sup>17</sup>. Y aún en ausencia de

<sup>14</sup> Desde 1988 trabajos de la Comisión de derechos humanos (resolución 1988/26) y reporte Ksentini 1994/14 y 2005/60; desde 2010 resoluciones del Consejo de los derechos humanos sobre el ambiente 16/11 de 2010, 19/10 de 2012, 25/21 de 2014, 28/11 de 2015, 31/8 de 2016; sobre el cambio climático 7/23 de 2008, 10/4 de 2009, 18/12 de 2011, 26/27 de 2014, 29/15 de 2015, 32/33 de 2016.

<sup>15</sup> Reportes de John H.Knox A/HRC/31/53 del 28 diciembre 2015 y A/HRC/31/52 del 1 de febrero de 2016.

<sup>16</sup> Opinión consultiva, C.I.J., 1996, p.226 par. 29.

<sup>17</sup> David R. Boyd, *The Environmental Rights Revolution*, UBC Press, 2012; James R. May and Erin Daly, *Global Environmental*

disposiciones constitucionales expresas, numerosas cortes constitucionales o cortes supremas han igualmente reconocido el derecho al ambiente.

16. El reconocimiento del derecho humano a un ambiente sano en el ámbito universal no puede sino reforzar las exigencias ligadas a la paz, a la seguridad, al estado de derecho, a la estabilidad política y a la democracia y reforzar los derechos de la humanidad<sup>18</sup>. Además, el derecho al desarrollo en el contexto de la instauración de un nuevo orden económico internacional es indisoluble de la protección del ambiente<sup>19</sup>.

17. Numerosas iniciativas se han desarrollado en el pasado con el fin de instituir un 3.º Pacto internacional relativo a los derechos humanos. Entre las iniciativas que han sido objeto de una redacción formal<sup>20</sup>, el proyecto de Ksentini, la relatora especial de Naciones Unidas sobre el derecho humano al ambiente, amerita una atención particular.

---

Constitutionalism, Cambridge University Press, 2015.

<sup>18</sup> Preámbulo de la carta democrática interamericana aprobada por la Asamblea general de la OEA el 11 septiembre 2001. La carta africana de la democracia, de las elecciones y del gobierno de 2007 preconiza la puesta en marcha de políticas y estrategias de protección del ambiente en vistas del desarrollo sostenible para el disfrute de las generaciones presentes y futuras (art. 42).

<sup>19</sup> Resoluciones de la Asamblea general de Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo 41/128 del 9 diciembre 1986 y sobre la instauración de un nuevo orden económico internacional 3201 (S-VI) del 1 mayo 1974, 63/224 del 19 diciembre 2008, 64/209 del 21 diciembre 2009, 65/167 del 20 diciembre 2010 y 67/217 del 21 diciembre 2012.

<sup>20</sup> Ver el anteproyecto de tercer Pacto internacional relativo a los derechos de solidaridad o proyecto Hammer elaborado en Aix-en-Provence en 1981 y publicado como anexo II en Mélanges Hector Gros Espiell, «Personne humaine et droit international», Bruylant 1997, vol. 2, p. 1673.

En la época de su redacción en 1994 el interés sobre el vínculo entre ambiente y derechos humanos estaba recién iniciándose. Veintitrés años más tarde ha llegado la hora de adoptar un 3.º Pacto internacional consagrado al ambiente a partir de ahora considerado como un derecho de los seres humanos<sup>21</sup>.

18. Teniendo en cuenta la invitación de Naciones Unidas a promover las nuevas ideas y principios en el ámbito de los derechos humanos en vistas a consagrar y tornar efectivos los derechos concernientes al ambiente, de conformidad con la resolución 53/144 de la Asamblea general de Naciones Unidas, el Centro internacional de derecho comparado del ambiente como órgano de la sociedad civil propone el proyecto de Pacto internacional que sigue<sup>22</sup>.

### Preámbulo

Los Estados Parte del presente Pacto,

1. Considerando que conforme a la Carta de Naciones Unidas, los pueblos han resuelto favorecer el progreso social, instaurar mejores condiciones de vida en la más amplia libertad<sup>23</sup> y a hacer efectivos el respeto universal de los derechos humanos<sup>24</sup>,

2. Reafirmando que todos los derechos del hombre, entre los cuales se

---

<sup>21</sup> Ksentini, Proyecto de declaración de principios sobre los derechos humanos y del ambiente, E/CN.4/Sub.2/1994/9, 26 julio 1994, Anexo 1.

<sup>22</sup> Resolución 53/144 del 9 diciembre 1998 portant «Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos».

<sup>23</sup> 4º § del preámbulo de la Carta de NU.

<sup>24</sup> Art. 55 de la Carta de ONU y preámbulo de la Declaración Universal de derechos humanos (DUDH).

encuentra el derecho al ambiente, son universales, indivisibles e independientes y que les incumbe a los Estados, individuos y otras entidades públicas y privadas protegerlos así como promoverlos<sup>25</sup>,

3. Recordando que según el párrafo 13 de la proclamación de Téherán de 1968, los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible,

4. Convencidos que la paz, el estado de derecho, el respeto de los derechos humanos, el desarrollo sustentable y la protección del ambiente son independientes e indisociables<sup>26</sup>,

5. Reconociendo que, de conformidad a la Declaración universal de derechos humanos, toda persona tiene derecho a un nivel de vida suficiente para asegurar su salud, su bienestar y el de su familia<sup>27</sup>,

6. Recordando que los Estados deben asegurar de la mejor manera posible la utilización de los recursos naturales<sup>28</sup> y mejorar todos los aspectos del ambiente<sup>29</sup> conforme el Pacto

<sup>25</sup> Resoluciones AG NU 32/130 del 16 diciembre 1977 y 41/117 del 4 diciembre 1986.

<sup>26</sup> Principio 25 de la declaración de Río sobre ambiente y desarrollo (A/CONF.151/26, Vol.I) y Agenda 21 (A/CONF.151/26, Vol.II) adoptada por la conferencia de Naciones Unidas el 14 junio 1992; sobre el derecho al desarrollo, Resolución AG NU 70/155 de 2015.

<sup>27</sup> Art. 25-1 de la DUDH.

<sup>28</sup> Art. 11-2-a del Pacto internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), 16 diciembre 1966.

<sup>29</sup> En la versión francesa del Pacto, el artículo 12-2-b hace referencia a «la higiene del medio y [de] la higiene industrial». En las versiones inglesas y españolas del Pacto el término «ambiente» es empleado en lugar de «higiene del medio».

internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales,

7. Considerando que el ambiente es entendido en todas sus dimensiones: terrestre, marítima, atmosférica, y extra-atmosférica, y que el derecho a un ambiente sano se aplica a las propiedades públicas y privadas, a la tenencia consuetudinaria como a los bienes comunes,

8. Profundamente preocupados por el peligro que corre la humanidad y la naturaleza, en particular, por los efectos nefastos del calentamiento climático, la aceleración de la pérdida de diversidad biológica, las catástrofes naturales y tecnológicas, la degradación de la tierra y de los océanos, que entrañan violaciones a los derechos fundamentales y representan una amenaza para las generaciones presentes y futuras<sup>30</sup>,

9. Constatando que los daños al ambiente afectan a la humanidad toda y que son a menudo acompañados de violaciones directas o indirectas de los derechos humanos, en particular del derecho a la vida, del derecho a la salud, del derecho al agua, del derecho a la alimentación, del derecho al respeto de la vida privada, familiar y del domicilio y del derecho a la libertad de opinión y de expresión<sup>31</sup>.

10. Constatando que, recíprocamente ciertas afectaciones a los derechos humanos se acompañan de destrucciones del ambiente,

<sup>30</sup> Preámbulo del proyecto de Declaración universal de derechos de la humanidad enviado por F. Hollande Presidente de la República Francesa al Secretario general de la ONU el 28 de abril 2016.

<sup>31</sup> Resoluciones del Consejo de derechos humanos; Reporte John H. Knox; jurisprudencia de la Corte europea de derechos humanos.

11. Considerando que los derechos humanos son un instrumento de resiliencia frente a las degradaciones del ambiente<sup>32</sup>,

12. Recordando que el consenso internacional existente desde el principio 1 de la Declaración adoptada por la conferencia de Naciones Unidas sobre el ambiente en Estocolmo el 16 de junio de 1972 según la cual cada persona tiene un derecho fundamental a condiciones de vida adecuadas, en un ambiente en el que la calidad le permita vivir en dignidad y bienestar,

13. Constatando que el derecho humano al ambiente es consagrado por numerosas convenciones internacionales, y reconocido por la mayoría de las constituciones de los Estados miembros de Naciones Unidas,

14. Considerando que la libertad de asociación reconocida en el artículo 22 del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos constituye un importante medio para promover y asegurar el respeto de los derechos contenidos en el presente Pacto,

15. Considerando que es además necesario fijar, en una convención universal, las reglas internacionales relativas al derecho de los seres humanos a un ambiente sano, a la vez oponible a los Estados, individuos y otras entidades públicas y privadas, y exigibles frente a ellos,

Se convienen las disposiciones siguientes:

<sup>32</sup> Consejo de Europa, EUROPA, Principes éthiques pour la réduction des risques de catastrophe et la résilience des personnes, Strasbourg, 2011.

## **PRIMERA PARTE: EL DERECHO AL AMBIENTE Y LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE CONCURREN EN SU REALIZACIÓN**

### **Artículo 1 –Derecho a un ambiente sano**

1. Toda persona, incluidas las generaciones futuras, tiene derecho a vivir en un ambiente ecológicamente equilibrado apto para asegurar su salud, su seguridad y su bienestar<sup>33</sup>.
2. Con este fin, toda persona debe proteger el ambiente y contribuir al mejoramiento de su calidad.
3. Los Estados Parte garantizan la puesta en marcha efectiva de los derechos y obligaciones contenidos en el presente Pacto. Adoptan a ese efecto todas las medidas necesarias.

### **Artículo 2 –Derecho a un nivel elevado de protección y a la no regresión**

1. Toda persona tiene el derecho a un nivel elevado de protección del estado del ambiente y a la no regresión de los niveles de protección ya alcanzados.
2. Los Estados Partes adoptan las medidas necesarias para luchar eficazmente contra las vulneraciones al ambiente.
3. Estas medidas deben ser adaptadas al estado del ambiente y dirigirse a un nivel elevado de protección<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Principio 1 de la declaración de Estocolmo 1972 y de la declaración de Río 1992, art. 1er de la convención de Aarhus.

<sup>34</sup> Principio 11 de la declaración de Río 1992; reportes John H. Knox A/HRC/28/61-2015, par. 72 y A/HRC/31/52-2016, par. 38.



4. Estas medidas no pueden producir, directa o indirectamente, desplazamientos o transferencias a otros Estados de toda actividad o sustancia susceptible de provocar una vulneración del medio natural o la salud<sup>35</sup>.

5. Estas medidas deben contribuir a mejorar la protección del ambiente y de la salud. Las mismas no deben conducir a reducir el nivel de protección del ambiente ya alcanzado<sup>36</sup>.

### **Artículo 3 – Derecho a la precaución**

1. En caso de riesgo de daño grave o irreversible y en ausencia de certidumbre científica relativa a los efectos de un acto jurídico o de una actividad sobre el ambiente, toda persona tiene derecho a que sean adoptadas medidas efectivas de precaución proporcionadas<sup>37</sup>.

2. A este fin, toda persona deben tomar las medidas de precaución necesarias.

### **Artículo 4 – Derecho a la prevención**

1. Toda persona tiene el derecho a que sean adoptadas medidas de prevención.

2. Con este fin, toda persona debe prevenir las vulneraciones que sean susceptibles de generar al ambiente.

<sup>35</sup> Principio 14 de la declaración de Rio 1992; artículo 18 del proyecto de la IUCN de 2015.

<sup>36</sup> Par. 20 de la declaración de Rio+20, 2012; reportes John H. Knox A/HRC/25/53, 2013, par. 55 y A/HRC/31/52, 2016, par. 67, 68, 75; resoluciones IUCN 5.128 del Congreso Mundial de Jeju en 2012 y 0.82 del Congreso Mundial de Hawaii en 2016; resolución del Parlamento europeo 2011 del 29 septiembre 2011, par. 97, sobre la elaboración de una posición europea común en la perspectiva de la conferencia de Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible de RIO +20; art. 10 del proyecto de IUCN, 2015.

<sup>37</sup> Principio 15 de la declaración de Rio de 1992; art. 6 del proyecto de la UICN de 2015; art. 5 de la Carta Constitucional del Ambiente, 2005.

3. Los costos resultado de las medidas de prevención, de reducción de la contaminación y de lucha contra ella deben ser soportadas por el contaminador<sup>38</sup>.

4. Toda persona, en particular los Estados en los límites de sus jurisdicciones, deben garantizar que sus actividades y aquellas que se encuentran bajo su control, no causen daños al ambiente en otros Estados o en zonas que no pertenecen a ninguna jurisdicción nacional<sup>39</sup>.

### **Artículo 5 – Derecho a la evaluación ambiental**

1. Los proyectos, planes o programas susceptibles de perjudicar el ambiente deben ser objeto de una evaluación de sus impactos.

2. Esta evaluación debe igualmente tener en cuenta los impactos transfronterizos. En ese caso, los Estados deben notificar sus proyectos a los otros Estados concernidos y organizar las consultas rápidamente y de buena fe<sup>40</sup>.

### **Artículo 6 – Derecho a la reparación de los daños causados al ambiente**

Toda persona responsable de un daño causado al ambiente está obligada a repararlo, prioritariamente in natura. Esta obligación se impone al interior de los Estados y entre los Estados<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Principio 16 de la declaración de Rio 1992; sobre la internalización de costos de prevención y de lucha contra la polución así como de los costos de los daños, recomendación de la OCDE C (90) 177 (final) de 1991.

<sup>39</sup> Principio 21 de la declaración de Estocolmo 1972, principio 2 de la declaración de Rio 1992.

<sup>40</sup> Principios 17 y 19 de la declaración de Rio 1992; reporte John H. Knox A/HRC/ 25/53, 2013, par.30; convención de Espoo y protocolo de Kiev; C.I.J. Papeleras, 20 abril 2010.

<sup>41</sup> Art. 1386-19 del código civil francés.

**Artículo 7 – Derecho a la educación**

1. Toda persona tiene derecho a la educación y a la formación en materia ambiental, a lo largo de toda su vida<sup>42</sup>.
2. Esta educación coloca el acento en la adquisición de conocimientos relativos a los usos equilibrados del ambiente y de sus diferentes modos de gestión respetuosos del medio natural.

**Artículo 8 – Derecho a la libertad de opinión y de expresión**

1. Toda persona posee el derecho de tener y de expresar sus opiniones y de difundir sus ideas e informaciones sobre el ambiente.
2. Los defensores del ambiente no pueden ser arbitrariamente difamados, perseguidos, arrestados, detenidos o exiliados<sup>43</sup>.
3. Los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para proteger el ejercicio de los derechos fundamentales por todo individuo o todo grupo cuando hace promoción de la protección del ambiente<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Art 13 del PIDESC; art 54 del proyecto de la IUCN 2015.

<sup>43</sup> Artículo 9 de la DUDH.; Relator especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, ver ambiente p. 16 (A/70/217, 30 julio 2015); Resolución de la Asamblea general de Naciones Unidas A/ RES /70/161, 17 diciembre 2015 sobre los defensores de los derechos humanos y la Declaración sobre el derecho y la responsabilidad de los individuos, grupos y órganos de la sociedad para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas.

<sup>44</sup> Relator especial sobre los defensores de los derechos humanos: defensor de los derechos ambientales, A/71/281 del 3 agosto 2016; Consejo de derechos humanos, Resolución 31/8 (A/HRC/RES/31/8) del 22 abril 2016; Resolución 31/32 (A/HRC/31/32) del 20 abril 2016 defensor de los derechos económicos, sociales y culturales; Relator especial derechos

**Artículo 9 – Derecho a la información**

1. Toda persona tiene el derecho, sin tener que probar un interés, de acceder a las informaciones relativas al ambiente, incluyendo aquellas relativas a las sustancias y actividades peligrosas, de recibirlas y de difundirlas<sup>45</sup>.
2. Estas informaciones deben ser pertinentes, comprensibles y ser obtenidas a un costo no prohibitivo.

**Artículo 10 – Derecho a la participación**

1. Toda persona tiene el derecho, desde el inicio del procedimiento, a participar efectivamente en el proceso de elaboración de decisiones susceptibles de incidir en el ambiente.
2. El derecho a la participación debe aplicarse en particular a la planificación, la utilización, la gestión y la protección del ambiente<sup>46</sup>.
3. Los resultados de la participación del público serán plenamente tenidos en consideración<sup>47</sup>.

**Artículo 11 – Derecho a los recursos**

Toda persona tiene el derecho a un recurso efectivo frente a los órganos jurisdiccionales o todo otro órgano independiente e imparcial con el fin de, especialmente, cuestionar los actos u omisiones de personas públicas o

humanos y ambiente John H. Knox (A/HRC/28/61), 18 febrero 2015, p. 12; Corte Interamericana de derechos humanos, Kawas C/ Honduras, 3 abril 2009.

<sup>45</sup> Principio 10 declaración de Río 1992; Convención de Aarhus, 1998.

<sup>46</sup> Artículo 18 del Protocolo a la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos relativos a los derechos de las mujeres.

<sup>47</sup> Art. 6-8 et 8 de la Convención de Aarhus, 1998.

privadas que contravienen el derecho nacional o internacional del ambiente<sup>48</sup>.

### **Artículo 12 – Derecho al agua**

Toda persona tiene derecho al agua potable y al saneamiento en cantidad suficiente<sup>49</sup>.

### **Artículo 13 – Derecho a la alimentación**

Toda persona tiene derecho a alimentos sanos y nutritivos en cantidad suficiente<sup>50</sup>.

### **Artículo 14 – Derechos de los pueblos indígenas y locales**

1. Las comunidades indígenas y locales, en tanto grupo de población diferenciado y en razón de sus tradiciones y costumbres, tienen derecho a la protección de su ambiente, sus tierras, sus territorios y sus

<sup>48</sup> Resolución de la Asamblea general de Naciones Unidas 60/147 del 16 diciembre 2005 sobre los «principios fundamentales y directivas concernientes al derecho a los recursos y a la reparación de las víctimas de violaciones flagrantes del derecho internacional de los derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario»; Principio 10 de la declaración de Río 1992; convención de Aarhus; jurisprudencia CEDH; art. 15 del proyecto de la UICN de 2015.

<sup>49</sup> Este derecho se ejerce en tanto elemento del derecho a un nivel de vida suficiente y en tanto que el derecho humano esencial al pleno goce de la vida y al ejercicio de todos los derechos humanos (Resolución AG NU 64/292 y 70/169). Este derecho está ligado también a un mejor estado de salud física y mental posible, así como el derecho a la vida y a la dignidad (Resolución AG NU A/C. 3/70/55 del 18 noviembre 2015). Los vínculos agua/salud son particularmente puestos de relieve en el protocolo de Londres 1999 sobre el agua y la salud y en la convención de 1992 sobre la protección de los cursos de agua transfronterizos y los lagos internacionales.

<sup>50</sup> AG NU, Resoluciones 69/177 de 2014 y 70/154 de 2015.

recursos<sup>51</sup>, teniendo en consideración su propio orden jurídico.

2. Poseen acceso a los recursos naturales esenciales para su subsistencia y su modo de vida y tienen derecho a la participación en los beneficios ligados a la explotación de los recursos naturales, incluyendo los genéticos, en su territorio<sup>52</sup>.

3. Tienen el derecho, en caso de desplazamiento forzado, a ser reinstalados en un lugar en el que se les permita la utilización de recursos naturales y compatible con sus modos de subsistencia.

### **Artículo 15 – Derechos de las personas en caso de catástrofes**

Los Estados parte se comprometen a que todos los derechos humanos consagrados por el derecho internacional sean garantizados a las personas susceptibles de ser afectadas por desastres naturales o industriales. Tienen derecho en particular a informaciones previas sobre los riesgos incurridos, sobre las pérdidas anteriores y a un sistema de alerta rápida y eficaz<sup>53</sup>.

### **Artículo 16 – Derechos de los desplazados ambientales**

1. Los derechos civiles, políticos, económicos, culturales y ambientales

<sup>51</sup> Principio 22 de la declaración de Río 1992; art 16 del proyecto de la IUCN de 2015; declaración de la AG NU sobre los derechos de los pueblos indígenas A/RES/61/295 de 13 septiembre 2007.

<sup>52</sup> Corte interamericana de derechos humanos.

<sup>53</sup> Principio 18 de la declaración de Río 1992; Comisión de derecho internacional, proyecto de artículos sobre la protección de las personas en caso de catástrofe, art. 9-2, 2016; art. 19-3 del proyecto de la IUCN de 2015; Corte Europea de derechos humanos, Tatar c/ Rumania, 27 enero 2009, par. 122.

son garantizados a las personas desplazadas voluntariamente o por la fuerza como consecuencia de un trastorno brutal insidioso de su ambiente.

2. Los desplazados internos o externos tienen derecho a un estatuto jurídico especial que garantice su estancia regular y su derechos fundamentales<sup>54</sup>.

#### **Artículo 17 – Equidad y solidaridad**

1. Los Estados parte se comprometen a garantizar que los derechos y obligaciones enunciadas en el presente Pacto sean ejercidas con equidad y solidaridad en el seno de las presentes generaciones considerando a las generaciones futuras.

2. Estos cumplen sus obligaciones teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas.

#### **Artículo 18 – No-discriminación**

Los Estados Parte se comprometen a garantizar que los derechos enunciados en el presente Pacto sean ejercidos sin discriminación alguna fundada en la raza, el género, la edad, la lengua, la religión, la opinión política o toda otra opinión, el origen nacional o social, la fortuna, el nacimiento o toda otra situación<sup>55</sup>.

#### **Artículo 19 – Protección perenne**

En vías de asegurar a las generaciones presentes y futuras los derechos reconocidos en el presente Pacto, los Estados Parte velan porque las políticas públicas y todos los procesos de

desarrollo integren la protección perenne del ambiente.

### **SEGUNDA PARTE: COOPERACIÓN INTERNACIONAL**

#### **Artículo 20 – Cooperación**

Todos los Estados, las organizaciones internacionales y pueblos deben cooperar con un espíritu de colaboración mundial en vistas de vigilar, evaluar, conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema terrestre y marino teniendo en cuenta especialmente las necesidades de los pueblos más vulnerables, de los países menos avanzados y de los pequeños países insulares en desarrollo<sup>56</sup>.

#### **Artículo 21 - Asistencia**

En vías de asegurar progresivamente el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en el presente Pacto, cada uno de los Estados Parte se compromete a actuar con el máximo de sus recursos disponibles, tanto por su esfuerzo propio como por la asistencia, la transferencia de tecnologías y la cooperación internacionales sobre los planos científico, económico, jurídico y técnico<sup>57</sup>.

#### **Artículo 22 – Notificación de las catástrofes**

Los Estados Parte deben notificar a los otros Estados toda catástrofe que pueda generar efectos sobre el ambiente. Deben prestarse asistencia mutua y garantizar el respeto de los derechos

<sup>54</sup> Proyecto de convención de Limoges sobre el estatuto jurídico de los desplazados ambientales ([www.cidce.org](http://www.cidce.org)); reporte John H. Knox A/HRC/31/52, 1º febrero 2016, par. 24 y 61.

<sup>55</sup> Artículo 2-2 del PIDESC.

<sup>56</sup> Art 9 (9º) y 11 (1º) del acuerdo de Paris sobre el clima del 12 de diciembre 2015; Principios 5, 6, 7 de la declaración de Rio 1992.

<sup>57</sup> Art 2-1 del PIDESC.

humanos en las operaciones de socorro y asistencia<sup>58</sup>.

### **Artículo 23 – Marco de las limitaciones de los derechos**

El goce de los derechos asegurados por el Estado conforme al presente Pacto sólo puede ser limitado por la ley, en la medida en que sea compatible con la naturaleza de esos derechos, y exclusivamente con vistas a favorecer el bienestar general en el seno de una sociedad democrática<sup>59</sup>.

### **Artículo 24 – Interpretación del Pacto**

1. Ninguna disposición del presente Pacto puede ser interpretada como implicando para un Estado, un grupo, una empresa o un individuo, un derecho cualquiera a liberarse de una actividad o a cumplir un acto que suponga la destrucción de los derechos reconocidos por el Pacto<sup>60</sup>.

2. Este Pacto no puede ser interpretado como limitando los derechos de la naturaleza o de algunos de sus elementos cuando sean reconocidos por un Estado<sup>61</sup>.

## **TERCERA PARTE: CONTROL DE APLICACIÓN DEL PACTO**

### **Artículo 25 – Órgano de control**

El comité de derechos económicos, sociales y culturales, creado por la

<sup>58</sup> Principio 18 de la declaración de Rio 1992; Comisión de derecho internacional, proyecto de artículos sobre la protección de personas en caso de catástrofe, art.11 et 12, 2016; proyecto de la IUCN de 2015, art 19, 3 §.

<sup>59</sup> Artículo 4 del PIDESC; artículo 5 del Protocolo de San Salvador; artículo 8 de la CEDH.

<sup>60</sup> Artículo 5-1 del PIDESC.

<sup>61</sup> Artículo 5-2 del PIDESC; ver en particular los derechos de la naturaleza en Bolivia y Ecuador.

Resolución 1985/17 del 28 mayo 1985 (en adelante «Comité») es encargada de asegurar el seguimiento y el control del respeto de las obligaciones previstas en el presente Pacto.

### **Artículo 26 – Reportes al Comité**

1. Los Estados Parte del presente Pacto presentarán cada cuatro años reportes sobre las medidas que fueron adoptadas y sobre el progreso alcanzado en vistas de asegurar el respeto de los derechos y obligaciones enunciados en el presente pacto<sup>62</sup>.

2. Los reportes pueden hacer conocer las dificultades que los Estados encuentran para cumplir plenamente las obligaciones previstas en el presente Pacto.

3. Todos los reportes se enviarán al Secretario General de Naciones Unidas que transmitirá en copia al Consejo económico y social y al Comité.

4. La secretaria general puede, luego de consultar al Comité, comunicar a las instituciones especializadas interesadas toda parte de los reportes ligados al ámbito de su competencia<sup>63</sup>.

5. El Comité examine sus reportes y formula las recomendaciones que envía al Consejo económico y social.

6. Los Estados Parte pueden presentar al Consejo económico y social las observaciones sobre toda recomendación hecha en virtud del § 5 siguiente o sobre toda mención de una recomendación que figure en un reporte del Comité.

<sup>62</sup> Artículo 16 del PIDESC.

<sup>63</sup> Artículo 40, § 3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

### **Artículo 27 – Comunicaciones interestatales**

Todo Estado Parte del presente Pacto puede decidir en todo momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en las que un Estado Parte pretende que otro Estado Parte no satisfice las obligaciones derivadas del presente Pacto.

### **Artículo 28 – Comunicaciones individuales**

1. El comité es encargado por el presente Pacto de recibir y de examinar las comunicaciones presentadas por particulares o grupos de particulares o a nombre de particulares bajo la jurisdicción de un Estado Parte, que afirmen ser víctimas de una violación por parte de este Estado Parte a uno derechos u obligaciones relativas al ambiente enunciadas en el presente Pacto.

2. Una comunicación no puede ser presentada a nombre de particulares o grupos de particulares sin su consentimiento a menos que el autor no pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.

### **Artículo 29 - Procedimiento**

El protocolo facultativo que se remite al Pacto internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales adoptado el 10 de diciembre de 2008 por la Resolución A/RES/63/117 de la Asamblea General de las Naciones Unidas rige mutatis mutandis la aplicación del presente Pacto a los fines de recibir y examinar las comunicaciones presentadas a los artículos 27 y 28 del presente Pacto.

### **Artículo 30 – Reporte anual del Comité**

En su reporte anual, el Comité incluirá una recapitulación de sus actividades a título del presente Pacto<sup>64</sup>.

### **CUARTA PARTE: DISPOSICIONES FINALES**

#### **Artículo 31 – Firma, ratificación, adhesión**

1. El presente Pacto está abierto a la firma de todos los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas o miembro de cualquiera de sus instituciones especializadas, así como otro Estado invitado por la Asamblea general de las Naciones Unidas que se vuelva parte del presente Pacto.

2. El presente Pacto está sujeto a ratificación y los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Secretario general de la Organización de las Naciones Unidas.

3. El presente Pacto estará abierto a la adhesión de todo Estado referido en el párrafo 1 de este artículo.

4. La adhesión se hará mediante el depósito de un instrumento de adhesión ante el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas.

5. El Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que firmaron el presente Pacto, que lo ratificaron o que se adhirieron, del depósito de cada instrumento de ratificación o de adhesión.

<sup>64</sup> Artículo 21 del Protocolo facultativo del PIDESC.



### **Artículo 32 – Entrada en vigor**

1. El presente Pacto entrará en vigor tres meses después de la fecha del depósito ante el Secretario general de la Organización de las Naciones Unidas del treinta y cinco instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada uno de los Estados que ratificaran el presente Pacto o se adhieran después del depósito del treinta y cinco instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor tres meses después de la fecha del depósito por este Estado de su instrumento de ratificación o de adhesión.

### **Artículo 33 – Reservas**

Ninguna reserva se admite a las disposiciones del presente Pacto.

### **Artículo 34 -Enmiendas**

1. Todo Estado Parte del presente Pacto puede proponer una enmienda y depositar el texto al Secretario general de la Organización de las Naciones Unidas. El Secretario general transmitirá todo proyecto de enmienda a los Estados Partes del Pacto solicitándoles señalarle si desean convocar a una conferencia de Estados partes para examinar estos proyectos y someterlos a votación. Si por lo menos un tercio de los Estados se declaran a favor de esta convocatoria, el Secretario general convocará la conferencia bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia estará sometida a la aprobación de la Asamblea general de las Naciones Unidas.

2. Estas enmiendas entrarán en vigencia cuando hayan sido aprobadas por la

Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas, conforme a sus respectivas reglas constitucionales, por una mayoría de dos tercios de los Estados del presente Pacto.

3. Cuando estas enmiendas entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Parte que las aceptaron, los otros Estados Parte quedarán ligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hubieren aceptado.

### **Artículo 35 – Notificación por el Secretario General**

Independientemente de las notificaciones previstas en el párrafo 5 del artículo 31, el Secretario general de la Organización de las Naciones Unidas informará a todos los Estados aludidos en el párrafo 1º de dicho artículo:

a) Las firmas del presente Pacto y los instrumentos de ratificación y adhesión depositados conforme el artículo 31;

b) De la fecha en la cual el presente Pacto entrará en vigencia conforme el artículo 32 y de la fecha en la cual entrarán en vigencia las enmiendas previstas al artículo 34.

### **Artículo 36 – Lenguas oficiales**

1. El presente Pacto, del cual su texto en inglés, árabe, chino, español, francés y ruso también dan fe, será depositado en los archivos de la Organización de las Naciones Unidas.

2. El Secretario general de la Organización de las Naciones Unidas transmitirá una copia compulsada del presente Pacto en todos los Estados comprendidos en el artículo 31<sup>65</sup>.

<sup>65</sup> Salvo ajustes menores, las disposiciones finales de la 4ta parte son íntegramente utilizadas en los artículos 26-31 del PIDESC.

**VOTRE JO**  
**DU MARDI AU DIMANCHE DÈS 6H**



**JURI-DILEYC.FR**

## LIBRE CIRCULACIÓN



### LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS Y CAMBIOS EN LOS PARADIGMAS JURÍDICO-CULTURALES

**Roberto CIPPITANI**

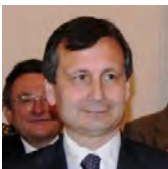
*Catedrático Jean Monnet*

*Coordinador Académico del Centro de Excelencia Jean Monnet*

*«Rights and Science»*

*Università degli Studi di Perugia (Italia)*

(\*) La versión española de este artículo fue corregida por **Roxana Balaur**.



**Resumen:** Ciertamente es que, en el proceso de integración europea, uno de los aspectos fundamentales y decisivos fue la creación de una libre circulación de personas. Primero enfocada únicamente a aquellos sujetos económicos que se desplazaban a otro Estado miembro con la intención de ejercer una actividad profesional y, más tarde, como libre circulación de personas en sentido amplio tras la aparición de la figura de la ciudadanía de la Unión.

Esta lucha, a día de hoy, no es suficiente. Es necesario, para el progreso de la Unión Europea, una integración mucho más eficaz de la libre circulación de personas y, sobre todo, más extensa. Para ello, la Unión Europea, debe centrar su atención en la libre circulación de conocimiento y en la integración cultural.

**Palabras clave:** libre circulación de las personas, conocimiento, ciudadanía.

## FREE CIRCULATION OF PERSONS AND CHANGES IN THE LEGAL-CULTURAL PARADIGMS

**Abstract:** It is true that in the process of European integration, one of the fundamental and decisive aspects was the creation of a free movement of persons. First, it was focused exclusively on those economic subjects who travelled to another Member State with the intention of developing a professional activity and, later, as a free movement of persons in a broad sense after the emergence of the figure of the figure of citizenship of the EU.

This struggle, as of today, is not enough. It is necessary, for the progress of the EU, a much more effective integration of the free movement of people and, above all, a broader one. To this end, the EU must focus on the free movement of knowledge and cultural integration.

**Keywords:** free movement of persons, knowledge, citizenship.

## LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES ET CHANGEMENTS DANS LES PARADIGMES JURIDICO-CULTURELS

**Résumé:** L'un des aspects fondamentaux et décisif du processus d'intégration européenne a été la création d'une libre circulation des personnes. D'abord réservée aux seuls sujets économiques qui se déplaçaient dans un autre État membre afin de poursuivre une activité professionnelle, elle s'est renforcée, avec l'apparition de la notion de citoyenneté européenne, à la libre circulation des personnes, cette dernière entendue dans un sens général.

Cela ne suffit cependant pas aujourd'hui. Le futur de l'Union Européenne passe nécessairement par une intégration beaucoup plus efficace et, surtout, beaucoup plus large, de la libre circulation des personnes. À ce titre, il est nécessaire que l'Union se concentre sur la libre circulation des connaissances et sur l'intégration culturelle.

**Mots clés:** libre circulation des personnes, connaissance, citoyenneté.

**Sumario:** I. Introducción. II. La comunidad de los derechos: desde el mercado hasta los intereses fundamentales. III. De la libre circulación en el mercado a la ciudadanía de la Unión Europea. IV. Libre circulación de los estatus. V. Ciudadanos de terceros países. VI. La libre circulación del conocimiento. VII. Libre circulación e integración cultural. VIII. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La libre circulación de las personas en el espacio comunitario es una de las más importantes realizaciones en el proceso de integración europea.

Por algunos aspectos, la medida de su éxito es que todo tipo de populismo y Euro-escepticismo (tan a la orden del día actualmente) afirma que bastaría eliminar la libertad de circulación para solucionar de manera sencilla todos los problemas que tenemos los europeos: terrorismo, crisis económica, inmigración clandestina, etc.

No obstante, la eliminación de la libre circulación no hubiera impedido los últimos atentados en Europa (en París, en Berlín, en Bruselas), cometidos por nacionales franceses, alemanes o belgas.

Y, no obstante, frente a fenómenos criminales globales, sería más eficaz una mejor coordinación de las fuerzas de policía y de los servicios de inteligencia (tanto de manera interna, a nivel estatal, como a nivel europeo), el intercambio de informaciones y la creación de agencias y de instrumentos (especialmente legislativos) continentales.

Quien propone la eliminación de la libre circulación olvida que, desde el punto de vista económico, los países europeos están estrictamente interconectados entre ellos, así que volver a poner obstáculos a la circulación significaría destruir la economía europea. Los enemigos de la integración europea no ven que cada país europeo, incluso los más económicamente poderosos, no son lo suficientemente fuertes ante la economía global o en comparación con gigantes económicos como EE.UU. o China.

Los Euro-fóbicos no tienen en cuenta que la inmigración no depende de la falta de fronteras internas, sino de las condiciones de países como Siria o de

*«Los europeos se están ahogando en el clásico “vaso de agua” y están amenazando (ellos mismos más que el Daesh) sus valores y su estilo de vida».*

muchos países africanos. Sin una acción de la Unión en su conjunto es difícil, para un solo país incluso el más fuerte política o militarmente, solucionar problemas de terceros países. Sin considerar, obviamente, que la cantidad de inmigrantes no es suficiente para afectar la economía o la tranquilidad de un continente que permanece el más seguro y el más económicamente desarrollado (a pesar de la crisis) a nivel mundial.

La impresión es que los europeos, no solo los euro-fóbicos, se están ahogando en el clásico “vaso de agua” y están amenazando (ellos mismos más que el Daesh) sus valores y su estilo de vida.

Sin embargo, a parte de las consideraciones antes mencionadas, puede ser importante en esta época, recordar lo que ha significado, para nuestra cultura jurídica, el reconocimiento de la libre circulación de las personas y de la libertad de establecimiento.

## **II. LA COMUNIDAD DE LOS DERECHOS: DESDE EL MERCADO HASTA LOS INTERESES FUNDAMENTALES**

Una de las críticas recurrentes es que el modelo de la integración europea tiene un enfoque solo en la dimensión económica y en las relaciones económicas.



Desde el punto de vista jurídico lo que ha ocurrido es bastante diferente. El mercado comunitario no es solo un espacio de intercambios económicos, sino un ordenamiento jurídico, como ya ha reconocido el Tribunal de Justicia desde las sentencias *Van Gend en Loos*<sup>1</sup> y *Costa contra Enel*<sup>2</sup>.

Cambiando totalmente el paradigma del Derecho internacional tradicional<sup>3</sup>, que regula relaciones intergubernamentales, el modelo supranacional europeo ha tenido un impacto directo sobre los derechos de los particulares.

El sistema jurídico supranacional que ha derivado de la integración europea no solo es directamente aplicable a los Estados miembros: de hecho, como se afirma en la sentencia *Van Gend en Loos* del Tribunal de Justicia, verdadera *Grundnorm* del sistema supranacional, el orden jurídico de la Unión reconoce como «sujetos no (...) solamente los Estados miembros, sino también a sus nacionales». El derecho supranacional establece derechos y deberes para las personas y otros sujetos y es directamente aplicable a las relaciones jurídicas.

«El mercado comunitario no es solo un espacio de intercambios económicos, sino un ordenamiento jurídico».

El primer efecto de la integración europea basada en el mercado común fue reconocer la libertad de circulación a los sujetos que

desempeñaban una actividad económica<sup>4</sup>: los trabajadores asalariados y no asalariados, y a los sujetos diferentes de las personas físicas que llevan a cabo una actividad económica.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya en los primeros años del proceso de integración europea, ha aplicado las disposiciones que se refieren a las libertades de circulación y de establecimiento más allá de la dimensión económica.

Esta situación se produjo al aplicarse las libertades comunitarias de manera muy extendida, es decir, a un conjunto de sujetos cada vez más amplio<sup>5</sup>, partiendo del concepto de trabajador ya vigente en los Tratados originarios.

Según el juez europeo, la noción de «trabajador asalariado», comprendía a cada persona física que desarrollaba actividades «reales y efectivas» a favor y bajo la dirección de otra persona, recibiendo un pago<sup>6</sup>.

La definición jurisprudencial se refiere de esta manera no solo a las relaciones de trabajo dependiente en sentido estricto, sino también al trabajo autónomo para-subordinado y a otras relaciones de trabajo «atípicas».

<sup>1</sup> TJUE, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, 5 de febrero de 1963 (26-62, Rec. 1963, p. 3).

<sup>2</sup> TJUE, *Flaminio Costa / E.N.E.L.*, 15 de julio 1964 (6/64, Rec. 1964, p. 1.141).

<sup>3</sup> Véase sobre todo PIZZOLO, Calogero (2010), *Derecho e integración regional*, Ediar, Buenos Aires.

<sup>4</sup> Véase TJUE, *Royer*, 8 de abril de 1976 (48/75, Rec. 1976, p. 497).

<sup>5</sup> Véase TJUE, *Levin*, 23 de marzo de 1982 (53/81, Rec. 1985, p. 1.035).

<sup>6</sup> Entre otras, TJUE, *Lawrie-Blum*, 3 de julio de 1986 (66/85, Rec. 1986, p. 2.121, párr. 16 y 17); Id., *Bernini*, 26 de febrero de 1992 (C-3/90, Rec. 1992, I-1.071); Id., *Trojani*, 7 de septiembre de 2004 (C-456/02, Rec. 2004, p. I-7.573, párr. 15).



Además, las libertades fundamentales han sido extendidas progresivamente a sujetos distintos de los trabajadores. Esto se ha concretizado con referencia a los familiares del trabajador (también cuando el trabajador estaba jubilado o había fallecido)<sup>7</sup>, incluso en el caso de que ellos no tuvieran la ciudadanía de uno de los Estados miembros<sup>8</sup>.

Las libertades y los derechos previstos en los Tratados han sido atribuidos incluso a otras tipologías de personas físicas que desarrollaban actividades que no se podían incorporar a la noción de trabajador (si bien interpretada de manera extensiva), por efecto de disposiciones de Tratados que (implícita o explícitamente) preveían la libertad de circulación de las personas físicas. De esta manera ha sido afirmada la libertad de circulación incluso a destinatarios de los servicios como, por ejemplo, a los turistas<sup>9</sup>.

Las sentencias del Tribunal de Justicia anticiparon, en muchos sentidos, la legislación siguiente. El Acta Única y el Tratado de Maastricht, ampliaron las competencias comunitarias a las políticas no comerciales (como investigación, cultura,

*«La libertad de circulación y de establecimiento de los sujetos comporta implícitamente la capacidad de ser parte de cada tipo de relación jurídica, sin limitación alguna».*

educación, política social, protección del medioambiente, etc.), establecieron la libertad de circulación de los sujetos, independientemente de la realización de una actividad económica, así como la de los estudiantes, de los investigadores, de los que participan en los intercambios culturales o deportivos, etc.

El juez comunitario no se limitó a la ampliación progresiva del ámbito subjetivo de aplicación de las libertades garantizadas por el mercado interior, sino que también ha considerado las consecuencias jurídicas, sobre todo en lo que se refiere a las relaciones de derecho privado.

La libertad de circulación y de establecimiento de los sujetos comporta implícitamente la capacidad de ser parte de cada tipo de relación jurídica, sin limitación alguna: comprar o alquilar casa, celebrar otros contratos, casarse, reconocer un hijo, aceptar una herencia, etc.

Desde este punto de vista, el derecho comunitario abandona las reglas tradicionales del derecho internacional privado.

Además, basándose en la amplia capacidad del derecho civil, el Tribunal afirmó que el ordenamiento comunitario aseguraba a los ciudadanos europeos el goce de los derechos fundamentales.

<sup>7</sup> TJUE, *Nani Givane e aaltri/Secretary of State for the Home Department*, 9 de enero de 2003 (C-257/00, Rec. 2003, p. I-345).

<sup>8</sup> TJUE, *Baumbast y R/ Secretary of State for the Home Department*, 17 de septiembre de 2002 (C-413/99, Rec. 2002, p. I-7.091).

<sup>9</sup> Véase TJUE, *Calfa*, 19 de enero de 1999 (C-348/96, Rec.1999, p. I-11); Id. *Cowan*, 2 de febrero de 1989 (186/87, Rec. 1989, p. 195, apartado 15).



En efecto, el Tribunal de Justicia a partir de la sentencia *Stauder* del 12 de noviembre de 1969<sup>10</sup> y en la jurisprudencia siguiente, afirmó que entre los principios generales del derecho comunitario se deberían incluir los derechos fundamentales de la persona. Todo ello, a pesar de que los derechos humanos no estuviesen previstos explícitamente en los Tratados

originarios, pero sí incluidos en las cartas constitucionales de los Estados miembros y en la Convención europea de los Derechos del Hombre de Roma, suscritos por ellos. Por lo tanto, la jurisprudencia ha reconocido derechos como la libertad de expresión<sup>11</sup>, el respeto de la vida privada<sup>12</sup>, el derecho de propiedad y el derecho a ejercer una actividad profesional.

Sucesivamente fue el Tratado de Maastricht, a través del Tratado que estableció la Unión europea, el que reconoció expresamente los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario.

Hoy en día el artículo 2 TUE establece que «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».

El Tratado de Lisboa ha reforzado la conexión entre el ordenamiento jurídico de la Unión y el sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa.

De hecho, el artículo 6, párrafo 2, TUE, prevé que «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales»<sup>13</sup>. Esos derechos, y aquellos reconocidos por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, forman parte del Derecho de la Unión, en cuanto principios generales (artículo 6, párr. 3, TUE).

El respeto de los derechos humanos es una cláusula que la Unión incluye en sus convenios internacionales<sup>14</sup> y, sobre todo, es la condición para que un país pueda ser miembro. En caso de incumplimiento, el Estado puede ser sancionado (véase artículo 7 TUE).

<sup>10</sup> TJUE, *Stauder*, 12 de noviembre de 1969 (C-29/69, Rec. 1969, p. 419).

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, TJUE, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags - und vertriebs GmbH / Bauer Verlag*, 26 de junio de 1997, (C-368/95, Rec. 1997, p. I-3.689).

<sup>12</sup> Véase entre otras, Tribunal de Primera Instancia, *N / Comisión*, 15 de mayo de 1997 (T-273/94, Rec. 1997, p. II-289, véase párrafos 68, 71-74).

<sup>13</sup> MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco; JIMÉNEZ CARRERO, Jorge Antonio (2013), «Adhesión de la Unión Europea al CEDH», en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (coord.) *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob. cit., pp. 33 y ss.

<sup>14</sup> FIERRO, Elena, «Legal Basis and Scope of the Human Rights Clauses in EC Bilateral Agreements: Any Room for Positive Interpretation?», *European Law Journal*, Vol. 7, n.º 1, marzo de 2001, pp. 41-68.

Además, una específica disciplina comunitaria fue introducida por la Carta de los derechos fundamentales, anexa al Tratado de Niza del año 2000, que el Tratado de Niza ha convertido en norma constitucional (artículo 6, párrafo 1, TUE).

### III. DE LA LIBRE CIRCULACIÓN EN EL MERCADO A LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA

Otro cambio importante de los paradigmas tradicionales, impulsado por la libre circulación, ha sido la introducción de la noción de «ciudadanía de la Unión Europea», formalizada por el Tratado de Maastricht y hoy prevista en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión (en particular véase artículo 39 y siguientes) y en el TFUE (véase en particular el artículo 20).

Todas las personas físicas, por el simple hecho de ser «ciudadanos» de la Unión, disfrutan de la más amplia capacidad otorgada por el ordenamiento comunitario, e independientemente de la cualificación de «trabajadores» o de la aplicación de las disposiciones que se refieren a categorías específicas de sujetos<sup>15</sup>.

La noción de ciudadanía formaliza lo que es propio del ordenamiento jurídico comunitario desde la jurisprudencia *Van Gen en Loos*, es decir el efecto directo: «Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados» (artículo 20, párrafo 2, TFUE).

Por lo tanto, como todo «status» individual<sup>16</sup>, la ciudadanía de la Unión es un conjunto de situaciones jurídicas activas y pasivas, protegidas a nivel constitucional.

Los ciudadanos comunitarios (y en parte los no comunitarios) gozan de todos los derechos que surgen del derecho de la Unión, como, por ejemplo: la prohibición de toda discriminación (artículo 21, párrafo 2, Carta de los derechos fundamentales), el reconocimiento de los derechos fundamentales, el derecho a los servicios sociales y a la protección social, el derecho a obtener subvenciones y a estipular contratos con las instituciones comunitarias, etc.

Como se ha comentado, la evolución del derecho de la Unión Europea ha convertido las libertades económicas en «derechos políticos» con el apoyo fundamental del Tribunal de Luxemburgo<sup>17</sup>.

Según el Tribunal de Justicia el *status* de la ciudadanía de la Unión Europea es la situación jurídica fundamental de los nacionales de los Estados miembros<sup>18</sup>. Los derechos establecidos en el derecho interno no solo tienen que ser aplicables a todos los

---

<sup>15</sup> Véase la sentencia *Trojani*, cit.

<sup>16</sup> Véase en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (2013), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit., las voces «Status», por Guido ALPA (pp. 649 y ss.) y «Status en el Derecho de la Unión Europea», por Valentina COLCELLI (p. 653 y ss.).

<sup>17</sup> POIARES MADURO, Miguel (1998), *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart and Publishing, Portland, p. 166.

<sup>18</sup> TJUE, *Grzelczk*, 20 de septiembre de 2011 (C-184/99, Rec. 2011, p. I-6.193, 31); Id. *Baumbast y R.*, 17 de septiembre de 2002 (C-413/99, Rec. 2002, p. I-7091, párr. 82).

ciudadanos (nacionales o no nacionales), sino que, además, no deben estar en conflicto con el derecho de la Unión Europea<sup>19</sup>.

Si las normas internas tienen el efecto de privar a los ciudadanos del goce de los derechos asociados a la condición de ciudadano de la Unión Europea o si dicha normativa afecta al derecho de libre circulación y al de residir libremente en el territorio de un Estado miembro<sup>20</sup>, tales normas no pueden ser aplicadas por los jueces ni por los funcionarios públicos<sup>21</sup>.

*«Esta nueva ciudadanía es una forma de adhesión basada en la movilidad, en la ejecución de proyectos transeuropeos, en las ideas de diversidad y complejidad y en la apertura».*

Este tipo de ciudadanía ya no es, como en la idea tradicional, la expresión de una pertenencia exclusiva a una «patria», con base en una «etnicidad ficticia»<sup>22</sup> que marca la diferencia y la distancia con los demás europeos.

En cambio, esta nueva ciudadanía es una forma de adhesión basada en la movilidad, en la ejecución de proyectos transeuropeos, en las ideas de diversidad y complejidad y en la apertura. Los ciudadanos europeos (entre los cuales se encuentran los estudiantes Erasmus que son, en este sentido, el paradigma<sup>23</sup>) muestran su identidad enfrentándose a los problemas y buscando las soluciones que surgen de la libre circulación<sup>24</sup>.

#### IV. LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS ESTATUS

Sin embargo, otros estatus derivan del derecho comunitario y se añaden o sustituyen los estatus que derivan del derecho nacional. Algunos están previstos claramente en las fuentes jurídicas (como «consumidor» o «empresario») otros están «escondidos», en opinión de Guido ALPA<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> TJUE, *D’Hoop*, 11 de julio de 2002 (C-224/98, Rec. 2002, p. I-6.191, apartado 28); Id. *Rüffler*, 23 de abril de 2009 (C-544/07, Rec. 2009, p. I-3.389, apartado 62); Id. *Lucy Stewart v. Secretary of State for Work and Pensions*, 21 de julio de 2011 (C-503/09, Rec. 2011, p. I-6.497).

<sup>20</sup> TJUE, *Shirley McCarthy*, 5 de mayo de 2011 (C-434/09, Rec. 2011, p. I-3.375); Id. *Garcia Avello*, 2 de mayo de 2003 (C-148/02, Rec. 2003, p. I-11.613).

<sup>21</sup> TJUE, *Lucy Stewart/Secretary of State for Work and Pensions*, 21 de julio de 2011 (C-503/09, cit., apartados 83 y 84).

<sup>22</sup> BALIBAR, Étienne (1996), “La forma Nazione: Storia e Ideologia” en Balibar, Étienne y Wallerstein, Immanuel, *Razza nazione classe. Le identità ambigue*, trad. italiana de *Race nation classe. Les identités ambiguës*, Roma; HOBBSAWM, Eric J. (2002), *Nazioni e nazionalismi dal 1780. Programma, mito, realtà*, trad. italiana, Einaudi, Torino.

<sup>23</sup> RIFKIN, Jeremy (2005), *The European Dream. How the Europe’s Vision of the Future is Quietly Eclipsing the American Dream*, New York.

<sup>24</sup> BALIBAR, Étienne (2001), *Nous, citoyens d’Europe? Les frontières, l’état, le peuple*, La Découverte, Paris, espec. El ensayo *Europe difficile: les chantiers de la démocratie*, pp. 286 y ss.

<sup>25</sup> ALPA, Guido (2013), “Status”, en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob. cit., pp. 649 y ss.; véase también, COLCELLI, Valentini (2013), “Status en el Derecho de la Unión Europea”, en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob. cit., pp. 653 y ss.

De hecho, la libre circulación tiene una fuerza expansiva que influye en toda relación jurídica, incluso en materias que no son competencia exclusiva de la Unión Europea.

Un ejemplo interesante está representando por el Derecho de Familia. Aunque, en principio, la disciplina de los status familiares sigue siendo una competencia nacional, la legislación interna no puede ser invocada para no aplicar disposiciones comunitarias o principios como el de no discriminación<sup>26</sup>.

*«La libre circulación tiene una fuerza expansiva que influye en toda relación jurídica, incluso en materias que no son competencia exclusiva de la UE».*

Como afirma el Tribunal de Justicia, el Derecho Comunitario garantiza el respeto a la vida familiar de los ciudadanos comunitarios, con el fin de eliminar los obstáculos al ejercicio de las

libertades fundamentales reconocidos por los Tratados<sup>27</sup>. La posibilidad de mantener las relaciones familiares se considera un requisito previo para el goce efectivo de la libertad de circulación de las personas<sup>28</sup>.

Desde esta perspectiva, los derechos y los estatus válidamente formados en uno de los Estados miembros no pueden ser desconocidos o debilitados en otro país de la Unión, ya que ello constituiría un obstáculo a la libertad de movimiento y, por lo tanto, un obstáculo para el ejercicio efectivo de la ciudadanía comunitaria.

Las normas comunitarias sobre la libre circulación y la reagrupación familiar se refieren, en primer lugar a las calificaciones previstas en las leyes nacionales (descendiente, ascendente, cónyuge, pareja, pareja de hecho, otros miembros de la familia), que operan en los Estados miembros con respecto a los que surgieron.

En la noción de «unión registrada» de la Directiva 2004/38/CE se pueden incluir tanto las uniones de las parejas heterosexuales, como las uniones entre personas del mismo sexo, si la ley nacional lo prevé, como ocurre en el caso de España, por ejemplo, o de Portugal, de Bélgica y de Holanda.

En los programas de movilidad transnacional de los investigadores en la Unión Europea (así llamados «*Marie Curie*»), el sueldo del investigador en situaciones como el matrimonio o incluso «*relationship with equivalent status to a marriage recognised by the national legislation of the country of the host organisation or of the nationality of the researcher*» y de acuerdo con la presencia de «*dependent children who are actually being maintained by the researcher*» (Work Programme People, 2013, C(2012)4561 del 9 julio 2012). Esta disposición debe aplicarse de conformidad con la legislación de la nacionalidad del investigador y no del ente en el cual trabaja. Si, por ejemplo, el investigador forma parte de una unión registrada en un país comunitario y trabaja en un Estado que no reconoce las uniones distintas del matrimonio heterosexual, la universidad o el ente del país de acogida deberá reconocer su estatus de marido, pareja registrada o padre, previsto en el ordenamiento de origen.

<sup>26</sup> Cfr. las conclusiones del Abogado general Niilo Jääskinen de 15 de julio de 2010, en el asunto C-147/08, *Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg*, apartado 69 y ss.

<sup>27</sup> TJUE, *Comisión/España*, 14 de abril de 2005 (C-157/03, Rec. 2005, p. I-2.911, apartado 26).

<sup>28</sup> Cfr. TJUE, *Casagrande / Landeshauptstadt München*, 3 de julio de 1974 (9/74, Rec. 1974, p. 773).



Los Estados no pueden oponer obstáculos a la aplicación del estatus establecido por otro ordenamiento comunitario, como la reciprocidad (artículo 16 disposiciones preliminares al Codice Civile italiano) o el «orden público» (véase siempre en Italia el artículo 16 de la Ley 218/1995 que se refiere a la Reforma del sistema italiano de derecho internacional privado).



O más bien, el Derecho comunitario reconoce la posibilidad de que un Estado miembro pueda oponer limitaciones de «orden público» a la libre circulación de las personas (artículo 27, párr. 2, Directiva 2004/38/CE) y, por lo tanto, también de sus estatus subjetivos. Pero la referencia a dichos límites del orden público «requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad»<sup>29</sup>.

La jurisprudencia comunitaria no considera como justificaciones válidas las que se refieren a una disciplina nacional relativa a la formación del apellido de un hijo<sup>30</sup>, aunque se considera como una cuestión relativa al estatuto personal y por lo tanto en principio de competencia nacional<sup>31</sup>.

Por lo tanto, la aplicación del derecho a la libre circulación de las personas y de los status familiares produce muchas situaciones de tensión entre la reglamentación de los países europeos.

Esta tensión es bastante evidente en países como Italia que tienen una legislación muy restrictiva y cerrada en materia familiar, aunque está cambiando profundamente por el efecto de la integración jurídica europea<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> TJUE, *Hristo Byankov/ Glaven sekretar na Ministerstvo na vatreshnite raboti*, 4 de octubre de 2012 (C-249/11, apartado 40, todavía no publicada); cfr. también TJUE, *Jipa*, 10 de julio de 2008 (C-33/07, Rec. 2008, p. I-5.157, apartado 23); Id., *Gaydarov*, 17 de noviembre de 2011 (C-430/10, Rec. 2011, p. I-11.637, apartado 33). Sobre las limitaciones a la libre circulación véase especialmente PIZZOLO, Calogero (2013), “Libre Circulación de Personas: Alcance y Límites”, en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob.cit.

<sup>30</sup> TJUE, *Grunkin y Paul*, 14 de octubre de 2008 (C-353/06, Rec. 2008, p. I-7.639, párr. 38). En TJUE, *Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*, 22 de diciembre de 2010 (C-208/09, Rec. 2010, p. I-13.693), se considera justificada por razones de orden público el desconocimiento de un título aristocrático de otro Estado miembro (puntos 93-95).

<sup>31</sup> El apellido se refiere a el status de las personas, según el Abogado general Eleanor Sharpston en las conclusiones del 24 de abril de 2008, en el asunto C-353/06, *Grunkin y Paul*, apartado 93.

<sup>32</sup> CIPPITANI, Roberto (2013), “Las relaciones familiares en el espacio jurídico europeo”, *Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet de La Facultad De Derecho de La Universidad De Buenos Aires*, pp. 79-99.

## V. CIUDADANOS DE TERCEROS PAÍSES

La libre circulación tiene otro efecto, probablemente poco conocido en período de retórica contra la inmigración.

Una vez superada la época de conformación de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, la legislación europea se ha ido ocupando de la circulación y residencia de los nacionales procedentes de terceros países, reconociéndoles, progresivamente, derechos y formas de protección<sup>33</sup>.

Además, la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia considera cada vez más el supuesto de los ciudadanos de terceros países, que sean familiares de ciudadanos comunitarios.

La interpretación del Tribunal de Justicia era que el derecho a la libre circulación de las personas no se aplicaba al miembro de la familia que no fuese ciudadano comunitario, cuando el nacional de un país miembro nunca ha ejercitado su derecho a la circulación transnacional (véase el asunto *Morson y Jhanjan / Staat der Nederlanden* de 1982)<sup>34</sup>. Lo mismo se afirmaba con respecto a la aplicación de la disciplina de protección social con base en el Reglamento n.º 1408/71<sup>35</sup>.

Incluso en el periodo de entrada en vigor del Tratado de Maastricht se afirma que «la ciudadanía de la Unión, prevista en el artículo 8 del Tratado CE, no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario»<sup>36</sup>.

Esa perspectiva aparece confirmada por la Directiva 2004/38/CE que considera como «beneficiario» de los derechos que derivan de la libre circulación el ciudadano que se «traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia», que le acompañen o se reúnan con él (véase el artículo 3).

---

<sup>33</sup> Véase, entre los demás, la Directiva 2009/50/CE, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; la Directiva 2011/98/UE relativa al permiso único de residencia. La Directiva 2014/36/UE, adoptada en febrero de 2014, regula las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros; la Directiva 2014/66/UE relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales; la Directiva (UE) 2016/801 relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, modificada en 2011 con el fin de extender su ámbito de aplicación a los refugiados y otros beneficiarios de protección internacional.

<sup>34</sup> Véase TJUE, *Elestina Esselina Christina Morson/Staat der Nederlanden et Hoofd van de Plaatselijke Politie in de zin van de Vreemdelingenwet; Sewradjie Jhanjan/ Staat der Nederlanden*, 27 de octubre de 1982 (35 y 36/82, Rec. 1982, p. 3.723).

<sup>35</sup> Véase TJUE, *Petit / Office national des pensions*, 22 de septiembre de 1992 (C-153/91, Rec. 1992, p. I-4.973); véase también TJUE, *Koua Poirrez / Caisse d'allocations familiales de la Seine-Saint-Denis*, 16 de diciembre 1992 (C-206/91, Rec. 1992, p. I-6.685).

<sup>36</sup> TJUE, *Land Nordrhein-Westfalen / Uecker et Jacquet / Land Nordrhein-Westfalen*, 5 de junio de 1997 (C-64/96 y C-65/96, Rec. 1997, p. I-3.171, apartado 23).

«La libre circulación tiene otro efecto, probablemente poco conocido en período de retórica contra la inmigración».

En este ámbito la sentencia de la Gran Sala en el asunto *Ruiz Zambrano* de marzo de 2011<sup>37</sup> ha venido constituyendo la jurisprudencia de referencia para las decisiones

siguientes, específicamente cuando el ciudadano comunitario no había ejercitado el derecho del desplazamiento desde un Estado comunitario a otro.

La Abogada General Eleanor Sharpston, en sus conclusiones en el asunto *Ruiz Zambrano*<sup>38</sup>, muestra como la libre circulación de los mismos ciudadanos comunitarios, en algunas situaciones, puede prescindir de la circulación transfronteriza (véase principalmente los asuntos *García Avello*<sup>39</sup>, *Zhu y Chen*<sup>40</sup> y *Rottmann*<sup>41</sup>).

En el asunto *Ruiz Zambrano*, el Tribunal trata la cuestión de si se debe conceder el permiso de residencia a un progenitor no comunitario de un niño ciudadano de un Estado miembro. En el caso no se puede aplicar la Directiva 2004/38/CE puesto que, por un lado, el niño no tiene que desplazarse de un Estado comunitario a otro; y, por otro lado, la definición de miembro de la familia no incluye el caso del familiar que cuida al ciudadano del Unión (véase el artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE)<sup>42</sup>.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia, pese a la inaplicabilidad de la Directiva citada, observa la protección del derecho a la libre circulación, reconocido por los artículos 20 y 21 Tratado FUE.

En el caso específico, el hecho de denegar el permiso de residencia a los ascendentes de los menores ciudadanos comunitarios los privaría del «disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión» (*Ruiz Zambrano*, apartado 44), obligándolos de hecho a abandonar el territorio de la Unión para seguir a las personas que los cuidan.

La «doctrina Zambrano» constituye el «mayor punto de apertura» sobre este tema<sup>43</sup>. Pero, sucesivamente el Tribunal comunitario ha parecido tener un acercamiento menos abierto.

Por ejemplo, en la sentencia del asunto *McCarthy*<sup>44</sup>, un par de meses posterior al asunto *Ruiz Zambrano*, el Tribunal de Justicia afirmó que la Señora McCarthy,

<sup>37</sup> TJUE, *Ruiz Zambrano*, 8 de marzo de 2011 (C-34/09, Rec. 2011, p. I-1.177).

<sup>38</sup> Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, párrafo 77.

<sup>39</sup> TJUE, *García Avello*, 2 de octubre de 2003 (C-148/02, Rec. 2003, p. I-11.613).

<sup>40</sup> TJUE, *Zhu y Chen*, 19 de octubre de 2004 (C-200/02, Rec. 2004, p. I-9.925).

<sup>41</sup> TJUE, *Rottmann*, 2 de marzo de 2010 (C-135/08, Rec. 2010, p. I-1.449).

<sup>42</sup> Por lo que se refiere al concepto de «miembro de la familia» relevante para la aplicación de la Directiva, el artículo 2 establece que es a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja; d) los ascendientes directos a cargo y de los del cónyuge o de la pareja.

<sup>43</sup> PIZZOLO, Calogero (2015), “The relevance of freedom of movement of EU citizens for the emergence of subjective legal situations in the EU”, en Arnold, Rainar y Colcelli, Valentina, *Private law instruments as way of EU regional integration*, Universitaetsverlag Regensburg, Regensburg.

<sup>44</sup> TJUE, *McCarthy*, 5 de mayo de 2011 (C-434/09, Rec. 2011, p. I-3.375).

ciudadana del Reino Unido y de Irlanda, que nunca había ejercitado su derecho a la libre circulación, no tenía el derecho de invocar la aplicación de la Directiva 2004/38/CE para atribuir a su esposo jamaicano un permiso de residencia permanente.

Además, la falta de concesión del permiso de residencia al cónyuge no afectaría el disfrute del derecho reconocido por los Tratados comunitarios. Por lo tanto «la medida nacional de que se trata en el presente asunto principal no tiene como efecto que la Sra. McCarthy se vea obligada a salir del territorio de la Unión» (*McCarthy*, apartado 50).

*«Están prohibidas las medidas nacionales que pudiesen afectar el contenido esencial del disfrute efectivo de los derechos que derivan de la ciudadanía de la Unión».*

Sin embargo, las sentencias siguientes confirman que están prohibidas las medidas nacionales que pudiesen afectar el contenido esencial del disfrute efectivo de los derechos que derivan de la ciudadanía de la Unión.

En el asunto *Dereci*<sup>45</sup> el Tribunal de Justicia opina que el criterio relativo a la privación del contenido esencial tiene que ser considerado únicamente en aquellas situaciones caracterizadas por la circunstancia de que el ciudadano de la Unión «se vea obligado de hecho a abandonar no sólo el territorio del Estado miembro del que es nacional, sino también la Unión en su conjunto» (*Dereci*, párr. 66).

En cambio, no basta para la aplicación de ese criterio, que el ciudadano comunitario considere deseable, por razones económicas o de unidad familiar, que el familiar no comunitario permanezca en el territorio de la Unión Europea. De hecho, en este caso, el ciudadano de la Unión no «se vería obligado a abandonar el territorio de la Unión si ese derecho no fuera concedido» (*Dereci*, párrafo 68; véase también la sentencia *Ymeraga*, de 8 de mayo de 2013)<sup>46</sup>.

En general, como claramente ha demostrado MOLINA DEL POZO<sup>47</sup>, a los nacionales de los terceros países ya se le pueden reconocer muchos derechos previstos en el derecho de la Unión para los ciudadanos europeo (por ejemplo: los derechos humanos fundamentales; el derecho a circular y residir libremente en territorio de la Unión Europea; el derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado de residencia en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo; el derecho de petición dirigido a las instituciones u órganos de la Unión; el derecho a plantear reclamaciones al Defensor del Pueblo de la Unión; el derecho a presentar una iniciativa legislativa popular; el derecho a una buena administración, etc.) y muchos otros se podrían reconocer en coherencia con el sistema de valores de la Unión.

<sup>45</sup> TJUE, *Dereci y otr.*, 15 de noviembre de 2011 (C-256-11, Rec. 2011, p. I-11.315).

<sup>46</sup> TJUE, *Ymeraga*, 8 de mayo de 2013 (C-87/12, todavía no publicada, apartado 39).

<sup>47</sup> MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, (2013), “La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea”, en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (edición), *Derechos Individuales e Integración regional (Antología)*, ISEG, Roma-Perugia-México.

## VI. LA LIBRE CIRCULACIÓN DEL CONOCIMIENTO



La libre circulación ha creado no solo una comunidad de derechos, sino también una «Sociedad del conocimiento».

Este proyecto fue lanzado por el libro blanco «Crecimiento, competitividad y empleo» a principios de los años 90 del siglo pasado, desarrollado por otros textos<sup>48</sup> y sucesivamente implementado en una acción política, la llamada «Estrategia de Lisboa» promovida por el Consejo Europeo en

marzo del año 2000 y en los fundamentos del más reciente documento «Europa 2020», propuesto por la Comisión y aprobado por el Consejo Europeo de junio de 2010.

La idea subyacente en ese proyecto político es la de pasar de un sistema basado en la producción e intercambio de bienes físicos a uno en el que vuelva a ser más importante producir, compartir y transformar en desarrollo el «conocimiento». El conocimiento es el resultado de la actividad de investigación científica; se comparte por medio de la educación y su desarrollo económico/social se realiza por medio de la innovación.

Por lo tanto, la investigación, la educación y la innovación, de actividades marginales del derecho nacional se convierten, en los últimos años, en el fulcro de las estrategias políticas de la Unión.

Los documentos institucionales destacan que la Unión y los Estados miembros tienen que garantizar y fomentar la «libertad del conocimiento». Esta se ha definido como la «quinta libertad» otorgada por los Tratados de la Unión Europea<sup>49</sup>, junto a la libre circulación de las personas, mercancías, servicios y capitales.

Esta libertad es reconocida por el Derecho comunitario y, en particular, por el artículo 179, pár. 1, del TFUE, que establece que: «La Unión tendrá por objetivo fortalecer sus bases científicas y tecnológicas, mediante la realización de un espacio europeo de

<sup>48</sup> Para tener un panorama general, véase. ADUNMO, Keji Alex (2011), “The European Research Area (ERA): science, knowledge, research and innovation”, *Diritto e processo*, pp. 5 y ss. (también en [www.rivistadirittoeprocesso.eu](http://www.rivistadirittoeprocesso.eu)); CIPPITANI, Roberto (2013), “Sociedad del conocimiento”, en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ob. cit., pp. 624 y ss. En el ámbito específico de cómo la «Sociedad del conocimiento» puede influir en la interpretación y aplicación del derecho, véanse los artículos SOSA MORATO, Beatriz Eugenia (2012), “Un humanista ante el umbral de la Sociedad del Conocimiento. Un esfuerzo por comprenderla”; COLCELLI, Valentina (2012), “El ‘conocimiento’ en la tradición del derecho privado europeo”; CIPPITANI, Roberto (2012), “El Derecho privado de la Unión Europea desde la perspectiva de la Sociedad del Conocimiento”; ÁLVAREZ LEDESMA, Mario. I. (2012), “Sucintas reflexiones en torno al derecho de la sociedad del conocimiento”, en Cippitani, Roberto (ed.), *El Derecho de la Sociedad del Conocimiento*, ISEG, Roma-Perugia.

<sup>49</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, «Mejores carreras y más movilidad: una asociación para los investigadores», COM (2008) 317 final, 23 de mayo de 2008.



investigación en el que los investigadores, los conocimientos científicos y las tecnologías circulen libremente»<sup>50</sup>.

Con el fin de crear un verdadero Espacio Europeo de Investigación<sup>51</sup>, la Unión tiene que fomentar la libre circulación de investigadores y de los productos de la investigación así como la cooperación entre empresas, centros de investigación y universidades.

*«Un proceso de integración que se basa en el conocimiento necesita una apertura aún más amplia que la prevista por el mercado comunitario».*

Además, la Unión (según los artículos 166 y 167 del TFUE), tiene por objeto lograr la dimensión europea de la educación y de la formación, estableciendo un «espacio educativo europeo abierto, dinámico» y eficaz<sup>52</sup>.

Sobre todo, la Europa comunitaria debe alcanzar la eliminación de los obstáculos (en particular los de carácter jurídico) de la circulación y de la cooperación en materia de investigación, innovación y educación.

Un proceso de integración que se basa en el conocimiento necesita una apertura aún más amplia que la prevista por el mercado comunitario.

No es posible construir Europa como «espacio del conocimiento» si los investigadores, estudiantes, maestros, empresarios, procedentes de diferentes Estados miembros no colaboran realmente entre ellos (véase artículo 165, pár. 2, y artículo 180, d, TFUE). En este contexto, la libertad de circulación no es solo un derecho, sino una necesidad.

Esa necesidad de un intercambio real de las personas involucradas en las actividades educativas y de investigación nació cuando los Tratados tomaron en consideración el movimiento de los trabajadores y las empresas.

La interpretación del Tribunal de Justicia concedió las libertades también a los aprendices<sup>53</sup> y a los estudiantes<sup>54</sup> y consideró como ilegal la regla de la reciprocidad en el reconocimiento de los títulos. Esos juicios constituyeron el fundamento jurídico de la

<sup>50</sup> Por el concepto de «Espacio Europeo de la Investigación», vid. ADUNMO, Keji Alex (2012), “The European Research Area (ERA): Science, Knowledge, Research & Innovation. Towards Europe 2020”, en Cippitani, Roberto (coord.), *Società della Conoscenza e Cultura dell’Integrazione*, ISEG, Roma-Perugia, pp. 475-506.

<sup>51</sup> Comunicación de la Comisión, «Hacia un espacio europeo de investigación», COM (2000) 6, 18 de enero de 2000.

<sup>52</sup> Comunicación de la Comisión, «Para una Europa del conocimiento», COM (97) 563, 12 de noviembre de 1997, Parte I. Sobre los aspectos legales del Espacio Europeo de la Educación Superior, CIPPITANI, Roberto y GATT, Suzanne (2009), “Legal Developments and Problems of the Bologna Process within the European Higher Education Area and European Integration”, *Higher Education in Europe*, Vol. 34, Issue 3-4, pp. 385-397.

<sup>53</sup> V. TJUE, *Lawrie-Blum*, 3 julio 1986 (66/85, Rec. 1986, p. 2.121, par. 19); Id. *Bernini*, 26 de febrero de 1992 (C-3/90, Rec. 1992, p. I-1.071, p. 15); Id., *Kranemann*, 17 de marzo de 2005 (C-109/04, Rec. 2005, p. I-2.421, apartados 15 y 16).

<sup>54</sup> V. TJUE, *Gravier / Ville de Liège*, 13 de febrero de 1985 (293/83, Rec. 1985, p. 593); Id., *Blaizot/Université de Liège y otros*, 2 de febrero de 1988 (24/86, Rec. 1988, p. 379).

primera edición del programa Erasmus (establecidos por la Decisión del Consejo de 15 de junio de 1987, para el período 1990-1994).

«Los tres componentes del conocimiento tienen que, efectivamente, cooperar en el mismo «triángulo del conocimiento» en un circuito complejo y continuo».

Hoy, el objetivo es hacer efectiva la «libertad del conocimiento» por medio de la eliminación de los obstáculos burocráticos y administrativos residuales<sup>55</sup>.

De hecho, muchos documentos de la Comisión piden a los Estados

miembros eliminar las normas y prácticas que *de facto* limitan la movilidad de los investigadores (los sistemas cerrados de reclutamiento, la falta de reconocimiento de la movilidad en las carreras y en el proceso de contratación, modelos de contratos, impuestos y cargos sociales a menudo no aptos para las personas en movilidad)<sup>56</sup>.

Los tres componentes del conocimiento tienen que, efectivamente, cooperar en el mismo «triángulo del conocimiento»<sup>57</sup> en un circuito complejo y continuo<sup>58</sup>.

El conocimiento se crea a través de la investigación, pero no sería posible sin una educación adecuada de los investigadores<sup>59</sup>. La educación también se ha mejorado debido a los conocimientos generados por la investigación. La universidad es el contexto donde sucede una interacción más eficiente que en cualquier otro lugar.

La innovación está estrechamente vinculada a la investigación, pero también necesita de la educación y de la formación: «En toda la Unión Europea se reconoce que la excelencia en la educación, las destrezas y la formación es una condición previa de la innovación»<sup>60</sup>. Empero, «los aspectos no tecnológicos del proceso de innovación, como el diseño y la comercialización, son cada vez más importantes para disponer de más productos y servicios innovadores en el mercado». Asimismo, esos aspectos tienen su origen en la educación y en la formación.

Sin la efectiva cooperación entre actores a nivel europeo, sin una verdadera integración cultural, no se puede crear el conocimiento que es base del desarrollo económico y social.

La construcción de la Europa basada en la investigación, innovación y educación «no puede organizarse por decreto. Procede de las personas y sólo ellas (científicos,

<sup>55</sup> Sobre todo v. el Consejo europeo de primavera de 2002, y en particular el párrafo 33 de las Conclusiones de la Presidencia.

<sup>56</sup> Por ejemplo v. la comunicación de la Comisión, «Mejores carreras y más movilidad: una asociación para los investigadores», cit.

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, la Comunicación, «Construcción del Espacio Europeo de la Investigación al servicio del crecimiento» - COM (2005) 118 final, 6 de abril de 2005.

<sup>58</sup> V. *Report from the High Level Group chaired by Wim Kok, Facing the Challenge, the Lisbon Strategy for Growth and Employment*, noviembre de 2004.

<sup>59</sup> Como afirma, por ejemplo, la Comunicación, «Mejores carreras y más movilidad: una asociación para los investigadores», cit., «La formación de muchos investigadores sigue un modelo académico tradicional, que no les prepara para las necesidades de la economía moderna basada en el conocimiento, donde las conexiones entre las empresas y las instituciones públicas de investigación son cada vez más decisivas».

<sup>60</sup> Comunicación, «Revisar la política comunitaria de innovación en un mundo cambiante», cit.

investigadores, empresarios y sus empleados, inversores, consumidores y autoridades) harán que Europa sea más innovadora»<sup>61</sup>.

Por lo tanto, la jurisprudencia de la Unión Europea considera ilegales todas aquellas discriminaciones contra los investigadores provenientes de los demás Estados miembros<sup>62</sup>.

*«Sin una verdadera integración cultural, no se puede crear el conocimiento que es base del desarrollo económico y social».*

Investigación, educación y formación, una vez concebidos solo como la expresión de la «identidad nacional», ahora tienen que ser considerados en una dimensión europea. El «interés nacional» no debe ser la razón para establecer una excepción a las libertades otorgadas por los Tratados de la Unión Europea<sup>63</sup>. Por

ejemplo, no se permite invocar esos intereses para reservar un trabajo en un organismo público de investigación a los ciudadanos de un Estado miembro<sup>64</sup>.

Además, los programas de la Unión Europea apoyan a las personas jurídicas que adoptan reglamentos, contratos y otros instrumentos con el fin de mejorar la circulación de las personas involucradas en actividades de investigación y educación.

De esta manera, los participantes del Séptimo Programa Marco, por el periodo 2007-2013, y del Programa Horizonte 2020, para el periodo 2014-2020, están obligados a cumplir con la Carta Europea del Investigador y el Código de Conducta para la Contratación de Investigadores, que están adjuntos a la Recomendación de la Comisión n.º 251 del 11 de marzo de 2005<sup>65</sup>.

La apertura también significa hacer atractivas la investigación y la educación europeas para los no europeos. Además, para alcanzar una mejor apertura del espacio científico y educativo europeos, las instituciones adoptaron una Directiva que se refiere a un procedimiento específico de admisión en la Unión Europea de investigadores que sean nacionales de países terceros (directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> TJUE, *Raccanelli*, 17 de julio de 2008 (C-94/07, Rec. 2008, p. I-5.939 - que se refiere al sistema social que se aplica a los doctorandos); TJUE, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, 30 de noviembre de 2000 (C-195/98, Rec. 2000, p. I-10.497); TJUE, *Comisión/Italia*, 26 de junio de 2001 (C-212/99, Rec. 2001, p. I-4.923); TJUE, *Pilar Allué y Carmel Mary Coonan y otros/ Università degli Studi di Venezia y Università degli Studi di Parma*, 2 de agosto de 1993 (C-259/91, C-331/91 y C-332/91, Rec. 1993, p. I-4.309).

<sup>63</sup> V. como ejemplo: TJUE, *Comisión/Luxemburg*, 2 de julio de 1996 (C-473/93, Rec. 1996, p. I-3.207); TJUE, *Comisión / Grecia*, 2 de julio de 1996 (C-290/94, Rec. 1996, p. I-3.285).

<sup>64</sup> V. TJUE, *Comisión/Italia*, 16 de junio de 1987 (225/85, Rec. 1987, p. 2.625).

<sup>65</sup> Véase el artículo 18, párrafo 5, del Reglamento (UE) n.º 1291/2013 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013 que establece el programa «Horizonte» y el artículo 32.1 del Grant Agreement «*Obligation to take measures to implement the European Charter for Researchers and Code of Conduct for the Recruitment of Researchers*» que establece que «*The beneficiaries must take all measures to implement the principles set out in the Commission Recommendation on the European Charter for Researchers and the Code of Conduct for the Recruitment of Researchers, in particular regarding: working conditions; transparent recruitment processes based on merit, and career development. The beneficiaries must ensure that researchers and third parties involved in the action are aware of them*». Las sanciones (contractuales y administrativas) en caso de incumplimiento de la disposición son las previstas en la sección 6 del mismo contrato (artículo 42 y ss.).

2005; véase también la Directiva (UE) 2016/801 del 1 de mayo de 2016 que entrará en vigor en el mayo del 2018), donde se obliga a los Estados miembros a adoptar la legislación nacional sobre inmigración de manera conforme a dicha apertura.

La libre circulación del conocimiento, como se ha mencionado anteriormente, se realiza en el marco de los «programas comunitarios»<sup>66</sup> que, a partir de los años 50 del siglo pasado, constituyen un importante instrumento de integración<sup>67</sup>, proporcionando los recursos concretos para realizar proyectos de cooperación transnacional en sectores como la investigación, la educación, la cultura y la colaboración en materia de justicia.

## VII. LIBRE CIRCULACIÓN E INTEGRACIÓN CULTURAL

Por lo tanto, como se ha dicho, la libre circulación ha sido la protagonista de importantes cambios en la cultura jurídica.

En una primera época, la libre circulación tuvo la función de construir el mercado comunitario. El establecimiento del mercado, en el ámbito del «método funcionalista», fue la herramienta «táctica» para alcanzar objetivos más ambiciosos, como la paz en el Viejo Continente, una mejor calidad de vida de los europeos y una integración política.

Entonces, de manera paralela, se inició una segunda fase del proceso de integración que fue la individualización de los derechos de las personas no estrictamente ligados al mercado. La libre circulación se convierte en la base para reconocer la capacidad jurídica de derecho privado y los derechos fundamentales. A pesar de que aquel proceso de reconocimiento hubiera empezado bastante pronto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la formalización ocurrió con el concepto de «ciudadanía de la Unión Europea» previsto por el Tratado de Maastricht de 1992.

Durante los últimos veinte años se ha iniciado una nueva época para las libertades comunitarias.

Se ha introducido el concepto de libertad de conocimiento para alcanzar un nivel más alto: después de la integración económica y la integración de los derechos, hoy el reto es la integración «cultural».

---

<sup>66</sup> Véase la definición de programa contenida en el Reglamento (CE) n.º 58/2003 del Consejo de 19 de diciembre de 2002 por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios. Véase también CIPPITANI, Roberto (2007), “I contratti per l’attuazione dei programmi comunitari”, en Palazzo, Antonio y Sassi Andrea (ed.), *Diritto privato del mercato*, Roma - Perugia, pp. 577 y ss.

<sup>67</sup> Cfr. CASTALDI, G. (1998), “Sovvenzioni, incentivi e finanziamenti pubblici”, *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., XV, Torino, pp. 84 y ss., spec. pp. 95 y ss.; PADOIN, Paolo (1989), *I finanziamenti delle Comunità Europee. Organismi, competenze, procedure, destinatari, utilizzazioni*, Roma. Sobre los programas en ámbito de la investigación y de la educación véase CIPPITANI, Roberto (2005), “L’Europa della conoscenza (la ricerca e l’educazione al centro della costruzione comunitaria)”, en Sediari, Tommaso. *Cultura dell’integrazione europea*, Torino, p. 81 y ss.; PÉPIN Luce et al. (2006), *Histoire de la coopération européenne dans le domaine de l’éducation et de la formation*, Lussemburgo-Bruxelles; GUZZETTI, Luca (1995), *Breve storia della politica della ricerca dell’Unione Europea*, Lussemburgo-Bruxelles; MULLIN, James (2001), “Évolution des modes de financement de la recherche (1960-2000)”, *Revue internationale des sciences sociales*, 2001/2 n.º 168, pp. 269 y ss.

Esa integración es cultural porque afecta a aspectos que durante mucho tiempo fueron expresión de la «identidad nacional», como la investigación y la educación y que actualmente tienen que ser considerados parte de la dimensión europea.

Además, la libertad de conocimiento requiere una integración cultural por la simple razón de que no se puede basar solamente en reconocimiento formal de los derechos subjetivos. Para implementar el nuevo modelo de integración, las personas y los bienes tienen que, efectivamente, circular para producir, compartir e intercambiar conocimientos.

Finalmente, una aplicación extensa de la Europa de los derechos a los ciudadanos de terceros países, serviría para solucionar muchos de los problemas que surgen con la inmigración. Más que la xenofobia histórica tan de moda hoy en día en Europa.

*«Las personas y los bienes tienen que, efectivamente, circular para producir, compartir e intercambiar conocimientos».*

La libertad de circulación no ha acabado con su importante y revolucionaria función de haber realizado la solidaridad de hecho (como dice la Declaración de Robert Schuman del 9 de mayo de 1950) que ha mantenido la paz en Europa, garantizando la integración y la construcción de una identidad europea<sup>68</sup>, que son el único antídoto en contra del populismo, del nacionalismo y, en definitiva, en contra de la guerra.

A través de la libre circulación, las personas tienen derechos propios, no están bajo el exclusivo control de un Estado, aprenden a no considerar a los demás como enemigos, se sienten parte de un destino común.

Como recuerda VARGAS LLOSA, sin eufemismos: «Ingrediente central del populismo es el nacionalismo, la fuente, después de la religión, de las guerras más mortíferas que haya padecido la humanidad»<sup>69</sup>.

No hay duda, puesto que Europa ya ha conocido, antes de la integración, épocas caracterizadas por el nacionalismo: en ausencia de la libertad de movimiento, nuestro continente sería más pobre, egoísta, con menos derechos, menos dinámico culturalmente, menos libre y, sobre todo, condenado a regresar a un pasado muy oscuro, donde todos los europeos eran extranjeros en su propia casa.

## COMENTA ESTE ARTÍCULO

<sup>68</sup> HABERMAS, Jürgen (2007), “La creazione di una identità europea è necessaria e possibile?”, en Habermas, Jürgen, *L’Occidente diviso*, Bari-Roma.

<sup>69</sup> VARGAS LLOSA, Mario (2017), *El nuevo enemigo. El comunismo se ha convertido en una ideología residual. Ahora la amenaza es el populismo, que ataca por igual a países desarrollados y atrasados*, El País, 5 de marzo de 2017.





## BIBLIOGRAFÍA

ADUNMO, Keji Alex (2011), “The European Research Area (ERA): science, knowledge, research and innovation”, *Diritto e processo*, n.º 6/2010, Perugia, Italia, pp. 5 y ss.

ADUNMO, Keji Alex (2012), “The European Research Area (ERA): Science, Knowledge, Research & Innovation. Towards Europe 2020”, en Cippitani, Roberto (coord), *Società della Conoscenza e Cultura dell’Integrazione*, ISEG, Roma-Perugia, pp. 475 y ss.

ALPA, Guido (2013), “Status”, en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, Roma-Perugia-Mexico, pp. 649 y ss.

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. (2012), “Sucintas reflexiones en torno al derecho de la sociedad del conocimiento”, en Cippitani, Roberto

(ed.), *El Derecho de la Sociedad del Conocimiento*, Roma-Perugia: ISEG, pp. 149 y ss.

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. y CIPPITANI, Roberto (2013), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, Roma-Perugia-Mexico, 700 p.

BALIBAR, Étienne (1996), “La forma Nazione: Storia e Ideologia”, en Balibar, Étienne y Wallerstein, Immanuel, *Razza nazione classe. Le identità ambigue*, trad. italiana de *Race nation classe. Les identités ambiguës*, Roma, pp. 117 y ss.

BALIBAR, Étienne (2001), *Nous, citoyens d’Europe? Les frontières, l’état, le peuple*, La Découverte, Paris, espec. El ensayo *Europe difficile: les chantiers de la démocratie*

CASTALDI, G. (1998), “Sovvenzioni, incentivi e finanziamenti pubblici”, *Dig.*

*disc. priv., Sez. comm.*, XV, Torino, pp. 84 y ss.

CIPPITANI, Roberto (2005), “L’Europa della conoscenza (la ricerca e l’educazione al centro della costruzione comunitaria)”, en Sediari, Tommaso, *Cultura dell’integrazione europea*, Torino, pp. 81 y ss.

CIPPITANI, Roberto y GATT, Suzanne (2009), “Legal Developments and Problems of the Bologna Process within the European Higher Education Area and European Integration”, *Higher Education in Europe*, Vol. 34, Issue 3-4, pp. 385 y ss.

CIPPITANI, Roberto (2012), “El Derecho privado de la Unión Europea desde la perspectiva de la Sociedad del Conocimiento”, en Cippitani, Roberto (ed.), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, ISEG, Roma-Perugia, pp. 117 y ss.

CIPPITANI, Roberto (2013), “Las relaciones familiares en el espacio jurídico europeo”, *Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet de La Facultad De Derecho de La Universidad De Buenos Aires*, pp. 79 y ss.

CIPPITANI, Roberto (2013), “Sociedad del conocimiento”, en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, Roma-Perugia-Mexico, pp. 624 y ss.

COLCELLI, Valentina (2012), “El «conocimiento» en la tradición del derecho privado europeo”, en Cippitani, Roberto (ed.), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, ISEG, Roma-Perugia, pp. 77 y ss.

COLCELLI, Valentina (2013), “Status en el Derecho de la Unión Europea”, en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, Roma-Perugia-Mexico, pp. 653 y ss.

FIERRO, Elena (2001), “Legal Basis and Scope of the Human Rights Clauses in EC Bilateral Agreements: Any Room for Positive Interpretation?”, *European Law Journal*, Vol. 7, n° 1, marzo de 2001, pp. 41 y ss.

GUZZETTI, Luca (1995), *Breve storia della politica della ricerca dell’Unione Europea*, Lussemburgo-Bruxelles, 238 p.

HABERMAS, Jürgen (2007), “La creazione di una identità europea è necessaria e possibile?”, en Habermas, Jürgen, *L’Occidente diviso*, Bari-Roma, pp. 53 y ss.

HOBBSAWM, Eric (2002), *Nazioni e nazionalismi dal 1780. Programma, mito, realtà*, trad. italiana, Einaudi, Torino, 239 p.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (2013), “La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea”, en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (ed.), *Derechos Individuales e Integración regional (Antología)*, ISEG, Roma-Perugia-México, pp. 167

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, JIMENEZ CARRERO, Jorge Antonio (2013), “Adhesión de la Unión Europea al CEDH”, en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, Roma-Perugia-Mexico, pp. 33 y ss.

MULLIN, James (2001), “Évolution des modes de financement de la recherche (1960-2000)”, *Revue internationale des sciences sociales*, 2001/2, n° 168, pp. 269 y ss.

PADOIN, Paolo (1989), *I finanziamenti delle Comunità Europee. Organismi, competenze, procedure, destinatari, utilizzazioni*, Carocci, Roma, 176 p.

PEPIN Luce *et al.* (2006), *Histoire de la coopération européenne dans le domaine de l'éducation et de la formation*, Lussemburgo-Bruxelles, 338 p.

PIZZOLO, Calogero (2010), *Derecho e integración regional*, EDIAR, Buenos Aires, 1192 p.

PIZZOLO, Calogero (2013), “Libre Circulación de Personas: Alcance y Límites”, en Álvarez Ledesma, Mario I. y Cippitani, Roberto (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, Roma-Perugia-Mexico, pp. 406 y ss.

PIZZOLO, Calogero (2015), “The relevance of freedom of movement of EU citizens for the emergence of subjective legal situations in the EU”, en Arnold, Rainar y Colcelli, Valentina, *Private law instruments as way of EU regional integration*, Universitaetsverlag, Regensburg, pp. 17 y ss.

POIARES MADURO, Miguel (1998), *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart and Publishing, Portland, 208 p.

RIFKIN, Jeremy (2005), *The European Dream. How the Europe's Vision of the Future is Quietly Eclipsing the American Dream*, New York, 400 p.

SOSA MORATO, Beatriz Eugenia (2012), “Un humanista ante el umbral de la Sociedad del Conocimiento. Un esfuerzo por comprenderla” en Cippitani, Roberto (ed.), *El derecho en la sociedad del conocimiento*, ISEG, Roma-Perugia, pp. 13 y ss.

VARGAS LLOSA, Mario (2017), *El nuevo enemigo. El comunismo se ha convertido en una ideología residual. Ahora la amenaza es el populismo, que ataca por igual a países desarrollados y atrasados*, en *El País*, 5 de marzo de 2017

## ACUERDO UE-TURQUÍA



### ANÁLISIS DEL PACTO UE – TURQUÍA: ¿JAQUE MATE AL DERECHO DE ASILO?



**Prof. Dr. Carlos Francisco MOLINA DEL POZO**  
*Catedrático de Derecho Administrativo*  
*Catedrático Jean Monnet “Ad personam” de Derecho*  
*Comunitario*  
*Universidad de Alcalá*

#### **Jorge Antonio JIMÉNEZ CARRERO**

*Abogado y Máster Profesional en Unión Europea*  
*Colaborador de la Cátedra Jean Monnet de Derecho*  
*Comunitario, Doctorando en Derecho*  
*Universidad de Alcalá*



(\*) Este artículo fue presentado durante el «*Euro-Mediterranean Migrations Congress*»  
(Facultad de Economía de la Universidad de Alcalá, abril de 2017).

**Resumen:** El 18 de marzo de 2016 los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea decidieron adoptar un pacto con Turquía mediante el



cual se pretendía conseguir el objetivo de «*acabar con el negocio de los traficantes y ofrecer a los inmigrantes una alternativa*». Este pacto preveía, entre otras cosas, que cualquier inmigrante irregular proveniente de Turquía que llegara a territorio europeo, sería devuelto a Turquía.

Una de las críticas más feroces a este pacto consiste en poner de relieve que dicho texto intenta disfrazar a las personas refugiadas de inmigrantes irregulares, lo cual vulneraría lo dispuesto en la Convención de Ginebra de 1951, su Protocolo de 1967 y gran parte del acervo comunitario sobre el derecho de asilo. Otro de los puntos calientes del Pacto es la inclusión de Turquía en la lista de países seguros.

Se trataría de valorar de manera pormenorizada si el Pacto UE - Turquía infringe las normas del Derecho Internacional y las propias normas del Derecho de la UE como lo han denunciado diversos colectivos, entre ellos, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado o el Consejo General de la Abogacía Española.

**Palabras clave:** derecho de asilo, crisis de los refugiados, acuerdo UE - Turquía.

### **ANALYSIS OF THE EU - TURKEY AGREEMENT : CHECKMATE FOR THE RIGHT OF ASYLUM ?**

**Abstract:** On 18 March 2016, the Heads of State or Government of the Member States of the European Union decided to adopt a pact with Turkey to achieve the goal of "*ending the traffickers' business and offering immigrants an alternative*". This pact established, among other things, that any irregular immigrant from Turkey arriving in European territory would be returned to Turkey.

One criticism of this pact is that it seeks to confuse refugees with irregular immigrants. This would violate the rules of the 1951 Geneva Convention, its 1967 Protocol and much of the European rules on the right of asylum. Another polemic point of the Pact is the inclusion of Turkey in the list of safe countries.

It would be necessary to assess whether the EU - Turkey Pact infringes the rules of international law and the rules of EU law as has been denounced by various organizations, including the Spanish Commission for Refugee Assistance or the General Council of Spanish Law.

**Keywords:** right of asylum, refugee crisis, EU - Turkey agreement.

### **ANALYSE DU PACTE UE - TURQUIE : ÉCHEC ET MAT AU DROIT D'ASILE ?**

**Résumé:** Le 18 mars 2016, les chefs d'État et de gouvernement des États membres de l'Union européenne ont décidé d'adopter un pacte avec la Turquie dans le but de «mettre fin à l'activité des trafiquants et offrir aux immigrants une alternative». Cet accord prévoyait, notamment, que tout immigrant illégal provenant de Turquie serait renvoyé dans ce pays.

Il convient à cet égard de souligner deux points très criticables : d'une part, le texte tente de dissimuler les réfugiés en immigrants illégaux, ce qui serait contraire aux



dispositions de la Convention de Genève de 1951, son Protocole de 1967 et à une grande partie de l'acquis communautaire sur le droit d'asile. D'autre part, le pacte inclut la Turquie dans la liste des pays sûrs.

Il convient donc d'évaluer en détail si ce pacte viole les règles du droit international et les propres règles du droit communautaire, comme dénoncé par divers groupes, y compris la Commission espagnole d'aide aux réfugiés ou le Barreau espagnol.

**Mots-clés:** droit d'asile, crise des réfugiés, accord UE - Turquie.

**Sumario:** I. Introducción. II. Antecedentes del pacto UE - Turquía de 18 de marzo de 2016. III. Análisis del pacto de 18 de marzo de 2016 entre la UE y Turquía. III.1. Naturaleza jurídica del acuerdo. III.2. Compatibilidad con el Derecho Internacional y con el Derecho de la UE. IV. La Declaración de Malta de 3 de febrero de 2017: ¿el pacto UE - Turquía como patrón? V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como eje fundamental hacer un análisis sobre la naturaleza y el contenido de la Declaración UE - Turquía y su compatibilidad con el Derecho Internacional y con el Derecho de la UE.

En primer lugar, se hará un recorrido por los antecedentes que dieron lugar a dicha Declaración de 18 de marzo de 2016 para comprender las circunstancias que han llevado a tomar esta decisión. En este sentido, se explicará el impulso que se pretendió dar en 2013 al Sistema Europeo Común de Asilo con la modificación de ciertas normas europeas.

En segundo lugar, se analiza la naturaleza jurídica de la Declaración UE - Turquía. Se trata de saber si estamos ante un acto de naturaleza política o ante un Tratado Internacional susceptible de producir efectos jurídicos entre las partes.

En tercer lugar, se estudia el contenido de la Declaración, y se cuestiona su compatibilidad con algunas disposiciones del Derecho Internacional, como la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; y con algunas normas del Derecho de la Unión Europea, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y la Directiva 2013/33/UE sobre condiciones de acogida del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013.

Finalmente se hace una breve reseña sobre la Declaración de Malta de 3 de febrero de 2017, ya que parece adoptar el esquema de la Declaración UE - Turquía como modelo a seguir para tratar el problema migratorio también en la ruta del Mediterráneo central.

## II. ANTECEDENTES DEL PACTO UE - TURQUÍA DE 18 DE MARZO DE 2016

La actual crisis de refugiados que vive la Unión Europea es seguramente la más cruenta de su (ya no tan joven) historia. Desde la II Guerra Mundial, Europa no se había enfrentado a un problema migratorio de semejante magnitud. Los miembros de la Unión Europea, por lo que hasta ahora hemos visto, no parecen muy idóneos para plantar cara con solvencia a un reto migratorio de este tamaño. La propia Unión Europea habla de la llegada de más de un millón de personas, entre los que se incluiría a inmigrantes y personas refugiadas.

Siguiendo a GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. (2015), podríamos decir, que el comienzo de la actual crisis de refugiados se remonta hasta 2011, cuando a consecuencia de las llamadas primaveras árabes, Túnez y Libia dejan de ejercer un control eficaz sobre las

*«Hasta el año 2002 la Unión Europea recibía de media unos 300.000 solicitantes de asilo. En 2015, la media subió hasta los 770.000 solicitantes».*

personas que salen de esos países hacia Europa (especialmente Italia y Malta). No cabe duda que el comienzo del conflicto en Siria es un hecho fundamental que ha agravado de manera preocupante la crisis. Esta crisis de refugiados alcanza su punto álgido en 2015, siendo la mayoría de personas desplazadas de origen sirio (NAÏR, 2016, p. 19 y ss). Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), a finales de 2015, el 54% de personas refugiadas de todo el mundo venían de tres países: Siria (4,9 millones), Afganistán (2,7 millones) y Somalia (1,1 millones).

Para entender la dimensión de la crisis, es necesario traer a colación las siguientes cifras: hasta el año 2002 la Unión Europea recibía de media unos 300.000 solicitantes de asilo. En 2015, la media subió hasta los 770.000 solicitantes (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, 2015).

En momentos más recientes, desde enero de 2016 hasta el 31 de enero de 2017, y según fuentes del ACNUR, el 22,1% de las personas que llegaban a Europa por la vía del mar Mediterráneo procedían de Siria (82.377), el 11,3% de Afganistán (41.876), el 10,2% de Nigeria (38.071), el 7,5% de Iraq (27.833), y el 5,6% de Eritrea (20.734).

Como acabamos de ver, el país que exporta más personas refugiadas es Siria. Conviene conocer, siquiera de manera sucinta, los orígenes de este conflicto dada la repercusión que sus consecuencias están teniendo en el territorio europeo. Siguiendo a GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2015), podemos decir que si hemos de fijar una fecha concreta como comienzo del conflicto, esta es el 6 de marzo de 2011. Ese día, un grupo de adolescentes fueron detenidos por la policía por haber realizado una pintada en una

calle en contra del régimen de Bashar Al-Assad. Esta detención supuso una serie de protestas en las que las fuerzas del orden público se excedieron, disparando incluso contra los manifestantes (GUTIÉRREZ ESPADA, pp. 100 y ss). Al igual que Gutiérrez Espada, otros autores se han pronunciado en el mismo sentido (ROSARIA MAURO, M., 2016).

Esta reacción desproporcionada del Gobierno sirio contra su pueblo, comienza a conformar realmente una suerte de oposición estable que va siendo alimentada en sus aspiraciones por los intereses de otros Estados, consistentes en derrocar a Bashar Al-Assad<sup>1</sup>. De este modo, las manifestaciones, revueltas y actos de resistencia frente al Gobierno sirio van en aumento progresivamente, y es a partir del verano de 2012 cuando se puede hablar abiertamente ya de la existencia de una guerra civil en Siria.

*«Como respuesta al reto migratorio, la UE ha recrudescido la vigilancia de sus fronteras exteriores y ha llegado a cerrar algunas fronteras interiores».*

En lo que a la Unión Europea se refiere, es necesario recordar que el vigente Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, preveía el desarrollo de una política común de asilo, protección subsidiaria y protección temporal, así como la

creación de un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)<sup>2</sup>. En este orden de ideas, en 2010 el Consejo Europeo elaboró el Programa de Estocolmo, que pretendía conseguir un procedimiento común de asilo para los distintos Estados miembros.

Esta aparente voluntad humanitaria plasmada en el Tratado de Lisboa, no ha sido tal en función de la actuación de la Unión Europea desde 2011. Básicamente, como respuesta al reto migratorio, la UE ha recrudescido la vigilancia de sus fronteras exteriores y ha llegado a cerrar algunas fronteras interiores, poniendo así en cuestión todo el sistema Schengen, cuya piedra angular, precisamente, es la ausencia de fronteras interiores dentro de la UE. Así lo expresa la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR):

La Unión Europea y sus Estados miembros, en respuesta a esta situación, han intensificado la vigilancia en sus fronteras exteriores negando a estas personas la oportunidad de solicitar protección internacional al tiempo que han introducido controles en sus fronteras interiores con el fin de evitar la entrada a sus países de las personas que habían conseguido llegar hasta Europa (La situación de las personas refugiadas en España. Informe de 2012 de CEAR).

Como ejemplo del cierre de fronteras interiores al que se acaba de hacer referencia, hemos de detenernos en el episodio ocurrido en 2011 en la isla italiana de Lampedusa. Italia, desbordada por la afluencia de personas, sobre todo, de origen tunecino, no puso mucho empeño en impedir que estas personas se desplazaran, una vez ya se encontraban en territorio italiano, hacia otros países europeos, principalmente Francia. Esta actuación no sentó nada bien al Gobierno francés, que en cierto modo, reestableció la

<sup>1</sup> Algunos Estados financian a la oposición siria para que puedan adquirir armamento, entre los que se encontraría Estados Unidos.

<sup>2</sup> Vid. art. 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

frontera interior con Italia mediante la disposición de policías franceses en dicha frontera, vulnerando así, la normativa europea, concretamente, el Código de Fronteras Schengen<sup>3</sup>.

En esta línea, lo ocurrido en octubre de 2013, puso de manifiesto la necesidad de establecer unas vías seguras para que las personas refugiadas puedan solicitar protección internacional en Europa y «la urgente necesidad de impulsar medidas de solidaridad adecuadas para garantizar la acogida y un acceso rápido y efectivo a la protección» (La situación de las personas refugiadas en España. Informe de 2014 de CEAR). Nos estamos refiriendo al naufragio de dos embarcaciones que se dirigían a Lampedusa y Sicilia, y que supusieron la muerte de alrededor de trescientas personas.



Cabe señalar que la Unión Europea en 2013 llevó a cabo la puesta en marcha de un paquete legislativo con el objetivo de impulsar el SECA y reducir las desigualdades a la hora de solicitar asilo en el territorio de la Unión Europea. Este paquete legislativo lo integraban 5 normas europeas:

- Directiva sobre procedimientos de asilo revisada<sup>4</sup>: Esta norma europea se encarga de regular el procedimiento de asilo en toda la Unión Europea. Según la Comisión Europea, con la nueva Directiva revisada, se han conseguido una serie de logros, entre los que se encontrarían:
  - a) La introducción de mecanismos específicos en las fronteras que aseguran que cualquier solicitante de asilo puede acceder al procedimiento de manera eficaz;
  - b) Se aumenta la rapidez y eficacia de los procedimientos, durando como máximo seis meses desde la solicitud de asilo;
  - c) Aquellos casos que no tengan fundamento jurídico para obtener algún tipo de protección internacional, serán tramitados con arreglo a procedimientos acelerados, agilizando así el procedimiento;
  - d) Las personas más vulnerables, como menores de edad, personas discapacitadas o enfermas, recibirán un trato preferente.
  
- Directiva sobre condiciones de acogida revisada<sup>5</sup>: Esta norma lo que busca es establecer una serie de condiciones de acogida a los solicitantes durante el lapso de tiempo que media entre la presentación de la solicitud de asilo y el estudio de

<sup>3</sup> Vid. en la actualidad, Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), concretamente arts. 22 y siguientes.

<sup>4</sup> Vid. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) - aplicable desde el 21 de julio de 2015.

<sup>5</sup> Vid. Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición) - aplicable desde el 21 de julio de 2015.

la misma por parte de las autoridades. Como novedades a la anterior regulación, se establece, entre otras cosas:

- a) Una lista de motivos tasados para detener a estas personas;
- b) Garantiza la asistencia jurídica gratuita y la información por escrito tras la presentación de un recurso contra una orden de detención.

- *Directiva sobre requisitos revisada*<sup>6/7</sup>: Esta norma prevé qué requisitos deben cumplirse para poder obtener algún tipo de protección internacional, ya sea, el estatuto de refugiado o la protección subsidiaria. Como principal novedad, iguala bastante en derechos a cualquier persona merecedora de protección internacional, ya sea refugiada o disfrute de la protección subsidiaria.
- *Reglamento de Dublín revisado*<sup>8</sup>: El Reglamento de Dublín venía a establecer una suerte de procedimiento para determinar qué Estado miembro es el responsable a la hora de estudiar una determinada solicitud de asilo. Con la nueva regulación, se introducen interesantes novedades, como por ejemplo, la posibilidad de recurrir ante una decisión de traslado de un Estado miembro a otro o la posibilidad de que con la interposición de este recurso, se suspenda el traslado temporalmente.
- *Reglamento Eurodac revisado*<sup>9</sup>: Esta norma tenía como objetivo crear una base de datos con las huellas dactilares de los solicitantes de asilo a fin de llevar un registro exhaustivo de estas personas. Entre las novedades que se introducen en 2013, quizás la más relevante sea que si bien es cierto que anteriormente el único fin de esta toma de huellas era con fines de asilo, actualmente además la Europol y las policías de los Estados miembros podrán tener acceso a estas huellas en la medida en que sea necesario dentro del marco de investigaciones criminales, pero siempre de manera legal y controlada.

En relación con los episodios trágicos que se estaban viviendo cerca de las costas italianas, en octubre de 2013 el Gobierno italiano puso en marcha la operación de rescate *Mare Nostrum*, que tenía por objetivo rescatar a inmigrantes que intentaban

<sup>6</sup> Vid. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) - aplicable desde el 21 de diciembre de 2013.

<sup>7</sup> El plazo máximo para la trasposición de estas tres Directivas se fijó el 20 de julio de 2015.

<sup>8</sup> Vid. Reglamento (UE) n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (refundición) - aplicable desde el 1 de enero de 2014.

<sup>9</sup> Vid. Reglamento (UE) n.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n.º 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición) - aplicable desde el 20 de julio de 2015.



llegar a suelo italiano. La operación *Mare Nostrum* ciertamente fue un éxito, ya que llegó a salvar la vida de unas 150.000 personas. En octubre de 2014, esta operación finalizó, dando lugar a las operaciones *Tritón* y *Poseidón*, financiadas por la Unión Europea. Estas operaciones, impulsadas desde la agencia europea FRONTEX (dedicada al control de las fronteras exteriores) tenían por objetivo fundamental «controlar las fronteras y evitar las llegadas» (La situación de las personas refugiadas en España. Informe de 2015 de CEAR), especialmente a las costas italianas y griegas.

«La operación *Mare Nostrum* ciertamente fue un éxito, ya que llegó a salvar la vida de unas 150.000 personas».

La Comisión Europea, por su parte, el 13 de mayo de 2015 lanza la Agenda Europea de Migración, en la que pone de relieve las tragedias ocurridas en el Mediterráneo, y aboga, entre otras cosas, por «aprovechar el papel de la UE en el mundo y el amplio abanico de herramientas de que dispone para ir a las causas profundas del fenómeno migratorio» (Agenda Europea de Migración, 2015).

Básicamente, la Agenda Europea de Migración establece cuatro ejes para mejorar la gestión de la migración:

- 1) *Reducir los incentivos a la migración irregular*: Entiende la Comisión Europea que la cooperación con terceros países es fundamental para atajar este problema. Se trataría por tanto de que esta cooperación pueda poner fin a estas mafias que se aprovechan de la necesidad de los inmigrantes para lucrarse, cometiendo así actos delictivos. También se refiere a que uno de los incentivos de los inmigrantes a la hora de emprender su travesía, es que saben que el sistema de retorno de la Unión no es suficientemente eficaz. Por ello, la Unión Europea pretende asegurarse de que los terceros Estados cumplan con su obligación de readmitir a sus nacionales, residentes irregularmente en Europa.
- 2) *Gestión de las fronteras exteriores*: La Comisión Europea aboga por una gestión de las fronteras exteriores eficiente, teniendo en cuenta sobre todo lo acaecido en Italia y Grecia. En este sentido, entiende que la Unión Europea debe tener una estrategia para ayudar a los Estados miembros a crear fronteras exteriores «sólidas y coherentes». También se hace referencia al uso de las tecnologías y sistemas informáticos para favorecer la creación de fronteras inteligentes que servirían para «aumentar la eficiencia de los puestos fronterizos» o «reforzar la lucha contra la inmigración irregular mediante la creación de un registro de todos los movimientos transfronterizos de nacionales de terceros países».
- 3) *Una política común de asilo sólida*: En este eje, la Comisión Europea delimita muy claramente las medidas clave:
  - Hacer seguimiento y evaluar el funcionamiento del SECA;
  - Formular orientaciones para mejorar la aplicación de las normas europeas de asilo;
  - Exponer directrices para combatir los posibles abusos hacia el SECA;

- Reforzar las disposiciones relativas a los llamados países de origen seguros (países en los que presuntamente el solicitante de asilo no correría peligro);
  - Tomar medidas destinadas a promover la identificación de migrantes y a tomar huellas dactilares de manera sistemática.
- 4) *Establecer una nueva política de migración legal*: En este punto, la Comisión Europea aclara por qué es tan importante la inmigración legal en el territorio de la Unión Europea. Afirma la Comisión Europea que, sin la inmigración, la población en edad de trabajar en la Unión Europea disminuiría 17,5 millones de personas a lo largo de los próximos diez años. De este modo, la inmigración legal supone un elemento clave para mantener el sistema de prestaciones sociales. Por este motivo, se pretende proyectar una imagen atractiva de Europa de cara a los inmigrantes que puedan desarrollar en nuestro territorio una labor que necesite una alta cualificación. Lo que busca la Comisión Europea, en definitiva, es la llegada de inmigrantes con una formación sólida para desempeñar puestos de trabajo de alta responsabilidad.



Finalmente, la Agenda Europea de Migración da una serie de pinceladas sobre acciones que se deberán afrontar a largo plazo, entre las que se encuentra la conclusión del SECA. Afirma la Comisión Europea que abrirá un debate sobre qué derroteros debe tomar el SECA en el futuro, concretando asuntos como un código común de asilo, el reconocimiento mutuo de las decisiones en este ámbito entre Estados miembros o el

establecimiento de un procedimiento uniforme en toda la Unión para tramitar solicitudes de asilo.

En la línea de la Agenda Europea de Migración, el Consejo Europeo reunido los días 25 y 26 de junio de 2015 estudió el tema de la migración como punto a tratar. Siguiendo a CANO LINARES, M. A. (2016), el Consejo Europeo proyectó tres líneas de actuación (p. 14 y ss):

- Trabajar en una mejor reubicación (distribución entre los Estados miembros de personas que necesitan protección internacional) y reasentamiento (traslado de personas desplazadas necesitadas de protección internacional de un tercer Estado a un Estado miembro) de las personas necesitadas de protección internacional;
- Trabajar en una política de retorno eficaz, para que los inmigrantes irregulares fueran devueltos a sus países de manera rápida y segura;
- Trabajar en la cooperación con los países de origen y tránsito, especialmente con los países de África y con Turquía para intentar acabar con las mafias que incitan a los inmigrantes irregulares a viajar hasta suelo europeo.

Por su parte, el Consejo Europeo de 15 de octubre de 2015, resulta también interesante porque en él se hace referencia a la cooperación con terceros Estados para frenar la inmigración irregular, especialmente Turquía y el Plan de Acción Conjunto que la UE

mantiene con este Estado. Este Plan de Acción Conjunto, que venía siendo negociado con anterioridad<sup>10</sup>, se activaría a raíz del a cumbre UE - Turquía celebrada el 29 de noviembre de 2015. El Plan de Acción Conjunto tenía como objetivos principalmente dos: cooperar para dar apoyo a los refugiados sirios bajo protección temporal y reforzar la cooperación para prevenir los flujos de inmigración irregular que llegan a la UE. Como contrapartida a los esfuerzos por parte de Turquía, la UE prometió entregar unos 3.000 millones de euros a dicho país, acelerar el proceso de exención de visados para ciudadanos turcos e impulsar el proceso de adhesión de Turquía a la UE.

### III. ANÁLISIS DEL PACTO DE 18 DE MARZO DE 2016 ENTRE LA UE Y TURQUÍA

#### *III.1. Naturaleza jurídica del acuerdo*

Antes de entrar a analizar el contenido del acuerdo y su compatibilidad con el Derecho Internacional y con el Derecho de la UE, hemos de detenernos en un tema preliminar que ha generado un intenso debate, que no es otro que el de la naturaleza jurídica del acuerdo.

La disyuntiva estriba en determinar si es un verdadero Tratado Internacional o en su lugar se trata de un acto político no vinculante jurídicamente (LÓPEZ GARRIDO, 2016). Con base en estas dos posibilidades, si se tratase de un Tratado Internacional, el procedimiento a seguir debería haber sido el previsto en los arts. 216 y siguientes del TFUE (MOLINA DEL POZO, 2011). Por otra parte, en caso de tratarse de un acto político, el pacto o acuerdo no sería vinculante a efectos jurídicos. El nombre que le han dado las autoridades europeas es el de «Declaración» en el Comunicado de prensa 144/16 de 18 de marzo de 2016.

Para ver si se trata de un Tratado Internacional hemos de analizar simplemente si se han seguido los pasos marcados por el TFUE a estos efectos. El art. 218 del TFUE es el que regula el procedimiento por el cual han de celebrarse Tratados Internacionales entre la UE y terceros Estados. En primer lugar, el Consejo de la Unión Europea debe autorizar las negociaciones, aprobar las directrices de negociación y finalmente celebrar el acuerdo. En este orden de cosas, el Consejo deberá adoptar una decisión mediante la cual se autorice la firma del acuerdo y su aplicación provisional o no antes de su entrada en vigor. Además, antes de que el Consejo decida la celebración del Acuerdo o Tratado Internacional, debe pedir opinión al Parlamento Europeo en una serie de supuestos, entre los que se encuentran, aquellos acuerdos que tengan repercusiones presupuestarias importantes para la UE. Recordemos en este sentido que la UE en el pacto con Turquía previó la entrega de 3.000 millones de €. También prevé el art. 218 apartado 11 una salvaguarda para evitar la entrada en vigor de Acuerdos o Tratados Internacionales que no sean compatibles con los Tratados de la UE (TUE y TFUE). En este sentido, cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrían

---

<sup>10</sup> El 15 de octubre de 2015 la Comisión Europea consiguió un acuerdo con Turquía para gestionar el flujo de inmigrantes hacia Europa.

solicitar al Tribunal de Justicia de la UE si esta compatibilidad, efectivamente existe o no (ESMAIL OUREH, A., 2016).

Pues bien, una vez conocemos el procedimiento a seguir para la adopción de Tratados o Acuerdos Internacionales, comprobamos que en el caso del pacto con Turquía el procedimiento seguido no ha sido este. En el texto del pacto se habla del Consejo Europeo, no del Consejo de la Unión Europea, como auspiciador del acuerdo con Turquía. Concretamente, comienza diciendo

*«A nuestro juicio, resulta un fundamento débil, podríamos decir incluso peregrino, por parte del Tribunal General, decir que existen imprecisiones sobre la autoría del acuerdo».*

«Hoy los miembros del Consejo Europeo se reunieron con su parte homóloga turca». En el resto del texto se sigue haciendo referencia al Consejo Europeo y a la Unión Europea. Por lo tanto, visto esto, hemos de afirmar sin temor a equivocarnos que el pacto con Turquía no podría ser un Acuerdo Internacional jurídicamente vinculante porque no se ha seguido el procedimiento establecido por el TFUE. Sin embargo, de la propia naturaleza del acuerdo y de la práctica llevada a cabo, se infiere fácilmente la vocación de aplicabilidad jurídica obligatoria que tiene, ya que comenzó a ser aplicado por ambas partes como si de una disposición *ius cogens* se tratase<sup>11</sup>.

En esta línea, el pasado 28 de febrero de 2017, el Tribunal General de la UE en su comunicado de prensa 19/17 haciendo referencia a los Autos en los asuntos T-192/16, T-193/16 y T-257/16, *NF, NG y NM / Consejo Europeo*, sobre tres recursos de anulación que interpusieron tres solicitantes de asilo contra dicho acuerdo, se declara no competente para resolver tales recursos contra la Declaración UE - Turquía.

Nos resultan ciertamente extrañas las razones que da el Tribunal General para declararse no competente. De este modo, los tres recurrentes consideraban efectivamente, al acuerdo con Turquía, un verdadero Tratado Internacional con efectos jurídicos y con base en ello interpusieron los recursos alegando que no se había seguido el procedimiento previsto en el TFUE para la celebración de Acuerdos Internacionales con terceros Estados. Pues bien, el primer argumento que da el Tribunal General consiste en decir que

«existen imprecisiones en la identificación de los autores de la ‘Declaración UE - Turquía’ en el comunicado de prensa de 18 de marzo de 2016 puesto que dicho comunicado indica, por una parte, que fue la UE y no sus Estados miembros, quién decidió determinadas líneas de actuación adicionales mencionadas en la misma y, por otra parte, que fueron los “miembros del Consejo Europeo” quienes se encontraron con su homólogo turco en

<sup>11</sup> Esta disfunción, como decimos, ha traído bastante confusión. Así, el 22 de marzo de 2016, la eurodiputada Birgit Sippel en nombre del Grupo Socialista en el Parlamento Europeo hizo una pregunta escrita al Consejo en la que preguntaba:

- Si el Consejo considera que el acuerdo UE - Turquía es un Acuerdo Internacional vinculante jurídicamente bajo el Derecho Internacional y el Derecho de la UE;
- En caso afirmativo, por qué el acuerdo no fue negociado de acuerdo con el art. 218 del TFUE;
- Si se ha informado a Turquía de la naturaleza no vinculante del acuerdo en caso de que algunos puntos no sean implementados como se espera.

reunión de 18 de marzo de 2016 que dio lugar a dicho comunicado de prensa».

A nuestro juicio, resulta un fundamento débil, podríamos decir incluso peregrino, por parte del Tribunal General, decir que existen imprecisiones sobre la autoría del acuerdo. Dada la situación actual de crisis migratoria que vive Europa, y como establece el propio comunicado de prensa, siempre se hace alusión al Consejo Europeo y a la Unión Europea. No cabe pues, pensar, en modo alguno que el acuerdo adolece de algún tipo de imprecisión en cuanto a la autoría del mismo, en la medida en que el problema migratorio afecta a toda la Unión Europea, no a un Estado u otro.

Continúa el razonamiento del Tribunal General, alegando que ninguna institución de la Unión Europea ha adoptado la decisión de celebrar el acuerdo con el Gobierno turco, y por lo tanto, al no existir un acto por parte de una institución, el Tribunal General no tiene competencia para conocer de los recursos presentados.

*«El acuerdo con Turquía constituye a nuestro juicio, un verdadero Acuerdo Internacional».*

Prosigue además diciendo, que en caso de que realmente exista un Acuerdo Internacional, «dicho acuerdo habría sido alcanzado por los jefes de Estado o de Gobierno

de los Estados miembros de la Unión y el Primer Ministro turco». Y nosotros nos preguntamos, ¿qué es el Consejo Europeo más que la reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la UE junto con el Presidente de la Comisión Europea?

No podemos, por lo tanto, entender ni compartir el razonamiento jurídico y la posición del Tribunal General.

Finalmente, en este punto diremos que el acuerdo con Turquía constituye a nuestro juicio, un verdadero Acuerdo Internacional, dado que es jurídicamente vinculante en la práctica, y en el que no se ha seguido el procedimiento estipulado por el Derecho de la Unión, sino que se ha utilizado una vía no prevista en las normas, infringiendo así, lo dispuesto por el art. 218 TFUE. Además de ello, consideramos que el Tribunal General debería haber entrado a conocer los recursos de estos tres solicitantes de asilo en la medida en que, efectivamente, se trata de un acto llevado a cabo por una institución europea, el Consejo Europeo. No cabe pensar en modo alguno que el acuerdo fue celebrado de manera individual por cada uno de los Estados miembros, y que por lo tanto se trata de un Tratado Internacional entre los Estados miembros y Turquía, y no un Acuerdo entre la UE y Turquía.

### ***III.2. Compatibilidad con el Derecho Internacional y con el Derecho de la UE***

Una vez analizada la naturaleza jurídica del acuerdo, como ya sabemos, el 18 de marzo de 2016 en el marco del Plan de Acción Conjunto activado desde el 29 de noviembre de 2015, la Unión Europea y Turquía pactaron «acabar con la inmigración irregular que va desde Turquía hasta la UE». Para conseguir este objetivo, establecieron



nueve puntos de actuación que se dieron a conocer a través del Comunicado de prensa 144/16:

- 1) Todos los inmigrantes irregulares que se desplacen desde Turquía hasta Grecia a partir del 20 de marzo de 2016 serán devueltos a Turquía. Según la Unión Europea, esta medida se llevará a cabo de acuerdo con el Derecho Internacional y el Derecho de la UE, lo que excluiría cualquier tipo de expulsión colectiva. Igualmente sostiene la UE, que se respetará el principio de no devolución, contenido en el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951.

Se cataloga a esta medida como «*temporal y extraordinaria*» para acabar con el «*sufrimiento humano y restaurar el orden público*». Prosigue en este punto la Unión Europea, afirmando que los inmigrantes que lleguen a Grecia serán debidamente registrados y que en el caso de que alguno solicite protección internacional, esta solicitud será procesada de manera individual por las autoridades griegas de acuerdo con la normativa europea, y en cooperación con el ACNUR. Por otro lado, aquellos inmigrantes que no soliciten protección internacional, o cuya solicitud haya sido infundada o inadmisibles serán devueltos a Turquía.

- 2) Por cada ciudadano sirio devuelto a Turquía desde Grecia, otro ciudadano sirio será reasentado desde Turquía hacia la UE, teniendo en cuenta los criterios de vulnerabilidad de las Naciones Unidas. A la hora de llevar a cabo este mecanismo, se dará prioridad a los inmigrantes que no hayan entrado previamente en la UE de manera irregular o que no lo hayan intentado.
- 3) Turquía tomará cualquier medida necesaria para prevenir nuevas rutas de inmigración ilegal ya sea por mar o tierra, y cooperará con sus países vecinos y con la UE a estos efectos.
- 4) Una vez que la inmigración irregular de Turquía hacia la UE haya finalizado o se haya reducido sustancialmente, se activará un régimen voluntario de admisión humanitaria.
- 5) El cumplimiento de la hoja de ruta para la liberalización de visados para ciudadanos turcos se acelerará con vistas a que dicha liberalización esté implementada a finales de junio de 2016.
- 6) La UE acelerará el desembolso de los 3.000 millones de euros para Turquía, y financiará nuevos proyectos para personas que estén bajo algún tipo de protección temporal.
- 7) Ambas partes dieron el visto bueno sobre la mejora de la unión aduanera entre la UE y Turquía.
- 8) La UE y Turquía reafirmaron su compromiso para revitalizar el proceso de adhesión de Turquía a la UE.

- 9) La Unión Europea y sus Estados miembros trabajarán con Turquía en cualquier esfuerzo destinado a mejorar las condiciones humanitarias dentro de Siria, en particular, en ciertas áreas cercanas a la frontera turca.

A la luz de lo mencionado en los puntos precedentes, sobre todo en los puntos 1 y 2, podría afirmarse que este acuerdo resulta en cierto modo confuso en la medida en que prevalece la palabra “*migrantes*” en detrimento de “*refugiados*” (NAÏR, 2016, p. 98). Por una parte, como hemos visto, en el punto 1 se establece que cuando la solicitud de un solicitante de asilo es infundada o inadmisibles, éste será devuelto a Turquía. Pero, ¿cuándo una solicitud debe ser declarada infundada o inadmisibles?



La Comisión Europea, en un documento de 19 de marzo de 2016 en el que responde una serie de preguntas sobre el funcionamiento del acuerdo de 18 de marzo de ese mismo año, establece la base legal en la que se apoyará el acuerdo para enviar a Turquía a solicitantes de asilo desde Grecia. De este modo, dice que existen dos fundamentos legales para declarar una solicitud de asilo inadmisibles en relación con Turquía:

- El art. 35 de la Directiva de procedimiento, mediante el cual un país podrá ser considerado primer país de asilo de un solicitante, si el solicitante ha sido reconocido como refugiado en dicho país y puede aún acogerse a dicha protección; o bien si este goza de protección suficiente en dicho país y dicho país aplica el principio de no devolución.
- El art. 38 de la Directiva de procedimiento, mediante el cual el solicitante de asilo no ha solicitado previamente protección internacional en un tercer Estado seguro (Turquía), pero ese tercer Estado puede garantizarle un acceso efectivo a la protección internacional<sup>12</sup>.

En este sentido, habría que añadir a nuestro entender, un tercer fundamento legal digno de estudio para el caso que nos ocupa, aunque el Acuerdo de 18 de marzo de 2016 se apoye solo en los dos preceptos anteriores:

- El art. 39 de la Directiva de procedimiento, que regula el concepto de tercer país seguro europeo, y mediante el cual los Estados miembros pueden no realizar un examen de una solicitud de protección internacional y de la seguridad del solicitante en sus circunstancias particulares cuando una autoridad competente haya comprobado que el solicitante ha entrado irregularmente en su territorio, procediendo de un tercer Estado seguro europeo.

<sup>12</sup> Vid. Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional.

Pues bien, con base en estos tres artículos, un solicitante de asilo podría ser devuelto a Turquía.

El punto 2 arriba mencionado es el que, a nuestro juicio, más confusión genera. Recordemos que lo pactado supone que por cada ciudadano sirio devuelto a Turquía, otro ciudadano sirio será reasentado desde Turquía hacia la UE. En este sentido, cabe preguntarnos ¿es que dentro de lo que es el flujo migratorio procedente de Siria puede haber inmigrantes irregulares y personas refugiadas? ¿es que acaso no huyen todos los sirios de la misma guerra? El punto 2 solamente es entendible si partimos de esa base, entendiendo por lo tanto que dentro de las personas de nacionalidad siria, existen inmigrantes irregulares, y por lo tanto, sin derecho a la protección internacional, y personas refugiadas, amparadas por la Convención de Ginebra de 1951 y por la normativa europea sobre asilo.

Otra posibilidad interpretativa sobre el punto 2 es que los ciudadanos sirios que son devueltos a Turquía, lo son, no porque no merezcan protección internacional, sino, como hemos visto, porque caen en el ámbito jurídico del art. 35 (primer país de asilo) o del art. 38 (tercer Estado seguro) de la Directiva de procedimientos. Pero, siendo esto así, es decir, considerando a Turquía realmente el primer país de asilo o un tercer país

*«La Unión Europea se escuda en la calificación de Turquía como tercer país seguro, cuando a todas luces no parece tener tal seguridad».*

seguro, y tomando en cuenta la lógica del acuerdo, ¿qué sentido tendría reasentar a un ciudadano sirio en la UE desde Turquía si en dicho país puede estar a salvo o solicitar protección internacional?

Por su parte, el ACNUR en su posición sobre el acuerdo UE - Turquía que data de 18 de marzo de 2016, se muestra cauteloso y afirma en primer lugar «el caos que ha prevalecido durante 2015 y hasta ahora, en lo que llevamos de 2016, no responde ni a los intereses de las personas que huyen de la guerra y necesitan seguridad, ni a los de la propia Europa». Prosigue el ACNUR remarcando las condiciones en que deberá ser aplicado el acuerdo para salvaguardar las garantías legales en materia de asilo. Además, entiende que el modo de poner en marcha el acuerdo, será determinante a la hora de respetar la normativa internacional y europea sobre el asilo: «La forma en que este plan sea puesto en marcha será, por tanto, crucial. En última instancia, la respuesta debe centrarse en abordar las necesidades apremiantes de las personas que huyen de la guerra y la persecución. Los refugiados necesitan protección, no rechazo».

Las primeras reacciones en nuestro país en torno al acuerdo de 18 de marzo de 2016 llegaron pronto. Así, el 1 de agosto de 2016, el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española hacía público un comunicado en el que pedía a la Unión Europea que revocara el acuerdo de 18 de marzo con Turquía, teniendo en cuenta no solo la naturaleza del acuerdo, sino también la situación excepcional en la que se encontraba el país tras el intento de golpe de Estado contra el Presidente Erdogan. Aduce el comunicado que la Unión Europea se escuda en la calificación de Turquía como tercer país seguro, cuando a todas luces no parece tener tal seguridad. Dice el comunicado: «En este contexto, el cumplimiento por parte de Turquía de sus obligaciones legales en materia de refugiados no puede darse por hecho y enviar refugiados a Turquía desde

Grecia sólo puede considerarse una temeridad para la libertad, la integridad y la vida de los refugiados».

En esta línea, CEAR ha sido una de las organizaciones más persistentes a la hora de denunciar la presunta ilegalidad del acuerdo en cuestión. De este modo, en abril de 2016 se presentó una denuncia ante la Comisión Europea en la que se alegaba la vulneración de la normativa europea y de los Tratados Internacionales suscritos por Estados miembros de la UE.

En este mismo orden de cosas, el 29 de noviembre de 2016 se presentó un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el que se cuestiona la legalidad del acuerdo<sup>13</sup>.

Con vistas en la denuncia presentada ante la Comisión Europea por CEAR y el recurso de anulación presentado ante el TJUE, anteriormente mencionados, analizaremos las disposiciones jurídicas presuntamente vulneradas por el acuerdo en el Derecho Internacional y en el propio Derecho de la UE:

- a) Los arts. 35, 38 y 39 de la Directiva de procedimientos y el principio de no devolución del art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951

Las devoluciones desde Grecia a Turquía solo podrían entenderse como no violadoras del principio de no devolución previsto en la Convención de Ginebra de 1951, partiendo de una de estas tres bases:

- Considerando a Turquía como primer país de asilo (art. 35 Directiva de procedimientos) al entender que:
  - Un solicitante de asilo ya ha sido reconocido como refugiado en dicho país y aún puede acogerse a dicha protección; o bien
  - Un solicitante de protección internacional goza de protección suficiente en dicho país, y este país se acoge al principio de no devolución;
- Considerando a Turquía como tercer país seguro (art. 38 Directiva de procedimientos);
- Considerando a Turquía como tercer país seguro europeo (art. 39 Directiva de procedimientos).

De otro modo, se estaría violando sistemáticamente el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951<sup>14</sup> (sobre este principio de no devolución se asienta toda la normativa

<sup>13</sup> Este recurso está apoyado por D. Carlos Jiménez Villarejo, la Asociación Catalana de Juristas Demócratas, la Fundación Congreso Catalán por la Salud Mental, la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, la organización Stop Mare Mortum, el Comité Catalán de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, la organización Proactiva Open Arms y la organización Federalistes d'Esquerres.

<sup>14</sup> Recordemos que dicho artículo establece: "1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se

europea de asilo). Esta calificación de Turquía como primer país de asilo, tercer país seguro o tercer país seguro europeo es la piedra angular sobre la que se basan los argumentos de la UE en relación con el acuerdo para justificar la devolución de refugiados y su adecuación a la legalidad internacional y europea.

En lo que se refiere a la primera consideración, esto es, que el solicitante de asilo ya haya sido reconocido como refugiado o que goce de protección suficiente en dicho país y que dicho Estado aplique el principio de no devolución de la Convención de 1951, hemos de remitirnos a lo dispuesto por el Consejo de Europa en su informe de 19 de abril de 2016 sobre la situación de inmigrantes y refugiados (The situation of refugees and migrants under the EU- Turkey Agreement of 18 March 2016).

*«No parece ajustado a Derecho que la UE devuelva a Turquía a solicitantes de asilo sirios».*

En primer lugar, se ha de saber que en lo que respecta a la Convención de Ginebra de 1951, Turquía dispone de una restricción geográfica, de tal suerte que solamente está obligada a examinar una solicitud de asilo si la persona solicitante proviene de Europa, quedando por lo tanto las personas sirias excluidas. Este hecho impide que una solicitud de asilo de una persona no proveniente de Europa (un sirio) en Turquía prospere, en la medida en que Turquía contiene esta limitación geográfica. De este modo, el art. 35 de la Directiva de procedimientos en su primera vertiente nunca podrá ser aplicado ya que no se va a dar el caso de que una persona siria ostente de antemano el estatuto de refugiado otorgado por Turquía<sup>15</sup>.

La segunda vertiente del art. 35 de la Directiva de procedimientos es que aunque no haya sido reconocido como refugiado, disponga de protección suficiente y el país (Turquía) se haya comprometido con el principio de no devolución. En este punto, cabría preguntarse qué se ha de entender por «protección suficiente». Como bien señala el Consejo de Europa, este concepto no está definido en la Directiva de procedimientos. Para tener una idea de que hemos de entender por protección suficiente, el ACNUR establece que no debe haber riesgo de persecución ni de devolución, se deben cumplir ciertas normas internacionales sobre el nivel de vida digno, el respeto a los derechos laborales, el acceso a la sanidad y a la educación de los niños, entre otros. Sin embargo, como veremos posteriormente, distintas organizaciones como Human Rights Watch o Amnistía Internacional han documentado las precarias condiciones en las que se encuentran los refugiados sirios en Turquía, a pesar de algunos intentos por cambiar la situación, por no hablar de las devoluciones a Siria, infringiendo así el principio de no devolución.

---

encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

<sup>15</sup> El ACNUR establece en su documento sobre Estados Parte de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967: “El Artículo 1 B(1) de la Convención de 1951 dice: “Para los fines de esta Convención, la frase ‘los hechos ocurridos antes del 1º de enero de 1951’ en el Artículo 1, Sección A, se debe entender (a) ‘los hechos ocurridos en Europa antes del 1º de enero de 1951’; o bien, (b) ‘los hechos ocurridos en Europa o en otra parte antes del 1º de enero de 1951’, y cada Estado Contratante deberá hacer una declaración al momento de la firma, ratificación o consentimiento, especificando cuales de estos significados se aplica para los propósitos de sus obligaciones dentro de la Convención”. Los siguientes Estados adoptaron la alternativa (a), “limitación geográfica”: Congo, Madagascar, Mónaco y Turquía. Turquía mantuvo expresamente su declaración de limitación geográfica adhiriendo al Protocolo de 1967”.



A la luz de lo anteriormente expuesto, no parece ajustado a Derecho que la UE devuelva a Turquía a solicitantes de asilo sirios basándose en el art. 35 de la Directiva de procedimientos, alegando que Turquía es el primer país de asilo.

Ahora, siguiendo a LÓPEZ GARRIDO, D. (2016), hemos de fijar nuestra atención en los otros dos preceptos de la Directiva de procedimientos: el art. 38 y el art. 39.

El art. 38 por su parte delimita el concepto de tercer país seguro. En este sentido, establece que los Estados miembros solo podrán aplicar el concepto de tercer país seguro cuando se tenga la certeza de que el solicitante de asilo recibirá un trato con base en estas directrices:

- Que su vida o su libertad no se vean amenazadas por motivo de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opinión política;
- Que no haya riesgo de daños graves según lo contemplado en la Directiva 2011/95/UE;
- Que ese tercer país respete el principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951;
- Que se respete la prohibición de expulsión en caso de violación del derecho de no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, establecido en el Derecho Internacional;
- Que exista la posibilidad de solicitar el estatuto de refugiado en dicho país, y en su caso, recibir la protección de acuerdo a la Convención de Ginebra de 1951.

Para desmontar el argumento consistente en que Turquía podría ser considerado tercer país seguro conforme a lo dispuesto en el art. 38 de la Directiva de procedimientos, LÓPEZ GARRIDO, D. (2016), y la organización CEAR en su denuncia ante la Comisión Europea, se remiten a las investigaciones de diversas organizaciones veladoras por el cumplimiento de los Derechos Humanos como Human Rights Watch y Amnistía Internacional, que han documentado la práctica agresiva de las autoridades turcas hacia las personas sirias que vienen buscando protección internacional.

De este modo, el 1 de abril de 2016, Amnistía Internacional publicaba en su página web que el principio de no devolución se estaba vulnerando de manera sistémica por las autoridades turcas, en la medida en que devolvían a personas sirias a su país, poniendo así en serio riesgo sus vidas y libertades:

«Las nuevas investigaciones llevadas a cabo por la organización en las provincias de la frontera sur de Turquía sugieren que las autoridades turcas han estado deteniendo y expulsando a Siria a grupos de alrededor de un centenar de hombres, mujeres, niños y niñas sirios casi a diario desde mediados de enero. La semana pasada, a lo largo de tres días, el equipo de investigación de Amnistía Internacional recopiló múltiples testimonios de devoluciones en gran escala desde la provincia de Hatay, que confirman una práctica que constituye un secreto a voces en la región».

En fechas más recientes, el 14 de febrero de 2017, Amnistía Internacional en su informe «*A blueprint for despair: Human Rights impact of the EU-Turkey deal*» seguía afirmando que el principio de no devolución se está vulnerando en Turquía: «Las investigaciones de Amnistía Internacional en Turquía realizadas en 2015 y 2016

muestran que los solicitantes de asilo y refugiados están en riesgo de ser devueltos a países como Siria, Irak y Afganistán».

Por su parte, Human Rights Watch, el 23 de noviembre de 2016 publicaba un riguroso informe titulado «*Las políticas de la UE ponen a los refugiados en riesgo*». En dicho informe se critica la presunta condición de Turquía como tercer país seguro:

Los sirios se benefician de un régimen de protección temporal, pero se enfrentan a muchos obstáculos para el registro, la educación, el empleo y la atención de la salud. Una decisión de enero de 2016 de las autoridades turcas de permitir a algunos sirios con estatus de protección temporal solicitar permisos de trabajo ha tenido un impacto extremadamente limitado en la práctica, con sólo unos pocos miles de permisos concedidos. Los iraquíes y los afganos, y de hecho todos los demás no europeos, tienen pocas posibilidades de gozar de una protección efectiva en los términos del derecho internacional de los refugiados. Y aunque Turquía ha sido generosa en albergar a más de 2,5 millones de refugiados sirios, desde marzo de 2015 prácticamente cerró sus fronteras con Siria y ha empujado hacia atrás violentamente a mujeres, hombres y niños que venían huyendo de la violencia en ese país (EU Policies put refugees at risk, 2016).

Además, cabe recordar una vez más, como hemos visto antes, que al disponer Turquía de una limitación geográfica a la hora de aplicar la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, las personas sirias jamás podrán obtener el estatuto de refugiado en dicho país.

*«El segundo país más incumplidor del CEDH según datos del TEDH fue Turquía, con 88 casos ante el TEDH, siendo condenada en 77 ocasiones».*

Para hacer una evaluación con carácter más o menos general sobre hasta qué punto es Turquía un país seguro, en la medida en que respeta los Derechos Humanos con carácter, como decimos, general, es interesante acudir a las estadísticas proporcionadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre países más incumplidores del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En este sentido, para el año 2016 el primer país con más casos ante el Tribunal de Estrasburgo fue la Federación Rusa, con 228 casos en total, de los cuales 222 acabaron con una sentencia condenatoria contra Rusia. El segundo país más incumplidor del CEDH según datos del TEDH fue Turquía, con 88 casos ante el TEDH, siendo condenada en 77 ocasiones. Este dato meramente estadístico nos da una idea sobre la seguridad de Turquía en términos generales.

Viendo por lo tanto las investigaciones documentadas de Human Rights Watch, la limitación geográfica de Turquía sobre la Convención de 1951 de Ginebra y los datos estadísticos del Tribunal de Estrasburgo, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que Turquía no puede ser considerado un tercer país seguro conforme a lo dispuesto en el art. 38 de la Directiva de procedimientos.

Llegados a este punto, hemos de detener nuestra atención en otro aspecto del art. 38 de la Directiva de procedimientos que podría no ser respetado por el acuerdo UE - Turquía.

Como acabamos de ver, este art. 38 dispone cuándo ha de considerarse un tercer país como seguro, pero, además, prevé que «la aplicación del concepto de tercer país seguro estará sujeta a las disposiciones previstas en el Derecho nacional<sup>16</sup>, entre ellas:

- a) Normas que requieran una relación entre el solicitante y el tercer país de que se trate por la que sería razonable que el solicitante fuera a ese país;
- b) Normas sobre el método por el que las autoridades competentes tienen la certeza de que se pueda aplicar el concepto de tercer país seguro a un país o a un solicitante concretos. Dicho método incluirá el estudio para cada caso concreto sobre la seguridad del país para cada solicitante concreto y/o la relación nacional de los países considerados generalmente como seguros;
- c) Normas, con arreglo al Derecho Internacional, que permitan realizar un estudio individual de que el país de que se trate es seguro para cada solicitante concreto que, como mínimo, permita que el solicitante impugne la aplicación del concepto de tercer país seguro alegando que el tercer país no es seguro en sus circunstancias particulares. Se permitirá asimismo al solicitante impugnar la existencia de una relación entre él mismo y el tercer país de conformidad con la letra a)».



En este sentido, vemos que en caso de llegarse a aplicar el concepto de tercer país seguro del art. 38, debería hacerse con base en un estudio previo de cada caso concreto, valorando si de acuerdo a las circunstancias personales del solicitante de asilo, el tercer país es realmente seguro para él o ella. Además, no solo eso, sino que el solicitante de asilo podría ejercer su derecho de impugnar la aplicación del concepto de tercer país seguro

alegando que bajo sus circunstancias personales no puede calificarse como tal dicho país. Pues bien, estas garantías a la hora de aplicar este concepto de tercer país seguro, se verían difícilmente salvaguardadas, si nos atenemos a la vocación de inmediatez en la respuesta a la crisis migratoria que se infiere del acuerdo UE - Turquía de 18 de marzo de 2016 (LÓPEZ GARRIDO, D., 2016).

CEAR, en su denuncia ante la Comisión Europea, se expresa así: «La aplicación de procedimientos acelerados implica la reducción de los plazos para analizar debidamente las circunstancias individuales e identificar situaciones de especial vulnerabilidad» y en su informe dirigido al Comisario Europeo de Derechos Humanos: «los solicitantes de asilo en Grecia serán objeto de un procedimiento acelerado, en virtud del cual no procede examinar el fondo de la solicitud. Este procedimiento permite declarar inadmisibles una solicitud de asilo cuando se considera que un tercer país efectuaría dicho examen o brindaría una protección suficiente, según el principio del “primer país de asilo” o de “tercer país seguro” recogido en los arts. 35 y 38 de la Directiva de procedimientos».

<sup>16</sup> En este caso Derecho nacional de Grecia.

A renglón seguido hemos de traer a colación la posibilidad de catalogar a Turquía como «tercer país seguro europeo» con base en el art. 39 de la Directiva de procedimientos. El acuerdo de 18 de marzo de 2016 con Turquía no lo contempla como una herramienta legal para salvaguardar el principio de no devolución, pero en la medida en que Turquía forma parte del Consejo de Europa, entendemos apropiado detenernos en este punto siquiera de manera sucinta. Según lo dispuesto en este precepto, *«los Estados miembros podrán establecer que no se realice, o no se realice completamente, un examen de la solicitud de protección internacional y de la seguridad del solicitante en sus circunstancias particulares [...] cuando una autoridad competente haya comprobado, basándose en los hechos, que el solicitante está intentando entrar o ha entrado ilegalmente en su territorio procedente de un tercer país seguro con arreglo al apartado 2»*.

Este apartado 2 dice que un país podrá ser considerado tercer país seguro europeo con base en tres requisitos:

- Ha ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas y observa sus disposiciones;
- Cuenta con un procedimiento de asilo previsto en la Ley nacional;
- Ha ratificado el CEDH y cumple sus disposiciones, incluidas las normas relativas al recurso efectivo.

*«La UE está en trámites de adherirse al CEDH (si es que finalmente se adhiere). Cuando llegue ese momento, podría ser demandada ante el Tribunal de Estrasburgo por incumplimiento».*

Pues bien, como ya hemos analizado antes, Turquía dispone de restricciones geográficas a la hora de aplicar la Convención de Ginebra, motivo que por sí solo sería suficiente para descartar tal posibilidad. Además, aunque ha ratificado el CEDH (en 1954), hemos comprobado que es el 2º país más incumplidor del CEDH solo por detrás de Rusia.

b) El art. 3 del CEDH y el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH

Por una parte, de sobra es conocida ya la interpretación que desde hace mucho tiempo ha venido haciendo el TEDH en relación con el art. 3 del CEDH: *«Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»*.

Este artículo ha venido siendo interpretado en relación con las expulsiones de solicitantes de asilo como una vulneración del mismo. Ello es así, en la medida en que el texto del CEDH no contempla el derecho de asilo como tal. Sin embargo, con esta correcta interpretación se ha prohibido en el marco del Consejo de Europa la devolución de solicitantes de asilo a territorios donde su vida o libertad pudieran correr peligro. Es así como se ha salvaguardado el principio de no devolución en un texto jurídico que no hace referencia a dicho principio de manera expresa.

Es patente, por lo tanto, que si conforme a lo dispuesto anteriormente hemos entendido vulnerado el principio de no devolución contemplado en el art. 33 de la Convención de

Ginebra en la medida en que no puede calificarse a Turquía como un tercer país seguro, hemos también de afirmar, lógicamente, que el acuerdo entre la UE y Turquía vulneraría el art. 3 del CEDH.

En este mismo orden de ideas, el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH dispone: «*Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros*».

Esta disposición se ha de poner en relación con lo que hemos mencionado anteriormente sobre la necesidad de analizar de manera individual, caso por caso, si se puede aplicar el concepto de tercer país seguro en función de las circunstancias personales de cada solicitante. Queda claro que cualquier actuación que socave las garantías procedimentales de ese examen para comprobar si realmente se puede aplicar el concepto de tercer país seguro, y su eventual impugnación por parte del solicitante, supondría, una vulneración del art. 4 del Protocolo 4 del CEDH, toda vez que el acuerdo entre la UE y Turquía tiene una aplicación general para todos los solicitantes de asilo sirios. LÓPEZ GARRIDO, D. (2016) afirma que estas garantías procedimentales deben ser aseguradas, en este caso, por parte de Grecia (como establece el art. 38 de la Directiva de procedimientos). Sin embargo, la protección de estas garantías «no se corresponde con la obsesión de la UE de que las devoluciones a Turquía se efectúen con rapidez y sin demora».

Hemos de traer a colación el hecho de que la Unión Europea está en trámites de adherirse al CEDH (si es que finalmente se adhiere), y cuando llegue ese momento, podría ser demandada ante el Tribunal de Estrasburgo por incumplimiento de alguno de los preceptos contemplados en dicho texto legal (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., 2012).

#### c) Los arts. 18 y 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE

En primer lugar, hemos de recordar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE tiene el mismo valor jurídico que los Tratados<sup>17</sup>. Esto es, forma parte de manera completa del Derecho originario de la Unión, de tal suerte que reviste una protección especial. Pues bien, el art. 18 de la Carta establece el derecho de asilo como un derecho fundamental contemplado en el Derecho de la Unión Europea:

*«Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea».*

Por su parte, el art. 19 de la Carta, al igual que el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros:

*«Se prohíben las expulsiones colectivas.»*

---

<sup>17</sup> Vid. art. 6 del Tratado de la Unión Europea: “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”.



*Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes».*

El apartado 2 del art. 19 viene a consagrar el principio de no devolución de la Convención de Ginebra de 1951, incorporando dicho principio en el propio Derecho originario de la UE.

A la luz de lo que hemos visto, parece claro que estos dos preceptos tampoco estarían siendo respetados por la UE a la hora de aplicar el acuerdo con Turquía.

- d) Los arts. 12 y 13 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y los arts. 17, 19, 23.2., 24.1 y 25.1 de la Directiva 2013/33/UE sobre condiciones de acogida del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013

CEAR, en su denuncia ante la Comisión Europea, además de poner el foco en los refugiados, también evalúa la respuesta que el acuerdo con Turquía da a los inmigrantes irregulares. Ciertamente, aunque lo más preocupante del acuerdo sea la situación de las

*«En Derecho, existe un conflicto de intereses claro entre la rapidez de un proceso y la salvaguardia de ciertas garantías inherentes a dicho proceso».*

personas refugiados, no hemos de dejar de lado el trato dado a los inmigrantes irregulares que, conforme a Derecho, caerían bajo el ámbito de la inmigración irregular y no bajo el concepto de refugiados o

personas merecedoras de protección internacional. Se trata de personas que salen de su país en busca de un futuro mejor, de unas condiciones económicas mejores, pero que no sufren persecución ni corre peligro su vida o libertad en su país de origen.

Pues bien, por una parte hemos de recordar que el acuerdo con Turquía, en relación con la inmigración irregular, se expresa como sigue: *«Todo inmigrante irregular que llegue a Grecia desde Turquía será inmediatamente devuelto a Turquía».*

Como ya hemos señalado antes, y como bien ha señalado LÓPEZ GARRIDO, D. (2016), la UE pretende que las devoluciones a Turquía se hagan con rapidez. En términos generales, en Derecho, existe un conflicto de intereses claro entre la rapidez de un proceso y la salvaguardia de ciertas garantías inherentes a dicho proceso.

La Directiva de retorno, contiene una serie de garantías a la hora de devolver a inmigrantes irregulares que chocan frontalmente con la pretensión de que dicha devolución se haga de un modo rápido o inmediato. Estas garantías son:

- Las decisiones de retorno, las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión se dictarán por escrito y contendrán fundamentos de hecho y de derecho. Igualmente contendrán información sobre las vías para recurrir dichas decisiones (art. 12.1 de la Directiva de retorno);

- La concesión al nacional del tercer Estado para que interponga un recurso contra la decisión de retorno (art. 13.1 de la Directiva de retorno);
- La posibilidad de que el nacional del tercer Estado tenga asesoramiento jurídico, representación y asistencia lingüística (art. 13.3 de la Directiva de retorno).

Teniendo en cuenta la inmediatez con que la UE quiere devolver a estas personas a Turquía, no parece muy probable que en el caso de que un nacional de un tercer Estado quiera interponer un recurso contra la decisión de retorno, esta garantía procedimental se vaya a ver respetada.

En lo que se refiere a la Directiva de acogida, CEAR en su denuncia ante la Comisión Europea, contempla que el acuerdo con Turquía no hace referencia a una serie de artículos, que al igual que ocurre en la Directiva de retorno, ofrecen una serie de garantías y disposiciones favorables a una acogida adecuada de las personas solicitantes de protección internacional. Estos artículos son el art. 17, 19, 23, 24.1 y 25.1 de la Directiva de acogida.

En primer lugar, el art. 17 de la Directiva de acogida, manifiesta que las condiciones de acogida de los solicitantes de protección internacional deberán respetar un nivel de vida adecuado que garantice la subsistencia y la protección de su salud. Por su parte, el art. 19 estipula que estas personas tendrán derecho a recibir atención sanitaria. El art. 23 regula cómo debe ser la acogida de los menores, un colectivo de especial vulnerabilidad. De este modo, en su apartado 1 dice que los Estados miembros velarán para que los menores tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, psíquico, espiritual, moral y social. Además, conforme al apartado 2 de dicho artículo, se deberá tener en cuenta, en relación con los menores, la posibilidad de reagrupación familiar, el bienestar y desarrollo social del menor, cuestiones de seguridad en aquellos casos en los que exista riesgo de trata de seres humanos, así como la opinión del menor en función de su madurez y edad. El apartado 3 vela para que el menor tenga acceso a actividades de ocio que son propias de los menores. El apartado 4, aboga por que los menores que hayan sido víctimas de cualquier forma de abuso, explotación, tortura, tratos crueles o inhumanos, o víctimas de conflictos armados, tengan acceso a servicios de rehabilitación y si les preste ayuda psicológica. Finalmente, el apartado 5 de dicho precepto 23 establece que estos menores se alojarán con sus padres, hermanos menores no casados, o con algún adulto responsable de ellos, siempre que se haga de acuerdo al interés superior del menor.

*«No parece muy probable que en el caso de que un nacional de un tercer Estado quiera interponer un recurso contra la decisión de retorno, esta garantía procedimental se vaya a ver respetada».*

Para el caso de menores no acompañados, el art. 24.1 de la Directiva de acogida aclara que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de manera rápida, para que un representante asista al menor no acompañado. Finalmente, el art. 25.1 de la Directiva de acogida, en esta misma línea, establece que las personas que hayan padecido tortura, violación u otros actos graves de violencia reciban un tratamiento médico y psicológico adecuado.

Para el caso de menores no acompañados, el art. 24.1 de la Directiva de acogida aclara que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de manera rápida, para que un representante asista al menor no acompañado. Finalmente, el art. 25.1 de la Directiva de acogida, en esta misma línea, establece que las personas que hayan padecido tortura, violación u otros actos graves de violencia reciban un tratamiento médico y psicológico adecuado.

Como sabemos, el acuerdo de la UE con Turquía establecía que en su aplicación se respetaría la normativa europea e internacional. Una vez más, con base en lo experimentado, ha quedado demostrado que no ha sido así. Estos artículos anteriormente mencionados establecen una serie de condiciones mínimas de acogida que por lo que se ha visto hasta ahora, no han sido respetadas. De este modo, el informe anual de 2016/2017 de Amnistía Internacional sobre la situación de los Derechos Humanos en el mundo, afirma que en el caso de Grecia, «Tras el anuncio del acuerdo migratorio UE - Turquía, Grecia atravesó importantes dificultades para proporcionar condiciones de recepción y acceso a procedimientos de asilo adecuados a las personas refugiadas, solicitantes de asilo y migrantes». Además, se documentó que la mayoría de los campos de refugiados en Grecia no ofrecían unas condiciones mínimas dignas de acogida: «La mayoría de los campos oficiales repartidos por Grecia continental no ofrecían condiciones de alojamiento adecuadas, ni siquiera para unos días. Los campos, que alojaban a unas 20.000 personas al término del año, estaban formados por tiendas de campaña o instalados en almacenes abandonados, y algunos se situaban en zonas remotas, alejadas de hospitales y otros servicios». Además, dice el informe: «Las condiciones de recepción de las personas refugiadas, solicitantes de asilo y migrantes atrapadas en las islas se caracterizaban por el hacinamiento y la insalubridad, la falta de seguridad suficiente y la incertidumbre respecto al futuro. Como consecuencia, crecieron las tensiones y hubo estallidos ocasionales de violencia, en especial disturbios en los “puntos críticos” de Lesbos, Quíos y Leros».

Respecto al trato recibido por los menores, se reporta una incidencia que da buena cuenta del clima de tensión que se vive en Grecia en torno a este problema migratorio.

*«No podemos acoger la Declaración de Malta más que con una fundamentada desconfianza».*

Recoge el informe de Amnistía Internacional que «El 27 de septiembre, en el centro de Atenas, la policía dio el alto a cinco niños sirios de entre 12 y 16 años que portaban armas de juguete para utilizarlas como

atrezo en una obra de teatro que se dirigían a representar. Los niños afirmaron que habían sido golpeados y obligados a desnudarse durante su reclusión en la comisaría de policía de Omonia».

Estas situaciones vulneran gravemente la Directiva de acogida, ya que tales circunstancias no se adecuan de ningún modo al establecimiento de un nivel de vida adecuado y a la protección física y psíquica, tal y como establecen los artículos de la Directiva de acogida que hemos visto anteriormente.

#### **IV. LA DECLARACIÓN DE MALTA DE 3 DE FEBRERO DE 2017: ¿EL PACTO UE - TURQUÍA COMO PATRÓN?**

Siguiendo la línea de la Declaración UE - Turquía (a nuestro juicio, y como hemos visto, el Acuerdo Internacional UE - Turquía), el 3 de febrero de 2017 salió a la luz la llamada Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos exteriores de la migración. El eje fundamental de esta Declaración no es otro que el de «abordar la ruta del Mediterráneo central».

Esta Declaración bebe de la misma fuente que la Declaración UE - Turquía, y su objetivo primordial se centra en «garantizar el control eficaz de las fronteras exteriores y contener los flujos ilegales hacia la UE». La Declaración de Malta pone el foco sobre Libia y los países del norte de África y del África subsahariana. Al igual que la Declaración UE - Turquía, hace hincapié en acabar con el modelo de negocio de los traficantes. También habla ya la Declaración de efectuar retornos desde la UE a Libia y otros países de África.

En función de lo que hemos visto con la Declaración UE - Turquía, no podemos acoger la Declaración de Malta más que con una fundamentada desconfianza. Del texto de la Declaración de Malta se deduce que el acuerdo con Turquía va a servir como patrón para contener el flujo de inmigrantes desde África (y presuntamente vulnerar de nuevo el Derecho Internacional y el propio Derecho de la UE). La situación además será presumiblemente más grave, dado que Turquía, al menos, pertenece al Consejo de Europa y podría responder ante el Tribunal de Estrasburgo, lo que no sucedería, obviamente, en el caso libio. Veremos cómo se concreta finalmente lo dispuesto en la Declaración de Malta, pero en atención a los precedentes, las perspectivas no son nada halagüeñas.

## V. CONCLUSIONES

1. El pacto o la Declaración UE - Turquía es un verdadero Acuerdo Internacional con efectos jurídicos directos sobre los inmigrantes y los solicitantes de asilo. Este Acuerdo Internacional se ha celebrado infringiendo las normas procesales que el propio TFUE regula en su art. 218.

2. Se ha infringido el principio de no devolución (art. 33 de la Convención de Ginebra) y la Directiva de procedimientos de la Unión cuando se pretende calificar a Turquía como primer país de asilo, país seguro o país seguro europeo. Turquía nunca podrá considerarse primer país de asilo conforme a la Directiva de procedimientos, ya que, en primer lugar, contiene una restricción geográfica en su adhesión a la Convención de Ginebra que impide otorgar el estatuto de refugiado a aquellas personas no procedentes de Europa. En segundo lugar, se ha documentado que las personas solicitantes de asilo no gozan en Turquía de una protección suficiente que justifique esa devolución al país turco. Tampoco se puede considerar a Turquía país seguro ya que se han documentado devoluciones desde Turquía a países como Siria, Irak o Afganistán. Tampoco puede ser considerado tercer país seguro europeo ya que uno de los requisitos es que haya ratificado la Convención de Ginebra sin restricciones geográficas.

3. No solo se han visto vulneradas disposiciones de Derecho derivado, como son las Directivas, sino que también se han vulnerado disposiciones de Derecho originario. Concretamente, los arts. 18 y 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE reguladores del derecho de asilo y de la prohibición de expulsiones colectivas. Al producirse estas expulsiones colectivas, también han quedado dañados otros preceptos que caen en el ámbito del Consejo de Europa: el art. 3 del CEDH y el art. 4 del Protocolo 4 del CEDH.

4. La Declaración de Malta de 3 de febrero de 2017 pretende seguir los pasos de la Declaración UE - Turquía. El hecho de tomar el pacto UE - Turquía como modelo a seguir, nos genera preocupación por la situación en que quedarán los derechos de las personas refugiadas en Europa y la involución que esta crisis migratoria está provocando en lo que se refiere a la garantía y protección de Derechos Fundamentales.

## COMENTA ESTE ARTÍCULO



## BIBLIOGRAFÍA

CANO LINARES, María Ángeles (2016), “Asilo y refugio en la Unión Europea: Agenda Europea de Migración 2015 y retos del Sistema Europeo Común de Asilo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 41/2016, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, pp. 14 y ss.

ESMAIL OUREH, Alireza (2016), “El acuerdo entre la UE y Turquía, reflejo de la debilidad de los políticos europeos”, *La Ley Unión Europea*, n.º 40, 5 p.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Carmen (2015), *La crisis de los refugiados y la respuesta europea* ([http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano\\_es/contenido?WC\\_M\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/ari67-2015-gonzalez-enriquez-crisis-refugiados-respuesta-europea](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/web/rielcano_es/contenido?WC_M_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari67-2015-gonzalez-enriquez-crisis-refugiados-respuesta-europea))

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (2015), “El conflicto en Siria (2011-2014) a la luz del Derecho Internacional y de la (Geo) política”, *Revista Unidad*



de investigación sobre Seguridad y Cooperación, n.º 37, pp. 100 y ss.

LÓPEZ GARRIDO, Diego (2016), *Acuerdo UE - Turquía: refugiados sin Ley*

(<http://ctxt.es/es/20160420/Politica/5505/acuerdo-UE-Turquia-refugiados-inmigracion-grecia-siria-vulneracion-derechos-derecho-asilo.htm>)

MARTÍN Y PERÉZ DE NANCLARES, José (2012), *La adhesión de la UE al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica* ([https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-](https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20adhesión%20de%20la%20ue.pdf)

[la%20adhesión%20de%20la%20ue.pdf](https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20adhesión%20de%20la%20ue.pdf))

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (2011), *Tratado de Lisboa*, Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces, p. 283

NAÏR, Sami (2016), *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*, Barcelona: Ed. Crítica, pp. 19 y ss.

ROSARIA MAURO, María (2016), “El Sistema Europeo Común de Asilo y Refugio, a debate”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 42, pp. 111 y ss.

## DOCUMENTOS, INFORMES Y OTROS RECURSOS

ABOGACÍA ESPAÑOLA (2016), *Abogacía reclama a la UE que revoque los acuerdos con Turquía sobre refugiados*

(<http://www.abogacia.es/2016/08/01/la-abogacia-reclama-a-la-ue-que-revoque-los-acuerdos-con-turquia-sobre-refugiados/>)

ACNUR (2011), *Estados Partes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967*

(<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0506>)

ACNUR (2014), *ACNUR preocupado por el fin de la operación de rescate en*

*el Mediterráneo* (<http://www.acnur.es/noticias/notas-de-prensa/1922-acnur-preocupado-por-el-fin-de-la-operacion-de-rescate-en-el-mediterraneo>)

ACNUR (2015), *Tendencias globales. Desplazamiento forzado en 2015. Forzados a huir* (<http://acnur.es/PDF/TendenciasGlobales2015.pdf>)

ACNUR (2016), *Posición del ACNUR sobre el acuerdo UE - Turquía: deben prevalecer las garantías en materia de asilo*

(<http://www.acnur.org/noticias/noticia/posicion-de-acnur-sobre-el-acuerdo-ue-turquia-deben-prevalecer-las-garantias-en-materia-de-asilo/>)

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2016), *Turquía: las devoluciones ilegales y en masa de personas refugiadas sirias ponen de manifiesto los fatídicos defectos del acuerdo entre la UE y Turquía* (<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2016/04/turkey-illegal-mass-returns-of-syrian-refugees-expose-fatal-flaws-in-eu-turkey-deal/>)

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2017), *A blueprint for despair: Human Rights impact of the EU-Turkey deal* (<https://doc.es.amnesty.org/cgi-bin/ai/BRSCGI.exe/EUR2556642017ENGLISH-min?CMD=VEROBJ&MLKOB=36671083434>)

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2017), *Informe anual 2016/17 de Amnistía Internacional*. (<https://www.amnesty.org/es/countries/europe-and-central-asia/greece/report-greece/>)

BBC (2016), *Los refugiados sirios son explotados en fábricas de Turquía que producen para famosas marcas de ropa* (<http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-37757061>)

CEAR (2012), *La situación de las personas refugiadas en España. Informe de 2012* (<https://cear.es/wp->

content/uploads/2013/05/Informe-2012-de-CEAR.pdf)

CEAR (2014), *La situación de las personas refugiadas en España. Informe de 2014* (<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2013/05/Informe-CEAR-2014.pdf>)

CEAR (2015), *Informe 2015. Las personas refugiadas en España y en Europa* (<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2015/06/Informe-2015-de-CEAR3.pdf>), p. 50

CEAR (2016), *Informe de CEAR relativo al acuerdo Unión Europea - Turquía adoptado el 18 de marzo de 2016 y las consecuencias de su aplicación en los derechos de las personas migrantes y refugiadas dirigido al Comisario Europeo de Derechos Humanos*

(<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/05/INFORME-COMISARIO-EUROPEO-DDHH.pdf>)

CEAR (2016), *Carta de CEAR dirigida a la Defensora del Pueblo Europeo, Dña. Emily O'Reilly* (<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/05/Carta-Defensora-Pueblo-UE.pdf>)

CEAR (2016), *Denuncia de CEAR ante la Comisión Europea* (<https://www.cear.es/wp-content/uploads/2016/05/DENUNCIA-COMISION-.pdf>)

COMISIÓN EUROPEA (2015), *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda Europea de Migración* ([https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication\\_on\\_the\\_european\\_agenda\\_on\\_migration\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/background-information/docs/communication_on_the_european_agenda_on_migration_es.pdf))

COMISIÓN EUROPEA (2016), *Documento de 19 de marzo de 2016 de*

*la Comisión Europea: EU-Turkey statement: Questions and Answers*

CONSEJO DE EUROPA (2016), *The situation of refugees and migrants under the EU-Turkey Agreement of 18 March 2016* (<http://statewatch.org/news/2016/may/coe-eu-turkey-resolution-as-adopted-4-16.pdf>)

HUMAN RIGHTS WATCH (2016), *Education for Syrian Refugee Children: What Donors and Host Countries Should Do* (<https://www.hrw.org/news/2016/09/16/education-syrian-refugee-children-what-donors-and-host-countries-should-do>)

HUMAN RIGHTS WATCH (2016), *EU Policies put refugees at risk* (<https://www.hrw.org/news/2016/11/23/eu-policies-put-refugees-risk>)

JIMENEZ VILLAREJO, Carlos (2016), Recurso de anulación apoyado por Jiménez Villarejo, Carlos, la Asociación Catalana de Juristas Demócratas, la Fundación Congreso Catalán por la Salud Mental, la Comisión de Defensa de los Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, la organización Stop Mare Mortum, el Comité Catalán de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, la organización Proactiva Open Arms y la organización Federalistes d'Esquerres (<http://ctxt.es/es/20170118/Politica/10490/refugiados-acuerdo-UE-Turquia-recurso-Tribunal-de-Justicia.htm>)

PARLAMENTO EUROPEO (2016), *Pregunta de la eurodiputada Birgit Sippel* (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+OQ+O-2016-000053+0+DOC+XML+V0//ES&language=es>)

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (2016), *Violation by article and by State* ([http://www.echr.coe.int/Documents/Sta\\_ts\\_violation\\_2016\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Sta_ts_violation_2016_ENG.pdf))

TJUE (2017), *Comunicado de prensa 19/17 del Tribunal General de la Unión Europea*

(<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-02/cp170019es.pdf>)

UNHCR (2017), *Mediterranean situation*

([http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean#\\_ga=1.114659406.851115848.1486816063](http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean#_ga=1.114659406.851115848.1486816063))

UNIÓN EUROPEA (2014), *Un Sistema Europeo Común de Asilo* ([https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-factsheets/ceas\\_factsheet\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-factsheets/ceas_factsheet_es.pdf))

UNIÓN EUROPEA (2016), *La Unión Europea y la crisis de los refugiados* (<http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/refugee-crisis/es/>)

UNIÓN EUROPEA (2016), *Comunicado de prensa 144/16: Acuerdo UE - Turquía de 18 marzo de 2016*

(<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>)

### **Anexo: Quinto informe sobre los progresos realizados en la aplicación de la Declaración UE-Turquía (Conclusiones)**

#### **COM(2017) 204 final 2 de marzo de 2017**

A falta de poco tiempo para que se cumpla un año desde la entrada en vigor de la Declaración UE-Turquía, sus resultados se han consolidado y se ha confirmado la tendencia a la reducción sustancial de las travesías irregulares y peligrosas y la pérdida de vidas humanas en el mar Egeo.

Se ha avanzado en todos los elementos de la Declaración, aunque su aplicación requiere un compromiso continuo y

esfuerzos constantes. El éxito de la aplicación depende principalmente de la voluntad política de todas las Partes para adoptar las medidas necesarias.

El impacto de los proyectos de apoyo a los refugiados sirios y las comunidades de acogida en el marco del Mecanismo para los Refugiados en Turquía ya se está dejando sentir sobre el terreno. No obstante, el ritmo de contratación y de ejecución de los proyectos aún puede ser mayor. También los actuales reasentamientos en Europa de refugiados sirios procedentes de Turquía pueden recibir un mayor impulso si se llega rápidamente a un acuerdo sobre los procedimientos del régimen voluntario de admisión humanitaria y se decide proceder a su activación.

Se deberán proseguir los esfuerzos que realizan la UE y los Estados miembros en apoyo de la gestión de los flujos migratorios y la capacidad de tramitación de solicitudes de asilo de la administración griega, en particular para garantizar que las operaciones diarias de retorno efectivo se lleven a cabo íntegramente y en plena conformidad con las normas internacionales y de la UE, y que el ritmo de los retornos se intensifique. Ello exige un compromiso continuo por parte de las autoridades griegas, las agencias de la UE y los Estados miembros para que la situación en las islas griegas mejore urgentemente. El Plan de Acción Conjunto acordado entre la Comisión y las autoridades griegas y corroborado por el Consejo Europeo sienta las bases para esta labor.

**TEXTO COMPLETO**

## TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS INTERNACIONALES



### TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS INTERNACIONALES EL CASO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO LABORAL DEL MERCOSUR

**Natasha SUÑÉ**

*Doctoranda en Derecho*

*Universidad de Buenos Aires (Argentina)*



**Resumen:** Existe en las organizaciones internacionales una justicia interna que tiende a garantizar el cumplimiento de la normas de derecho administrativo intraorganización que regulan las relaciones laborales entre la organización y los funcionarios o personal contratado para los fines de la organización.

Este tipo de solución de diferendos interno presenta particularidades en relación al tipo de estructura en la que se insertan (organizaciones internacionales), al grado de independencia que pueden alcanzar (justicia interna), al cumplimiento de principios que deberían garantizar (principios generales del derecho) y al efectivo cumplimiento de las decisiones (ejecución).

Además de esta forma de dirimir conflictos, los procesos de integración regional y los procesos comunitarios que crean órganos con funcionarios que dependen de estas organizaciones (y no de su nación de origen), han resuelto, en la mayoría de los casos,

resolver este tipo de conflicto en los propios órganos judiciales creados en sus estructuras organizativas.

Veremos entonces cuáles son las dos vertientes jurídicas a seguir en materia de conflicto laboral entre el personal contratado o funcionarios con las organizaciones internacionales, ya sea mediante tribunales judiciales o mediante tribunales administrativos internacionales. Posteriormente se analiza el caso del tribunal administrativo laboral del MERCOSUR.

**Palabras clave:** tribunales administrativos laborales internacionales, tribunales judiciales en materia de función pública, Tribunal Administrativo Laboral (TAL) del MERCOSUR.

### **INTERNATIONAL ADMINISTRATIVE COURTS THE CASE OF THE MERCOSUR LABOUR ADMINISTRATIVE TRIBUNAL**

**Abstract:** There exists in the international organizations an internal justice that tends to guarantee the fulfilment of the norms of intraorganization administrative law that regulate the labour relations between the organization and the officials or personnel contracted for the aims of the organization.

This type of internal dispute settlement presents particularities in relation to the type of structure in which they are inserted (international organizations), the degree of independence they can achieve (internal justice), the fulfilment of principles that should guarantee (general principles of law) and effective enforcement of decisions (implementation).

In addition to this form of dispute settlement, regional integration processes and community processes that create bodies with officials that depend on these organizations (and not depend on their nation of origin), have established, in most cases, to resolve this type of conflict in the judicial bodies created in their organizational structures.

We will then see what are the two legal aspects to be followed in terms of labour dispute between contracted personnel or officials against international organizations, either through judicial tribunals or through international administrative tribunals. Subsequently the case of the labour administrative court of MERCOSUR is analyzed.

**Keywords:** International Labour Administrative Courts, Courts in the field of public service, Labour Administrative Tribunal of MERCOSUR.

### **TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS INTERNATIONAUX LE CAS DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU TRAVAIL DU MERCOSUR**

**Résumé:** Il existe dans les organisations internationales une justice interne qui tend à assurer le respect des règles du droit administratif intra-organisation régissant les relations de travail entre l'organisation et le personnel ou les agents contractuels.

Ces conflits présentent des particularités en fonction du type de structure dans laquelle ils s'insèrent (organisations internationales), du degré d'indépendance qu'ils peuvent



atteindre (justice interne), du respect des principes qu'ils devraient assurer (principes généraux du droit) et de la mise en œuvre effective des décisions (exécution).

En plus de cette façon de régler les conflits, les processus d'intégration régionale et les processus communautaires, qui créent des organismes avec des fonctionnaires qui dépendent de ces organisations (et non de l'État d'origine), ont prévu, dans la plupart des cas, les résoudre au sein de leurs propres organes judiciaires créés dans leurs structures organisationnelles.

Nous verrons partant quels sont les deux aspects juridiques à suivre en matière de conflit de travail entre le personnel contractuel ou les fonctionnaires avec les organisations internationales, que ce soit par les tribunaux judiciaires ou par les tribunaux administratifs internationaux. Nous analyserons par la suite le cas du tribunal administratif du travail du MERCOSUR.

**Mots clés:** tribunaux administratifs internationaux du travail, tribunaux en matière de fonction publique, Tribunal Administratif du Travail du MERCOSUR.

**Sumario:** Introducción. I. Normas de derecho administrativo intraorganización. II. Procedimiento administrativo y garantías procesales. III. Principios específicos del procedimiento administrativo. IV. Tribunales administrativos internacionales en funcionamiento. V. Tribunales judiciales en materia de función pública. VI. Tribunal administrativo laboral del MERCOSUR. VII. Consideraciones finales. VIII. Conclusión.

*“... la integración regional no puede restringirse a la esfera comercial y económica, sino debe alcanzar la temática social, tanto en lo que se refiere a la adecuación de los marcos regulatorios laborales a las nuevas realidades configuradas por esa misma integración y por el proceso de globalización de la economía, como al reconocimiento de un nivel mínimo de derechos de los trabajadores en el ámbito del MERCOSUR...”<sup>1</sup>*

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto analizar los mecanismos de solución de conflicto en materia laboral (empleo público internacional) de los tribunales administrativos internacionales, como así también de los tribunales judiciales de los procesos de integración, o comunitarios y, en especial, el caso del Tribunal Administrativo Laboral del MERCOSUR.

Para ello analizaremos en una primera parte los tribunales administrativos internacionales en funcionamiento, haremos un breve repaso de los tribunales judiciales

---

<sup>1</sup> Preámbulo de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR.

de sistemas comunitarios o de la Unión, para finalizar realizando una comparación con el tribunal administrativo laboral del MERCOSUR.

Los tribunales administrativos laborales de las organizaciones internacionales consisten en un mecanismo jurisdiccional (que tienden a lograr una cierta independencia) para resolver las disputas concernientes a los funcionarios y empleados que se desempeñan en organizaciones internacionales y proporcionar una solución (alternativa, en relación a la función judicial) a conflictos internos que se puedan suscitar en materia laboral (empleo público internacional). La finalidad de los mismos, además de dirimir el conflicto, consiste en que los empleados, contratados y funcionarios de la propia organización internacional consideren innecesario recurrir a procesos judiciales en los Estados miembros o del país sede de la organización en busca de una solución al conflicto.

*«El hecho de que exista una justicia alternativa a estos conflictos se basa en la idea de evitar soluciones contradictorias en los tribunales de distintos países o decisiones inconsistentes que dañen a la organización internacional».*

El hecho de que exista una justicia alternativa a estos conflictos se basa en la idea de evitar soluciones contradictorias en los tribunales de distintos países o decisiones inconsistentes que dañen a la organización internacional. Fundamentalmente ocurre en aquellas organizaciones en que son varias las sedes en que se encuentran sus instituciones. Veremos entonces que para que ello no ocurra se ha considerado necesario que estos tribunales se adecuen a los principios reconocidos en los tribunales laborales domésticos y que se desarrollen los procedimientos administrativos con las garantías del debido proceso.

Además de ellos, existe otra vertiente jurídica según la cual los conflictos laborales de las estructuras institucionales nacidas en los sistemas comunitarios sean resueltos por los tribunales judiciales creados a partir del derecho comunitario o de la unión.

Específicamente, nos detendremos en el Tribunal Administrativo Laboral del MERCOSUR, de incipiente conformación para intentar entender sus particularidades.

## I. NORMAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO INTRAORGANIZACIÓN

Las normas de organización interna de las organizaciones internacionales presentan características propias respecto de la organización a la que pertenecen, y conforman un conjunto de normas de derecho administrativo intraorganización.

Generalmente, en los procesos de integración regional, o sistemas comunitarios, se clasifican las normas entre originarias y derivadas olvidando el grupo de normas de

derecho administrativo intrareorganización<sup>2</sup>. FONTOURA, al analizar las normas derivadas del entonces derecho comunitario europeo sostenía:

“[...]. No segundo grupo de normas jurídicas atinentes a um proposto direito comunitário, agora de natureza derivada, teríamos aquelas que se referem ao ordenamento jurídico interno dos organismos comunitários comuns. Se algumas dessas normas podem derivar do texto dos tratados, é claro que outras tantas promanam dos próprios organismos comunitários, no sentido de disciplinarem suas atividades internas e seu funcionamento geral. Do ponto de vista formal, tal normatividade representa um sistema claramente distinto daquele derivado dos tratados, destinando-se ao âmbito restrito do organismo institucional comunitário. O estudo desse segundo grupo apresenta virtualmente maior complexidade, não propriamente pelo seu ineditismo, mas pelo fato de tais normas exprimirem-se por meio de regras interna corporis e não em relação a direitos e deveres recíprocos de prosaicos sujeitos de direito internacional público. Com toda a cautela que deve derivar das comparações fáceis, poderíamos aqui entrever o nítido delinear de um incipiente direito administrativo intracomunitário”<sup>3</sup>.

En las organizaciones internacionales estas normas de derecho administrativo intraorganización comúnmente se encuentran sistematizadas en manuales, estatutos o reglamentos. En el caso del MERCOSUR, ha intentado realizarse últimamente un compendio de normas laborales, al aprobarse la Decisión del Consejo de Mercado Común N°15/15 referente a Normas Generales para Funcionarios MERCOSUR, pero con algunas falencias en materia de procedimiento administrativo.

También ha sido realizada la distinción entre normas originarias y normas derivadas a las creadas por los órganos intergubernamentales del MERCOSUR, que conforman lo que se conoce como *derecho del MERCOSUR*, y que ha sido definido por el Tribunal Permanente de Revisión como:

“[...]. un conjunto de normas establecido por voluntad de los Estados, plasmado en fuentes convencionales como los tratados - partiendo del propio TA y del POP, incluyendo otros instrumentos de carácter originario, como lo es también el PO - que forjan la estructura misma del Mercosur en la medida que establecen las normas, delinean los principios, indican los objetivos y los mecanismos fundamentales para alcanzarlos, crean los órganos comunes y determinan su competencia dotando a algunos de capacidad normativa, de cuyo

<sup>2</sup> En el Derecho Comunitario del Comunidad Andina de Naciones, en el Estatuto del TJCA, el artículo 2, en relación a la naturaleza y características del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina reza: “El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está conformado por normas fundamentales o de derecho primario y por normas derivadas o de derecho secundario. Las normas de derecho primario están constituidas por los tratados suscritos y ratificados por los Países Miembros en materia de integración comunitaria andina así como por sus protocolos adicionales y modificatorios. Las normas de derecho secundario o derivado están constituidas por las Decisiones del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, por las Resoluciones de la Secretaría General, por los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí en el marco del proceso de integración subregional andino”.

<sup>3</sup> FONTOURA, Jorge (1988), *A Construção jurisprudencial do direito comunitário europeu*, CEUB Brasília, a, 35, 140, out/dez, Brasília. Disponible en: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/427/r140-16.pdf?sequence=4>.

*ejercicio surgen las normas denominadas 'derivadas'. Todo ello constituye un cuerpo normativo vivo, de naturaleza especial y de jerarquía diversa, que se convierte en obligatorio como parte del ordenamiento jurídico de cada Estado Parte desde su incorporación o internalización, acto del cual derivan derechos y obligaciones”<sup>4</sup>.*

Entonces, siguiendo este razonamiento, además de las enunciadas (originarias y derivadas) hay otro grupo de normas, creadas en el seno del MERCOSUR, y que no necesitan ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales por tratar cuestiones internas a la organización. Este tipo de normas se van delineando en torno al tipo de institucionalidad y fin último que es la integración regional<sup>5</sup>, y las llamaremos en este trabajo como normas de derecho administrativo intraorganización.

*«En el caso del MERCOSUR, ha intentado realizarse últimamente un compendio de normas laborales, al aprobarse la Decisión del Consejo de Mercado Común N°15/15 referente a Normas Generales para Funcionarios MERCOSUR».*

Para que un tribunal administrativo despliegue su actividad

adecuadamente deben darse además normas de procedimiento que determinen las pautas de su accionar, y que establezcan los principios de procedimiento para que las decisiones alcanzadas por estos tribunales sean conforme a derecho y respeten el debido proceso legal.

## II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y GARANTÍAS PROCESALES

El *procedimiento administrativo* consiste, en el ámbito doméstico, en la serie de actuaciones, conjunto de formalidades y trámites que tiene que observar la administración pública para emitir sus decretos, disposiciones o resoluciones<sup>6</sup>. Podríamos decir entonces, siguiendo esa línea, que en el ámbito internacional, es la consecución de actos por los que, una organización internacional, logra manifestar su voluntad a través de una decisión. Por ello, la finalidad del procedimiento es el dictado de un acto administrativo, dentro del menor plazo posible y reuniendo la mayor cantidad de información<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Opinión Consultiva 1/2008. "Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos", solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay con relación a los autos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1º turno IUE 2-32247/07. Disponible en: [http://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon\\_01\\_2008\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2008_es.pdf).

<sup>5</sup> SUÑÉ, Natasha (2015), "Principios de Derecho Administrativo en la estructura institucional del MERCOSUR", *Revista de Derecho Administrativo*, Universidad Externado, Colombia. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4192>.

<sup>6</sup> HUTCHINSON, Tomás (1988), *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Tomo II, Astrea, Buenos Aires, p. 2.

<sup>7</sup> ABERASTURY, Pedro, CILURZO, Maria Rosa (1998), *Curso de Procedimiento Administrativo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 28.

Autores como DARGENIO consideran que si bien el procedimiento administrativo es un logro indiscutible en la lucha por la presencia de garantías para asegurar que el ejercicio de sus potestades por parte de la administración pública [...] Su estructura tradicional elaborada sobre la base del principio liberal del debido proceso, con intervención de los interesados a quienes la decisión pueda alcanzar [...] ha sido definitivamente superada y desbordada por los nuevos postulados que mandan promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones<sup>8</sup>.

Es decir, que para la autora la definición del procedimiento administrativo consiste en un resabio de la concepción del derecho administrativo de corte autoritario y tendiente a que ésta se pronuncie mediante un acto administrativo o decisión. No obstante, en las

nuevas concepciones, debería buscarse mayor participación de la ciudadanía en la toma de decisión.

*«El procedimiento administrativo dentro de una organización internacional es todo el conjunto de actuaciones y trámites relacionados a la emisión de una decisión administrativa de la organización internacional».*

Si seguimos las teorías tradicionales el acto administrativo en una organización internacional sería entonces la decisión que los órganos de esa

organización expiden y que, en el caso en estudio, puedan afectar los derechos laborales de los funcionarios, empleados o contratados de la organización internacional. El hecho de que ese acto sea interno no es óbice para iniciar mediante un procedimiento administrativo su impugnación<sup>9</sup>. Ocurre a veces, que las organizaciones internacionales, que se encuentran compuestas por diversos órganos, con estructuras administrativas relativamente complejas y organizadas jerárquicamente, carecen de recursos administrativos claros ante la presencia de un acto administrativo que vulnera algún derecho.

El procedimiento administrativo dentro de una organización internacional es todo el conjunto de actuaciones y trámites relacionados a la emisión de una decisión administrativa de la organización internacional en la que se pueden incluir la participación de los involucrados y de otros actores interesados. En línea al pensamiento de DARGENIO, se intenta dar cada vez mayor participación en los procedimientos a distintos actores que pueden resultar interesados, como puede ser el caso de gremios, asociaciones sindicales, de funcionarios antiguos, etcétera, para alcanzar una decisión más plural y con mayor legitimación.

Suelen existir en las organizaciones manuales de procedimientos, estatutos, o guías para lograr este tipo de decisión, que incluyen plazos, formalidades y normas de

<sup>8</sup> DARGENIO, Inés (2011), "Reflexiones acerca del procedimiento administrativo frente a la crisis del sistema autoritario", *Revista Anales, Derecho Administrativo*, UNLP, número 41, p. 56.

<sup>9</sup> En general en la doctrina se reserva el vocablo *proceso* para referir a la función judicial y *procedimiento* queda reservado para la función administrativa, de este modo resulta más simple diferenciar así entre el conjunto de actos de la administración y el conjunto de actos judiciales que versan sobre actos de la administración y será así como utilizaremos los conceptos en el presente trabajo. En: GORDILLO, Agustín (1962), *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª edición, Buenos Aires, Perrot. Reimpresión como Libro I del Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, t. V, Buenos Aires, FDA, 2012 Capítulo I, .pra-I-2.



comportamiento a observar. Cuando esos reglamentos, normas o pautas de conductas no se encuentran tan sistematizados o carecen de procedimientos claros el camino a seguir debería ser el de regirse por principios generales (pautas supletorias de normas positivas) y respetarse así las normas de procedimiento contenidas en principios generales del derecho.

Una publicación realizada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) sistematizó algunas cuestiones, como por ejemplo que para que los tribunales administrativos laborales internacionales sean eficientes deben cumplir mínimamente las siguientes garantías:

1. ser realmente independientes de la organización a la que pertenecen (Independencia),
2. que sus decisiones sean basadas en principios legales conocidos por todos y que sus decisiones sean conforme a derecho, (Principios Generales del Derecho),
3. consistentes a pesar de los distintos órganos que integran una organización internacional, (Consistencia en la fundamentación de los laudos),
4. que los tribunales administrativos trabajen en forma coordinada garantizando principios comunes y elementales<sup>10</sup> (Coordinación de los Tribunales Administrativos).

Estos fueron algunos de los parámetros enunciados por el informe de la OEA sobre los Tribunales Administrativos Laborales Internacionales, veremos posteriormente si alguno de ellos se cumple en el caso en estudio, del Tribunal Administrativo Laboral del MERCOSUR.

### III. PRINCIPIOS ESPECÍFICOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Existen principios de derecho generales<sup>11</sup> que vinculan tanto a una rama específica del derecho como a los principios adjetivos o procesales que incluye, entre otros, la defensa en juicio, el derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba, a una decisión fundada, etc. Y otros específicos, es decir que además del debido proceso adjetivo, existen específicos de cierta rama del derecho, como por ejemplo los del procedimiento administrativo: la legalidad objetiva (verdad material y oficialidad en el actuar de la Administración, la impulsión de oficio), economía, celeridad, gratuidad, sencillez, y

---

<sup>10</sup> MORTON SKLAR (2006), *Current Issues in the Law and Practice of International Administrative Tribunals*, OEA/Ser.R/III.1, Washington, pp. 1-3. Disponible en: [http://www.graphic-ideas-store.com/current\\_issues\\_2006/index.html](http://www.graphic-ideas-store.com/current_issues_2006/index.html).

<sup>11</sup> Ismael MATA sostiene que los principios jurídicos pueden ser ordenados por grupos en las siguientes categorías: 1. Constitucionales, generales, garantías o sustanciales, aplicables a todos los procesos de creación y aplicación del derecho, como son los principios de debido proceso, legalidad, juricidad, equidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, etc. 2. Institucionales o sectoriales, que se aplican a una determinada rama específica del derecho o institución jurídica, como son los principios aplicados en el derecho administrativo, en especial, a la contratación administrativa, como el trato igualitario de los cocontratantes, etc. 3. Los adjetivos o procesales, que tienden a asegurar los derechos personales en los procesos de creación y aplicación del derecho. En: MATA, Ismael (2009), *Ensayos de Derecho Administrativo*, Ed. RAP, Buenos Aires, p. 61.

eficacia en los trámites<sup>12</sup>. De estos últimos principios es importante destacar que se relacionan con cierta informalidad, no exigiendo como los tribunales judiciales la solemnidad de las formas, o el patrocinio letrado, e implican cierta mayor flexibilidad en la tramitación del procedimiento.

En cuanto a los principios generales, todo órgano que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales debe dar cumplimiento a esos principios sin entrar en consideración qué tipo de órgano o autoridad las ejerce<sup>13</sup>. En este orden de ideas varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), enuncian que la expresión “todo órgano o autoridad pública” se refiere a cualquier autoridad pública, *sea administrativa, legislativa o judicial* que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de personas<sup>14</sup>.

*«Para obtener decisiones justas el debido proceso debe ser garantizado, más allá de si el órgano en conflicto con el funcionario o empleado sea nacional, intergubernamental, supranacional, comunitarios».*

Para obtener decisiones justas el debido proceso debe ser garantizado, más allá de si el órgano en conflicto con el funcionario o empleado sea nacional, intergubernamental, supranacional, comunitarios, etc. Pues,

*[...] “En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos [...]. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”<sup>15</sup>.*

Entendemos entonces que cualquier órgano, sea nacional, intergubernamental o internacional, regional o multilateral, debe garantizar sin óbice alguno el cumplimiento del debido proceso legal y el ejercicio de las garantías elementales a todo procedimiento que tenga por finalidad la toma de una decisión que implique la ampliación o disminución de derechos. Esto significa, en sentido amplio, que en todas las

<sup>12</sup> Algunos autores mencionan estos últimos como principio de concentración en el sentido de que una actuación tienda a concentrar la mayor cantidad de actos para evitar el dispendio de la actividad administrativa y del particular.

<sup>13</sup> Además la propia CIDH amplió estos argumentos en el caso “*Baena Ricardo y otros vs. Panamá*” al sostener que: [...] “*cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal*” llegando a este razonamiento al enfatizar que “*es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar soluciones justas [...]. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas*” [...]. Caso BAENA, Corte IDH.

<sup>14</sup> Así también resolvió la Corte Centroamericana en el caso “*Tribunal Constitucional vs. Perú*” en sentencia del 31 de enero de 2001.

<sup>15</sup> [...] *Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber [...].* Caso Baena, párr. 126 y 127.

modalidades en que se ponga en actividad una acción jurisdiccional existe algo que trasciende las instituciones y tecnicidades, que se denomina debido proceso<sup>16</sup>.

En ese mismo orden de ideas, sostiene que GORDILLO que en el derecho administrativo de los tribunales administrativos internacionales, la indefensión en sede administrativa, o el incumplimiento del debido proceso se castiga judicialmente con la nulidad. Ya que la violación de la garantía de la defensa es uno de los principales vicios

«La indefensión del particular debe sancionarse con la nulidad del procedimiento».

en que puede incurrirse en el procedimiento administrativo y en el acto administrativo. La indefensión del particular debe sancionarse con la nulidad del procedimiento, y ese es el criterio de los tribunales administrativos internacionales<sup>17</sup>.

Si en el ámbito internacional la solución encontrada para decidir los conflictos entre los empleados y el organismo internacional ha sido la creación de tribunales administrativos con funciones cuasi jurisdiccionales, éstos mínimamente deben otorgar al interesado todas las garantías propias del debido proceso presentes en los tribunales judiciales domésticos.

Ello se haya íntimamente relacionado con la *Independencia*. Mientras algunos sistemas jurídicos sostienen que la administración no puede realizar actividad jurisdiccional, otros consideran que está dentro de sus funciones<sup>18</sup> porque un acto jurisdiccional es aquel que resuelve contiendas entre partes (en sentido amplio)<sup>19</sup>. Discusión en la que no entraremos en el presente trabajo, pero que en los tribunales administrativos internacionales, han tratado de salvar la independencia designando como jueces a destacados profesores de derecho administrativo ajenos a la institución.

Otro de los fundamentos sobre la existencia de estos tribunales consiste en que es una consecuencia de la *Inmunidad*, basados en que los privilegios e inmunidades por lo que están privados del acceso a los tribunales judiciales nacionales como consecuencia de la

<sup>16</sup> OPPETIT, Bruno (1998), *Théorie de l'arbitrage*, Presses Universitaires de France, Paris, p. 50.

<sup>17</sup> GORDILLO, Agustín (2013), *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo I, Capítulo VI, XIV, 1ª ed., Buenos Aires, F.D.A.

<sup>18</sup> Entre los autores que reconocen esta posibilidad se encuentra BIELSA que considera que la función jurisdiccional etimológicamente deriva de quien declara el derecho y en ese sentido esa función puede cumplirla la administración. A la vez sostiene que hay una relación de género y especie entre el acto judicial y el acto jurisdiccional, ya que el acto judicial emana del juez y el acto jurisdiccional es en un sentido amplio. En: BIELSA, Rafael (1959), *Derecho Administrativo*, 3ª ed. Aumentada, Buenos Aires.

<sup>19</sup> La *jurisdicción*, escribe García TREVIJANO FOS, puede ejercitarse tanto por la Administración como por el Poder Judicial, entendiéndose por jurisdicción la potestad de *componer los intereses contrapuestos*. [...] es evidente que la Administración tiene una potestad jurisdiccional que se manifiesta fundamentalmente a través de la resolución de recursos. Lo que sucede es que el Poder Judicial utiliza el mecanismo del *proceso*, mientras que la Administración utiliza el vehículo del *procedimiento*, [...] Lo cierto es que si la función *judicial* se lleva esencialmente a cabo por los jueces, la función *jurisdiccional*, en cambio, puede llevarse a cabo también por órganos administrativos. MARIENHOFF, Miguel S. (1965-1993), *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires (n.º 18 p. 60 y notas 120, y n.º 240). Además sostiene que el acto jurisdiccional [...] se caracteriza por la "*naturaleza*" de la decisión y no por el procedimiento seguido para llegar a ella. MARIENHOFF, Op. Cit, Tomo I, p. 308. También Juan Francisco LINARES lo define como el acto individual por el cual se resuelve una situación conflictiva de derecho. En: LINARES, Juan Francisco (1975), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Astrea, Bs. As., p. 278.

inmunidad de la organización internacional. Por ese sentido, y con más razón los tribunales administrativos internacionales deben presentar las garantías del debido proceso adjetivo (la defensa en juicio, el derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba, a una decisión fundada, etc.).

En cuanto a los principios específicos del procedimiento administrativo veremos que algunos tribunales administrativos presentan en las etapas previas a la presentación de reclamos los más característicos como la economía, celeridad, gratuidad, sencillez, y eficacia en los trámites.

En cuanto al *agotamiento de la vía* observaremos que en muchos procedimientos existe la ausencia de un requisito expreso escrito para que los actores deban procurar agotar las instancias administrativas como requisito previo a la admisibilidad de sus acciones, pues existe consenso general de que los recursos internos no deben agotarse cuando la ley escrita no lo exige<sup>20</sup>. Ello implicaría entorpecer el procedimiento contra el principio de simplicidad. También se considera el tiempo que llevaría agotar los recursos internos a los fines de dispensar de ellos cuando dicho plazo sea irrazonable bajo las circunstancias del caso<sup>21</sup>.

A pesar de la existencia cada vez mayor de tribunales administrativos internacionales mencionaremos a modo de ejemplo algunos de los más representativos<sup>22</sup>.

## IV. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS INTERNACIONALES EN FUNCIONAMIENTO

### IV.1. Tribunal Contencioso-Administrativo de la Organización de Naciones Unidas (ONU)



El Anexo I del Estatuto del Tribunal Contencioso-Administrativo (en adelante, TCA) de las Naciones Unidas (en adelante ONU), en su art. 2 establece que será competente para conocer y pronunciarse sobre demandas entabladas por una persona física contra el Secretario General en miras a *impugnar* una decisión administrativa por presunto incumplimiento de las condiciones de servicio o del contrato de empleo o que imponga medidas disciplinarias; o destinada a *hacer cumplir* un acuerdo al que se hubiera llegado por conducto de una mediación<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> GORDILLO, Agustín (2002), “Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales”, Traducción y resumen de la disertación “*Statutory Limitations of Administrative Tribunals*,” del 22-XI-2002 en Washington, D.C., en la celebración del XX Aniversario de la creación del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en: <http://www.gordillo.com/articulos/art29.pdf>.

<sup>21</sup> GORDILLO, Agustín (2002), *Op. Cit.* (disponible en: <http://www.gordillo.com/articulos/art29.pdf>).

<sup>22</sup> Existen además el Tribunal Administrativo del Banco Asiático de Desarrollo, el Tribunal Administrativo del Consejo Europeo, entre otros.

Asimismo por podrá *suspender* la ejecución de una decisión administrativa impugnada, cuando la decisión parezca *prima facie* ilegal, en casos de especial urgencia y cuando la ejecución pueda causar un daño irreparable.

Si bien el Estatuto establece que están legitimados los que contraten con el Secretario General, la Opinión Consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia de 1958 referente a los efectos de las decisiones del Tribunal Administrativo Internacional de Naciones Unidas consideró que los contratos se suscriben entre el funcionario y el Secretario General, actuando éste último en su calidad de más alto funcionario administrativo de la Organización en su nombre y representación<sup>24</sup>.

El TCA se integra por tres magistrados en régimen de dedicación exclusiva y dos magistrados en régimen de media dedicación. Son nombrados por la Asamblea General previa recomendación del Consejo de Justicia Interno. Para poder ser nombrado magistrado es requisito ser una persona de moral intachable; y tener al menos 10 años de experiencia judicial en materia de derecho administrativo. Son nombrados por un solo mandato no renovable de siete años<sup>25</sup>.

Las decisiones del TCA podrán ser apeladas en el Tribunal de Apelaciones (en adelante, TA), previsto su Estatuto en el Anexo II de la A/RES/63/253. Tiene competencia para conocer y pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias del TCA si se extralimitó de su jurisdicción o competencia; no ejerció la competencia de la que está investido; cometió un error de derecho o un error de procedimiento que afectó a la decisión adoptada en la causa; o cometió error de hecho que tuvo como consecuencia la adopción de una decisión irrazonable.

Es interesante destacar que en este sistema cuenta con una Oficina de Asistencia Letrada al Personal, que brinda asesoramiento jurídico gratuito a los funcionarios o empleados que se encuentren con un conflicto y deseen demandar o iniciar un reclamo. Además prevé la conciliación informal mediante la participación de la Oficina del Ombudsman o la División de Mediación para evitar litigios. Estas etapas se consideran informales y tienen a evitar la mayor cantidad de litigios. Las etapas contenciosas se denominan formales y cuentan con dos instancias.

Lo más importante a destacar es que no se necesita contratar un abogado para que ejerza la representación o patrocinio letrado ante estas instancias. El funcionario o empleado puede ejercer su propia representación. En los casos en que se haya incurrido en esos gastos el tribunal puede decidir el resarcimiento o reembolso de gastos de honorarios. Las sentencias se publican pero se reserva la identidad de la persona interesada.

---

<sup>23</sup> A/RES/63/253. Resolución aprobada por la Asamblea General el 24 de diciembre de 2008 [sobre la base del informe de la Quinta Comisión (A/63/642)] 63/253. Administración de justicia en las Naciones Unidas del 17 de marzo de 2009. Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/63/253>.

<sup>24</sup> Opinión Consultiva: Efectos de los fallos del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas en los que se fijan indemnizaciones. OC del 13 de julio de 1958. Disponible en: [http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf).

<sup>25</sup> Conforme al art. 4 de A/RES/63/253. Además, esa norma establece que no podrá haber dos magistrados de la misma nacionalidad y se tomarán debidamente en consideración la distribución geográfica y el equilibrio de género.



#### **IV.2. Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)**

El Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, TAOIP) es competente para conocer demandas fundadas en la inobservancia, de fondo o de forma, de las disposiciones de los contratos de trabajo referentes a funcionarios de la Oficina Internacional del Trabajo y del Estatuto del Personal, y relativas a los funcionarios de cualquier otra organización internacional de carácter intergubernamental, reconocida por el Consejo de Administración<sup>26</sup>. Están legitimados para concurrir al TAOIT todos los funcionarios, aunque hayan cesado en su empleo, así como cualquier persona física que haya adquirido por sucesión los derechos del funcionario; o cualquier otra persona que pueda justificar un derecho fundado en el contrato de trabajo o en disposiciones del Estatuto del Personal de un funcionario fallecido<sup>27</sup>.



El TAOIT se compondrá de siete jueces que serán de diferentes nacionalidades, designados por un período de tres años por la Conferencia de la OIT. Estará integrado por tres jueces o, en circunstancias excepcionales, cinco, que serán designados por el Presidente, o los siete. Se pronunciará de una mayoría de votos; las sentencias serán fundadas, definitivas e inapelables. Se podrán consultar en los archivos de oficina internacional del trabajo.

Para poder acceder al tribunal deben agotarse todas las instancias para que esa decisión sea definitiva, la cual no tendrá efectos suspensivos hasta que decida el tribunal. El Tribunal es el que asume los gastos del procedimiento. El demandante o reclamante podrá asumir su representación, o ejercerla un antiguo funcionario o un abogado patrocinante. En este último caso el tribunal puede ordenar a la organización reembolsar los gastos.

Según las reglas de procedimiento la instancia ante el tribunal debe ocurrir luego de agotadas todas las instancias e intentado la conciliación por medios amigables como el ombudsman.

#### **IV.3. Tribunal Administrativo del Grupo Banco Interamericano de Desarrollo (BID)**

El Tribunal administrativo del BID entiende sobre las peticiones realizadas por una persona física miembro del personal del Banco o de la Corporación que alegue el incumplimiento de su contrato de empleo o de los términos y condiciones de nombramiento<sup>28</sup>. La expresión “miembro del personal” se aplicará a los miembros o

<sup>26</sup> Los órganos intergubernamentales deben enviar al Director General una declaración admitiendo a estos efectos, de acuerdo con su Constitución o con sus reglas administrativas internas, la competencia del Tribunal y sus reglas.

<sup>27</sup> El Estatuto se encuentra disponible en: <http://www.ilo.org>.

<sup>28</sup> Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=2099931>.

exmiembros del personal del Banco o de la Corporación, incluyendo los miembros jubilados del personal que reciben una pensión del plan jubilatorio, o a las personas que estuvieran facultadas para reclamar un derecho de dicho miembro, exmiembro o miembro jubilado del personal.



Las demandas o reclamos serán admisibles cuando el peticionante hubiere agotado todos los demás recursos disponibles dentro de los plazos correspondientes inclusive del Comité conciliador si fuera el caso, o dentro de los noventa días transcurridos desde la notificación de la decisión si no se trata de un derecho sobre plan jubilatorio. Si se tratara de un derecho sobre el plan jubilatorio podrá presentarse la demanda luego de conocida la decisión final de la Comisión Administradora<sup>29</sup>.

El Tribunal está compuesto por siete jueces de distinta nacionalidad, designados por períodos de 6 años, y tomará todas sus decisiones por mayoría (en caso de empate el Presidente tendrá voto de calidad). Las sentencias se expedirán en un plazo razonable y serán finales e inapelables. Entre los gastos que puede reconocer el Tribunal en las sentencias se encuentra el de los honorarios del abogado patrocinante y los traslados a las sesiones. Las sentencias se archivarán en el Banco y podrán acceder personas interesadas que lo solicitaren. No obstante son públicas y se encuentran publicadas en la página web del BID.

Es interesante destacar que como instancias previas al tribunal, existen mecanismos de solución de conflictos como un “Ombudsperson” del Banco y la mediación o conciliación.

Además del mecanismo formal del Tribunal administrativo laboral, cuentan con un procedimiento de revisión de decisiones internas mediante Quejas.

#### ***IV.4. Tribunal Administrativo de la Organización de los Estados Americanos***

El Tribunal Administrativo de la Organización de los Estados Americanos (TRIBAD) es un órgano autónomo con competencia para entender las controversias suscitadas entre la Secretaría General de la OEA (SG/OEA) y sus funcionarios cuando se alegue incumplimiento de las condiciones establecidas en los respectivos nombramientos o contratos de trabajo, o por infracción de las Normas Generales para el Funcionamiento de la Secretaría General y demás disposiciones aplicables, inclusive las relativas al Plan de Jubilaciones y Pensiones La competencia TRIBAD puede extenderse a cualquier organismo especializado de la organización internacional según se definen en su Carta, así como a cualquier entidad intergubernamental.

Están legitimados los miembros del personal de la Secretaría General de la Organización, aún después de haber cesado en su empleo o cargo, y toda persona con derechos de sucesión al miembro del personal en sus derechos al fallecimiento de éste.

<sup>29</sup> Reglamento del Tribunal Administrativo del BID disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=38247331>.

Toda otra persona que pueda justificar derechos derivados de un contrato de trabajo o un nombramiento o de disposiciones de las Normas Generales y de los reglamentos administrativos que el miembro del personal hubiera podido invocar. Es decir, toda persona que se encuentre vinculada a la organización por un nombramiento, contrato de trabajo u otra relación de naturaleza laboral basada en disposiciones de las Normas Generales u otros reglamentos administrativos<sup>30</sup>.

El tribunal se compone de seis miembros de distintas nacionalidades y duran seis años en sus cargos. El tribunal sesiona con la presencia de por lo menos tres miembros.

Para presentarse al Tribunal el reclamante o demandante deberá agotar las vías administrativas previstas en las Normas Generales y el Secretario General de la organización haya dictado una decisión definitiva (Los recursos previstos son el de reconsideración y de solicitud de audiencia). De manera excepcional puede convenirse el acceso directo, entre el Secretario General y el interesado. El tribunal podrá recomendar que las partes de un recurso lo sometan a arbitraje, conciliación o mediación obligatoria o no obligatoria.



Los reclamos ante el tribunal pueden realizarse personalmente o por un abogado patrocinante designado al efecto por escrito. Puede el tribunal imponer costas a la parte perdedora incluidos los honorarios de abogados y demás gastos en que haya incurrido.

Las sentencias podrán ser revisada por un panel de revisión *ad hoc* cuando se considere que la sentencia es ultra vires. El panel lo conforman los jueces que no intervinieron en la decisión de la sentencia.

Las sentencias son públicas y se pueden encontrar en la página web de la OEA.

## V. TRIBUNALES JUDICIALES EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

Veremos brevemente otros modelos adoptados en procesos de integración más avanzados como es el caso del Tribunal General de la Unión Europea (derecho de la unión) y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones (derecho comunitario), con el único propósito de enunciar otra de las vertientes jurídicas que es la creación de tribunales judiciales comunitarios o de la unión, ya que en el caso del MERCOSUR (derecho de la integración, derecho del MERCOSUR) no existe un sistema judicial sino arbitral que interpreta las normas del MERCOSUR.

<sup>30</sup> Estatuto del Tribunal Administrativo. Disponible en [https://web.oas.org/tribadm/es/Lists/estatutos\\_lista\\_es/Attachments/2/Estatuto%20del%20Tribunal%20Administrativo%20%20II.pdf](https://web.oas.org/tribadm/es/Lists/estatutos_lista_es/Attachments/2/Estatuto%20del%20Tribunal%20Administrativo%20%20II.pdf).

### V.1. Tribunal General de la Unión Europea



El Tribunal de Justicia Unión Europea representa, desde 1952, la autoridad judicial máxima de la Unión Europea, tiene sede en Luxemburgo y está integrado por el Tribunal General (1988) y el Tribunal de Justicia, ya que el Tribunal de la Función Pública (2004) puso fin a sus actividades el 1 de septiembre de 2016 al transferir sus competencias al Tribunal General en el marco de una reforma de la estructura jurisdiccional de la Unión.

En esta reforma el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, adjunto al Tribunal General, creado en 2004<sup>31</sup>, fue modificado por Reglamento (UE, Euratom) 2016/1192 del Parlamento Europeo y del Consejo, el 6 de julio de 2016, en relación a la transferencia realizada al Tribunal General referente a la competencia para conocer, en primera instancia, los litigios entre la Unión Europea y sus agentes en virtud del artículo 270 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

A partir de la entrada en vigencia, el 1 de septiembre de 2016, el Tribunal General es competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre la Unión y sus agentes dentro de los límites y en las condiciones que establezca el Estatuto de los funcionarios de la Unión y el régimen aplicable a los otros agentes<sup>32</sup>. Además, es competente para conocer los litigios entre cualquier órgano u organismo y sus agentes para los que se haya atribuido competencia al Tribunal Judicial de la Unión Europea<sup>33</sup>. El Tribunal de la Función pública estaba compuesto por siete jueces, y el Tribunal General llegará a contar progresivamente con dos jueces por Estado Miembro. Actúa en salas de 3 a 5 jueces. Uno de los motivos de la reforma fue la lentitud de los procesos y la cantidad de los mismos que llega aproximadamente a 150 por año<sup>34</sup>.

Es interesante destacar que el Tribunal General debe juzgar los asuntos en materia de función pública de la Unión Europea examinando las posibilidades de una solución amistosa en todas las fases del procedimiento.

<sup>31</sup> Podría ser el caso de litigios entre Europol, o el Banco Europeo de Inversiones y su personal, etc. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (2002), *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, ed. Dijusa.

<sup>32</sup> Creado mediante la Decisión 2004/752/CE, Euratom del Consejo, del 2 de noviembre de 2004 (derogada mediante Reglamento 2016/1192). Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_1.3.10.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.3.10.html).

<sup>33</sup> El Tribunal de Justicia propuso al Parlamento y al Consejo, en octubre de 2014, suprimir el Tribunal de la Función Pública integrándolo al Tribunal General. Esta aprobación, realizada, el 6 de julio de 2016 contempla modificaciones del reglamento de procedimiento del Tribunal General. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y disponible en la agencia estatal, Boletín oficial del Estado: <https://www.boe.es/doue/2016/217/L00073-00077.pdf>.

<sup>34</sup> Información disponible en la página oficial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([http://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5\\_5230/es/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5_5230/es/)).

## V.2. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

En 1979 se suscribió el Acuerdo de Cartagena que dio origen a la Comunidad Andina y el Sistema Andino de Integración, y cuyo art. 6 preveía la creación del Tribunal de Justicia con sede en la ciudad de Quito, República del Ecuador<sup>35</sup>.

El Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), de 1996, establece en su tratado de creación, en la sección sexta referente a la Jurisdicción Laboral, (artículo 40), que el TJCA es competente “para conocer las controversias laborales que se susciten en los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración”<sup>36</sup>.



En el año 2001 se aprobó la Decisión 500 referente al Estatuto del Tribunal cuyo artículo 4 sobre la naturaleza y fines del Tribunal dispuso que es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, “de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros”. Asimismo, previó las acciones laborales presentadas ante el Tribunal para dirimir las controversias originadas en una relación de trabajo que se susciten entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración y sus respectivos funcionarios o empleados. Faculta como titulares para reclamar el cumplimiento de sus derechos laborales a los funcionarios o empleados que tengan o hayan tenido relación laboral con alguno de los órganos del Sistema Andino de Integración<sup>37</sup>.

Para ello exige el agotamiento de la vía administrativa demostrando el actor haber formulado petición directa ante su empleador respecto de los mismos derechos laborales que pretende en la demanda, “sin haber tenido respuesta dentro de los 30 días siguientes, o cuando la obtenida le hubiere sido total o parcialmente desfavorable”<sup>38</sup>. Es interesante destacar que el Estatuto establece entre las disposiciones transitorias que para accionar laboralmente los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración que no cuenten con Reglamento o Estatuto de personal deberán emitirlo dentro del año siguiente a la entrada en vigor del Estatuto. Es destacable el hecho de que haya previsto que la ausencia de procedimientos administrativos y el modo de agotamiento de la vía administrativa no podrían quedar sin previsión normativa.

Otro punto a destacar es que prevé una audiencia de conciliación a realizarse en cualquier momento del proceso, de común acuerdo, ante el TJCA. Hasta la fecha el TJCA ha entendido en 19 demandas laborales.

<sup>35</sup> Hasta ese entonces se denominaba Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

<sup>36</sup> El Sistema Andino de Integración está conformado por Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia.

<sup>37</sup> Mediante el Protocolo de Cochabamba se otorgó al tribunal tres competencias adicionales: el recurso por omisión o inactividad, la función arbitral y la jurisdicción laboral.

<sup>38</sup> Artículo 137 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (disponible en: [http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/T\\_Estatuto%20del%20Tribunal%20de%20Justicia%20de%20a%20Comunidad%20Andina.pdf](http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca1/T_Estatuto%20del%20Tribunal%20de%20Justicia%20de%20a%20Comunidad%20Andina.pdf)).



## VI. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO LABORAL DEL MERCOSUR

Hasta ahora vimos los modelos escogidos por las organizaciones internacionales, el derecho comunitario, y el derecho de la Unión para resolver los conflictos de función pública, o de su personal contratado o funcionarios.

Para comprender el sistema del MERCOSUR, debemos mencionar que carece de un sistema judicial sino que comprende en su estructura institucional un tribunal arbitral con características novedosas.



**TRIBUNAL  
ADMINISTRATIVO-LABORAL  
DEL MERCOSUR (TAL)**

El Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR tiene competencia para entender los conflictos surgidos sobre la interpretación de toda norma del derecho del MERCOSUR. Es decir, que las normas referentes a contratación de personal y régimen de carrera administrativa de sus funcionarios quedaría comprendida en el art. 1 del Protocolo de Olivos sobre Solución de Controversias del MERCOSUR<sup>39</sup>.

No obstante, la Resolución del Grupo de Mercado Común N° 54/03 creó un Tribunal Administrativo en la estructura institucional del MERCOSUR con la finalidad de resolver las cuestiones de índole laboral en el ámbito de la organización regional.

Es, entonces, a los funcionarios de la estructura institucional del MERCOSUR a los que se les aplica el régimen laboral previsto por la Decisión del Consejo de Mercado Común N° 15/15 de normas generales para funcionarios, y demás contratos suscritos por la organización (obras y servicios).

*«El MERCOSUR carece de un sistema judicial sino que comprende en su estructura institucional un tribunal arbitral con características novedosas».*

Para los supuestos de conflicto entre el personal contratado y el MERCOSUR, fue prevista una única instancia jurisdiccional que resuelva las reclamaciones administrativo-laborales, una

vez “que se agoten las vías administrativas correspondientes.” Es el caso del Tribunal Administrativo Laboral (TAL)<sup>40</sup>, que ha emitido hasta el momento tres sentencias.

En las últimas normas de procedimiento aprobadas por el TAL fija su sede en Asunción<sup>41</sup>, y para su soporte administrativo utiliza la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, lo que representa un avance institucional y coherente de concentración de funciones cuasi jurisdiccionales. Además estas normas legitiman, además de los funcionarios o contratados de CMC/DEC N° 15/15, a los

<sup>39</sup> Artículo 1 del Protocolo de Olivos (2002): “Ámbito de aplicación 1. *Las controversias que surjan entre los Estados Partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo del Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, serán sometidas a los procedimientos establecidos en el presente Protocolo*” (...).

<sup>40</sup> Creado mediante la GMC/RES N°54/03, modificado por la GMC/RES N°32/15.

<sup>41</sup> Disponibles en: [http://www.tprmercosur.org/es/docum/tal/Reglas\\_tal\\_13\\_abr\\_2016\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/tal/Reglas_tal_13_abr_2016_es.pdf)

derechohabientes según las normas sucesorias del Estados Parte correspondiente a la nacionalidad.

### ***VI.1. Composición del TAL***

El TAL se compone por un miembro titular y uno suplente por cada Estado Parte, por período de dos años renovables por período similar. Esto significa que los miembros indicados por el Estado Parte y designados por el Grupo de Mercado Común para cumplir esas funciones<sup>42</sup> son los propios funcionarios de los Ministerios de Relaciones Exteriores que cumplen las funciones de jueces del tribunal administrativo. El primer interrogante que surge entonces en relación a la composición de este Tribunal de índole “intergubernamental”, debido a la dependencia de los funcionarios con los Estados Partes, es sobre su independencia.

Es cierto que una de las críticas generales a este tipo de tribunal (administrativo), debido es sobre la objetividad en sus decisiones y en su composición<sup>43</sup>. Conocido ello, es extraño que el TAL<sup>44</sup> mantenga esa composición que deja una incertidumbre en torno a su carácter independiente. A su favor podría decirse que la norma previó la participación *ad honorem* de los miembros del tribunal y que los funcionarios designados para desempeñarse en el TAL es probable que conozcan las normas laborales del MERCOSUR, que de por sí presentan muchas particularidades.

### ***VI.2. Agotamiento de la Vía Administrativa***

El segundo interrogante surge en relación la expresión utilizada en las normas de procedimiento “agotar la vía administrativa” cuando para ello resulta al menos necesario saber cómo se agota la vía administrativa. Si bien la norma menciona todas las gestiones relativas a la reclamación ante el inmediato superior y el Director de la Secretaría del MERCOSUR, se podría deducir que se debe obtener una decisión del director o secretario que cumpla las funciones de autoridad máxima dentro de cada órgano o institución.

---

<sup>42</sup> Resultan al menos intrigantes estas ausencias de división de poderes en algunos órganos, sobre todo de la mirada del derecho administrativo.

<sup>43</sup> GORDILLO, Agustín (2005), “Los Tribunales Administrativos como Alternativa a la Organización Administrativa”, en Universidad Austral, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, RAP, pp. 955-962.

<sup>44</sup> GORDILLO distingue los cuatro modelos que existen en el mundo para garantizar que la organización administrativa funcione, el primero consiste el dictado de una Ley de Procedimientos Administrativos, con posterior control judicial, este es el sistema europeo, y en general, el latinoamericano; el segundo, es el de creación de agencias públicas reguladoras independientes con la autonomía necesaria respecto del poder central; el tercero consiste en la creación de una Ley de Procedimientos Administrativos, que introduce un funcionario, como juez administrativo; el cuarto es el sistema de los Tribunales Administrativos independientes que sustituyen a la administración en la toma de decisiones con un control judicial suficiente. En: GORDILLO, Agustín (2005), *Op. Cit.*, RAP, pp. 955-962.

Si bien en algunas estructuras un simple recurso de reconsideración agotaría la vía, la instrumentación está implícita<sup>45</sup>, no podría dejarse sin protección a los funcionarios que deseen presentarse ante el TAL por no haber sido instrumentado las vías por las normas de procedimiento correspondientes. Está pendiente la necesidad de una norma que lo prevea<sup>46</sup>, aún cuando la estructura administrativo del MERCOSUR es todavía precaria<sup>47</sup>, protegería los derechos de los funcionarios<sup>48</sup> y quitaría incertidumbre al procedimiento. Recordemos en este punto que la Comunidad Andina previó esta posibilidad y exigió a los órganos del Sistema Andino de Integración la aprobación de un reglamento.

### VI.3. Procedimiento Administrativo

En las experiencias de otras organizaciones hemos observado que los procedimientos prevén, en su mayoría, etapas de conciliación o mediación, la intervención de un Ombudsman o instancias de solución amigable. En el caso del MERCOSUR, lamentablemente no está prevista formalmente esta posibilidad, sino que sigue un esquema de procedimiento administrativo de corte autoritario, como hemos mencionado, basado en lograr la decisión de la autoridad. Tampoco prevé la participación de asociaciones, gremios, o funcionarios antiguos que puedan estar interesados en la decisión acorde a una mayor pluralidad de la decisión final, como en algunos tribunales administrativos internacionales mencionados.

*«Sigue un esquema de procedimiento administrativo de corte autoritario basado en lograr la decisión de la autoridad».*

Otro aspecto a considerar es que los procedimientos administrativos no pueden provocar gastos en los interesados debido a los principios de gratuidad y simplicidad en las actuaciones, por lo que tampoco debería requerirse patrocinio letrado en ninguna de

<sup>45</sup> SABINO CASSESE al referirse a la influencia recíproca entre los derechos administrativos de los Estados Partes con el derecho administrativo de la comunidad europea, establece que para la comprensión de la realidad jurídica ve en duda el monopolio del Estado en este derecho que surge de una autoridad superior y abre lateralmente el ordenamiento del Estado para competir entre ellos. Claro que acá corresponde diferenciar que este autor se refiere a una estructura supraestatal como la Unión Europea, distinta concepción que el MERCOSUR que en su conformación y efectos es intergubernamental. Conferencia de SABINO CASSESE en el marco de la creación de la Asociación de Derecho Público del MERCOSUR, Buenos Aires, 29 y 30 de septiembre de 1997, y posteriormente publicada en la Revista Actualidad en el Derecho Público, Ad Hoc, N.º 7, Segunda época, Buenos Aires, 1998, pp. 19-29.

<sup>46</sup> El art. 41 del Protocolo de Ouro Preto enuncia cuáles son las fuentes jurídicas del MERCOSUR, y establece: “Las fuentes jurídicas del MERCOSUR, son: a) el Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; b) Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; c) La Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo de Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.”

<sup>47</sup> PELUFFO, Juan Pablo (1998), “Garantías Constitucionales del Procedimiento Administrativo en los Países del Mercosur. Principios del Procedimiento Administrativo de los órganos del Mercosur”, Revista Actualidad en el Derecho Público, Ad Hoc, N.º 8, Buenos Aires, p. 27.

<sup>48</sup> Nos referimos, claro está a los procedimientos administrativos internos como sucesión o secuencia concatenada de actos que cumple la un órgano administrativo con la finalidad de que se dicte un acto administrativo interno. Y no a los procedimientos iniciados por los particulares ante una entidad estatal.

las etapas del procedimiento ni siquiera ante el Tribunal Administrativo. Si bien no es una exigencia en el caso del TAL del MERCOSUR (actuar con patrocinio letrado) es posible que el funcionario requiera la contratación para asesorarse jurídicamente. Algunos tribunales administrativos internacionales salvan estas faltas con instancias de asesoramiento jurídico de los funcionarios o empleados, incluso dentro de sus mismas organizaciones. Además, las sentencias del TAL no prevé tampoco que pueda incluir reembolso a los gastos de abogado o patrocinante legal, por lo que el funcionario que ha sufrido una injusticia (y ello se comprueba) deberá correr con los gastos de su abogado.

#### ***VI.4. Sentencia del TAL***

La inmunidad de estos organismos internacionales ha sido interpretada en forma diferente en las distintas sedes de sus instituciones. Pues si estos tribunales administrativos laborales no funcionan con las garantías del debido proceso, podremos encontrar sentencias judiciales contradictorias<sup>49</sup>.

Las sentencias son inapelables pero pueden ser revisadas sólo en caso de descubrimiento de un hecho o documento nuevo que tenga carácter decisivo, según las nuevas normas de procedimiento aprobadas en 2016<sup>50</sup>. Las sentencias se publican en la página web del Tribunal Permanente de Revisión.

Además de la independencia, en el informe de la OEA, se observa si las decisiones cumplen los principios generales del derecho, si son consistentes y si existe coordinación entre los tribunales administrativos internacionales<sup>51</sup>.

### **VII. CONSIDERACIONES FINALES**

1. La independencia que es una característica anhelada de todo tribunal, que decide como tercero imparcial en un conflicto es uno de los valores que más polémica genera en relación a los tribunales administrativos. Ello se debe a su carácter especial ya que en verdad la organización a la que pertenece el tribunal administrativo es parte en la relación laboral. Esta particular situación hace que el requisito o elemento esencial de la independencia se torne aún más significativo porque si la independencia no es garantizada cualquier juez nacional de uno de los Estados Parte o los de la sede donde se sitúa la organización internacional se verá potencialmente competente para decidir. El modo de selección de los árbitros o jueces de los tribunales será indispensable para garantizar una mayor independencia de los tribunales administrativos internacionales. Como vimos en la mayoría de los tribunales administrativos internacionales se componen de profesores o académicos reconocidos del derecho administrativo.

---

<sup>49</sup> Mientras los tribunales laborales de Uruguay se han declarado incompetentes, los tribunales laborales de Paraguay se han declarado competentes para decidir.

<sup>50</sup> Esta incorporación fue agregada a las normas de procedimiento aprobadas por el TAL MEROSUR en el año 2016. Disponibles en [www.tprmercosur.org/es/docum/tal/Reglas\\_tal\\_13\\_abr\\_2016\\_es.pdf](http://www.tprmercosur.org/es/docum/tal/Reglas_tal_13_abr_2016_es.pdf)

<sup>51</sup> Salvo de aquellos tribunales administrativos laborales que pertenecen a similares organizaciones como el de la OIT y el de la ONU que pretendían una unificación, no existe vinculación entre ellos.

2. Decisiones basadas en principios generales. Este parámetro hace al éxito o fracaso del sistema. Si no fueran respetados principios fundamentales del derecho o garantizado el debido proceso legal, presente en todo sistema contradictorio de solución de conflictos, no puede de modo alguno subsistir en el tiempo. Muchos de los principios generales no se encuentran reflejados en las normas del MERCOSUR. Es claro que un procedimiento laboral no puede causar costos económicos a los funcionarios y empleados de buena fe.

*«Es claro que un procedimiento laboral no puede causar costos económicos a los funcionarios y empleados de buena fe.».*

3. Consistencia y coherencia en las decisiones. Relacionado al punto anterior debe existir en estos tribunales consistencia en las decisiones y coherencia para resolver los conflictos. Un modo de conocer si esta condición de presenta en la realidad es considerar si un tribunal doméstico hubiera podido

tomar una decisión semejante, o si los tribunales administrativos internacionales, en semejanza al tipo de decisión, pudieron haber entendido del mismo modo.

4. En cuanto a la doble instancia de todo proceso judicial, en diferente interpretación de la CorteIDH con relación al art. 8 de la Convención Derechos Humanos interpreta la extensión a casos que no se encuentran dentro de la esfera del derecho penal. En concordancia con los derechos de cada uno de los Estados y en armonía con la interpretación del CorteIDH creemos conveniente la posibilidad de revisión de las sentencias del tribunal administrativo laboral del MERCOSUR.

## VIII. CONCLUSIÓN

Los pocos años del Tribunal Administrativo Laboral del MERCOSUR han marcado una evolución en sus normas de procedimiento, y también en sus decisiones, no obstante requiere de un procedimiento acorde a los principios generales, y a los principios específicos de los procedimientos administrativos. Esto resultará un beneficio para los funcionarios y empleados pero también para la propia organización que no se encontrará con sentencias judiciales disímiles en los países sede. Lamentablemente tampoco fue prevista la posibilidad de que se recurran las decisiones de esta instancia administrativa en el TPR. Creemos que debe otorgarse esta posibilidad de recurrir ya que se trata de reclamos exclusivos en materia administrativo laboral y el TPR es la última instancia para decidir sobre toda la normativa del MERCOSUR.

COMENTA ESTE ARTÍCULO:  
[WWW.JURI-DILEYC.COM](http://WWW.JURI-DILEYC.COM)



## BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURY, Pedro, CILURZO, Maria Rosa (1998), *Curso de Procedimiento Administrativo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 246 p.
- BIELSA, Rafael (1959), *Derecho Administrativo*, 3ª ed. Aumentada, Buenos Aires, 1055 p.
- DARGENIO, Inés (2011), “Reflexiones acerca del procedimiento administrativo frente a la crisis del sistema autoritario”, *Revista Anales, Derecho Administrativo*, UNLP, número 41, pp. 51 y ss.
- FONTOURA, Jorge (1998), *A Construção jurisprudencial do direito comunitário europeu*, CEUB Brasília, a, 35, 140, out/dez, Brasília, pp. 163 y ss. (<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/427/r140-16.pdf?sequence=4>)
- GORDILLO, Agustín (1962), *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª edición, Buenos Aires, Perrot. Reimpresión (2012) como Libro I del Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, t. V, Buenos Aires, F.D.A.
- GORDILLO, Agustín (2002), *Restricciones normativas de los tribunales administrativos internacionales* (<http://www.gordillo.com/articulos/art29.pdf>)
- GORDILLO, Agustín (2005), “Los Tribunales Administrativos como Alternativa a la Organización Administrativa”, en Universidad Austral, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, RAP, Buenos Aires, pp. 955 y ss.
- GORDILLO, Agustín (2013), *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo I, 1ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 674 p.
- HUTCHINSON, Tomás (1988), *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*. Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1069 p.
- LINARES, Juan Francisco (1975), *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Astrea, Bs. As., 454 p.
- MARIENHOFF, Miguel S. (1965-1993), *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 771 p.
- MATA, Ismael (2009), *Ensayos de Derecho Administrativo*, RAP, Buenos Aires, 608 p.
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (2002), *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, ed. Dijusa, 1421 p.
- MORTON SKLAR (2006), *Current Issues in the Law and Practice of International Administrative Tribunals*, OEA/Ser.R/III.1, Washington ([http://www.graphic-ideas-store.com/current\\_issues\\_2006/index.html](http://www.graphic-ideas-store.com/current_issues_2006/index.html))
- OPPETIT, Bruno (1998), *Théorie de l'arbitrage*, Presses Universitaires de France, Paris, 127 p.
- PELUFFO, Juan Pablo (1998), “Garantías Constitucionales del Procedimiento Administrativo en los Países del Mercosur. Principios del Procedimiento Administrativo de los órganos del Mercosur”, *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Ad Hoc, N.º 8, Buenos Aires, pp. 26 y ss.
- SUÑÉ, Natasha (2015), “Principios de Derecho Administrativo en la estructura institucional del MERCOSUR”, *Revista de Derecho Administrativo*, Universidad Externado, Colombia, pp. 211 y ss. (<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4192>)

**CON LA PARTICIPACIÓN DE:**



**[WWW.IELEPI.ORG](http://WWW.IELEPI.ORG)**

## COMENTARIO: USO DEL VELO EN EL TRABAJO



### DISCRIMINACIÓN Y PROHIBICIÓN DEL USO DEL VELO EN EL TRABAJO: ASUNTOS C-157/15 y C-188/15 DEL TJUE

**J. Eduardo LÓPEZ AHUMADA**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Alcalá*



**Resumen:** El presente comentario analiza las recientes sentencias del TJUE relativas al juicio de discriminación relacionado con la prohibición empresarial de utilizar el velo islámico en el trabajo. Se analiza el margen de acción de la libertad religiosa en las relaciones laborales y su proyección desde el punto de vista de la discriminación laboral. Se estudia concretamente si un empresario puede prohibir a una trabajadora de religión musulmana llevar el velo en el trabajo en su relación con los clientes o si puede despedir a una empleada por negarse a quitarse el velo islámico que ya venía utilizando previamente en el trabajo.

**Palabras clave:** libertad religiosa, discriminación, contrato de trabajo, tolerancia religiosa, neutralidad empresarial.

## DISCRIMINATION AND THE PROHIBITION OF WEARING ISLAMIC HEADSCARF AT WORK: CASES C-157/15 AND C-188/15 CJUE

**Abstract:** This paper analyzes the recent rulings of the CJEU on the discrimination trial related to the prohibition of the employer on wearing the Islamic headscarf at work. It analyzes the scope of action of religious freedom in labor relations and its specific projection from the point of view of labor discrimination. It is specifically studied whether an employer can prohibit a worker with a Muslim religion wearing a veil at work in their relationship with clients or if he can dismiss an employee for refusing to remove the Islamic headscarf he had been using at work.

**Keywords:** religious freedom, discrimination, employment contract, religious tolerance, neutrality of the employer.

## LA DISCRIMINATION ET L'INTERDICTION DE PORTER LE VOILE ISLAMIQUE AU TRAVAIL: AFFAIRES C-157/15 ET C-188/15 CJUE

**Résumé:** Ce commentaire examine les récentes décisions de la CJCE concernant l'arrêt de la discrimination liée à l'interdiction d'affaires sur le port du foulard islamique au travail. Le champ d'action de la liberté religieuse dans les relations de travail et sa projection concrète est analysée du point de vue de la discrimination en matière d'emploi. Il envisage en particulier si un employeur peut interdire à un travailleur musulman portant le voile au travail dans leur relation avec les clients ou peut licencier un employé pour avoir refusé d'enlever son foulard islamique déjà utilisé au travail.

**Mots clés:** liberté religieuse, discrimination, contrat de travail, tolérance religieuse, neutralité d'entreprise.

**Sumario:** I. Introducción. II. Antecedentes: hechos jurídicamente relevantes. III. Fundamentos de Derecho: la posición de los tribunales de justicia internos y la posición del TJUE. IV. Reflexiones sobre el ejercicio de la libertad religiosa y contrato de trabajo: problemas relativos al juicio de discriminación. V. Factor religioso, pluralismo y tolerancia en las relaciones laborales.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio analiza si es discriminatoria la prohibición empresarial de utilizar el velo islámico en el trabajo y contrasta esta problemática a raíz de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 14 de marzo de 2017, asuntos C-157 y 188/15. El TJUE ha enjuiciado recientemente la proyección de libertad religiosa en las relaciones laborales y su relación concreta desde el punto de vista de la discriminación laboral. Concretamente, el TJUE ha abordado esta cuestión en dos recientes sentencias, que enjuician los asuntos C-157/15 *Achbita*, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* / *G4S Secure Solutions* y C-188/15



*Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) / Micropole Univers*<sup>1</sup>.

En estos casos vamos a analizar si el empresario puede prohibir a una trabajadora de religión musulmana llevar el velo en el trabajo en su relación con los clientes o incluso a despedir a una empleada por negarse a quitarse el velo islámico que ya venía utilizando. Estas son las cuestiones esenciales objeto de análisis y a las que intenta responder el TJUE en dos cuestiones prejudiciales. La relevancia de dichos asuntos es importante, ya que se trata de la primera vez que el Tribunal analiza desde la perspectiva del principio de no discriminación por motivos de religión la procedencia del despido por la negativa a prescindir del uso del pañuelo islámico en los lugares de trabajo.

*«Se trata de la primera vez que el Tribunal analiza desde la perspectiva del principio de no discriminación por motivos de religión la procedencia del despido por la negativa a prescindir del uso del pañuelo islámico en los lugares de trabajo».*

## II. ANTECEDENTES: HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Concretamente, en el Asunto C-157/15, *G4S Secure Solutions*, el 12 de febrero de 2003, la Sra. Samira Achbita, de confesión musulmana, fue empleada como recepcionista de la empresa, prestando servicios de recepción y acogida de clientes. En estos casos la empresa, de naturaleza privada, contaba con una norma no escrita que prohibía a sus empleados llevar signos visibles que manifestaran convicciones políticas, filosóficas o religiosas en los lugares de trabajo y con motivo de la prestación laboral.

En abril de 2006, la trabajadora comunicó a su empresario que iba a utilizar el pañuelo islámico en el trabajo. Precisamente, el 12 de mayo de 2006, la trabajadora anunció a su empleador que se incorporaría al trabajo tras un período de baja por enfermedad y que reanudaría su trabajo usando un pañuelo islámico. Ante esta situación la dirección de la empresa informó a la empleada que no toleraría dicha situación, al entender que los trabajadores no podían ostentar signos políticos, filosóficos o religiosos durante las horas de trabajo. La empresa entendía que dichas prácticas contradecían la situación de neutralidad que la empresa se había impuesto a observar en las relaciones con sus clientes.

Ante esta situación, el 29 de mayo de 2006, el comité de empresa aprobó una modificación del reglamento interno de la empresa, en el que se prohibía expresamente a los trabajadores llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas, u observar cualquier rito derivado de dichas creencias en los lugares de trabajo. A la vista de esta directriz y de la persistente oposición de la trabajadora, que se negaba a desistir del uso del pañuelo islámico en el lugar de trabajo, la empresa

<sup>1</sup> A efectos de consultar el texto íntegro de las sentencias (C-157/15 y C-188/15), puede consultarse el sitio web CURIA, teniendo en cuenta el día concreto de su pronunciamiento.



formalizó el correspondiente despido. Ante esta situación, la trabajadora impugnó la decisión empresarial jurisdiccionalmente ante los órganos de justicia belgas.

Por su parte, el asunto C-188/15, *Boungaoui y ADDH*, guarda ciertamente una estrecha relación temática con el supuesto de hecho anterior. En este caso, la Sra. Asma Boungaoui tomó contacto con una empresa en octubre de 2007, iniciando tratos preliminares a su contratación. Concretamente, el encuentro se produjo en una feria de estudiantes y antes de formalizar su contratación por la empresa privada Micropole. El primer contacto se produjo con un representante de dicha empresa, que le informó que el uso del pañuelo islámico en el trabajo podría constituir un problema en los puestos de trabajo donde se produce un contacto directo con los clientes.

La Sra. Boungaoui comenzó un período de prácticas de fin de carrera en dicha empresa, empleado en las horas de trabajo un simple pañuelo bandana anudado y posteriormente, usó un pañuelo islámico en su horario de trabajo. Al final del período de prácticas en dicha empresa, se produjo la contratación indefinida de la trabajadora en calidad de ingeniero de proyectos. Posteriormente, y con motivo de una queja de un cliente, la empresa instó a la trabajadora a respetar el principio de neutralidad ante los clientes y reclamó a la trabajadora que dejara de llevar el velo islámico. Ante este requerimiento de la empresa, la trabajadora comunicó formalmente a la dirección su negativa, y ante dicho comportamiento, la empresa reaccionó procediendo formalmente a su despido. Ante esta situación, la trabajadora reclamó judicialmente la nulidad de la medida empresarial e impugnó el despido ante la justicia francesa.

### **III. FUNDAMENTOS DE DERECHO: LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA INTERNOS Y LA POSICIÓN DEL TJUE**

Concretamente, se analiza si una disposición normativa interna puede prohibir el uso visible de cualquier signo religioso, sin que ello constituya una discriminación directa en las relaciones de trabajo. En ambos casos, el conflicto termina con la extinción de la relación laboral por medio del despido. Las empresas extinguen unilateralmente los contratos de trabajo, acogiéndose en ausencia de norma legal expresa, a una decisión empresarial unilateral. Dicha medida se funda en los deseos de los clientes y usuarios, que prefieren que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico. Con todo, el problema reside en dilucidar la procedencia de los despidos, máxime cuando el uso del velo islámico no puede considerarse como un requisito de profesionalidad, que permita descartar la existencia de discriminación.

En el asunto C-157, la cuestión se evaluó internamente según la interpretación jurisdiccional de los órganos de justicia belgas. En concreto, el Hof van Cassatie (Tribunal de Casación, Bélgica), conoció el asunto y planteó serias dudas en relación a la interpretación de las reglas comunitarias relativas a la igualdad de trabajo en el empleo y la ocupación. La cuestión planteada por el propio tribunal consiste en dilucidar si la prohibición de llevar un pañuelo islámico, en virtud de una norma interna de la empresa, puede considerarse una discriminación directa en el empleo. Concretamente, la norma objeto de análisis es la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de

27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000, L 303, p. 16).

En este sentido, el TJUE entiende que la Directiva acoge el principio de igualdad de trato y con ello la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada, entre otros motivos, en la religión. Con todo, conviene indicar que la propia Directiva no delimita jurídicamente el concepto de religión, a cuyos efectos es preciso realizar una remisión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Asimismo, es preciso tener en cuenta su propio tratamiento constitucional por parte de los distintos Estados miembros, remisión expresamente reconocida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta noción es importante, ya que se interpreta la noción de religión en sentido amplio, de forma que se ampara tanto el hecho de tener convicciones religiosas

*«Se interpreta la noción de religión en sentido amplio, de forma que se ampara tanto el hecho de tener convicciones religiosas como la propia libertad de las personas de manifestar públicamente dichas creencias religiosas».*

como la propia libertad de las personas de manifestar públicamente dichas creencias religiosas.

El TJUE considera que la norma interna de la empresa se refiere al uso de signos visibles de convicciones políticas,

filosóficas o religiosas, afectando a cualquier manifestación de dichas convicciones y creencias personales. Por tanto, desde el punto de vista formal, la norma interna de la empresa trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles de forma general e indiferenciada una neutralidad en la indumentaria. A la vista de los hechos, no se desprende que la norma interna de la empresa se hubiese aplicado de forma diferente entre los distintos trabajadores de la empresa, lo que permite afirmar que la norma interna no establece diferencias de trato basadas directamente en la religión o en las convicciones y creencias personales.

Con todo, el TJUE no prejuzga que se pueda establecer una diferencia de trato basada en la religión, si la obligación aparentemente neutra de dicha norma en la práctica supone una desventaja particular para las personas que profesan una religión determinada. En cualquier caso, la medida empresarial no supondría una diferencia de trato, ni supondría una discriminación indirecta, si se justifica objetivamente con una finalidad legítima por parte de la empresa y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios. Ello nos conduce irremediabilmente al juicio de la proporcionalidad de la medida empresarial<sup>2</sup>.

El TJUE entiende que el juez nacional es el único competente para determinar si la norma interna es conforme a este parámetro de constitucionalidad y a él le corresponde conseguir el efecto de justicia relativo al caso concreto analizado. Ciertamente, ello es un efecto directo del tratamiento de una cuestión prejudicial. Con todo, el TJUE considera que la prohibición del uso visible de signos religiosos permite garantizar la aplicación del principio de neutralidad, siempre que dicho objetivo se persiga de forma

<sup>2</sup> Desde este punto de vista, concurriría junto a la libertad religiosa del empleado el derecho del empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes, como presupuesto igualmente legítimo ligado a la libertad de empresa. Sin duda, es necesario analizar en cada caso ambos intereses con el fin de buscar el necesario efecto de justicia.

congruente e idónea. Sin duda, el juez nacional deberá comprobar si la empresa estableció anteriormente al despido de la trabajadora un régimen general e indiferenciado en esta materia, presupuesto que dispararía los vicios de nulidad por discriminación laboral. A estos efectos es crucial analizar si la prohibición empresarial afecta solamente a los trabajadores que están en contacto con los clientes o si se proyecta sobre el conjunto de la plantilla. Igualmente, sería conveniente analizar las posibilidades de la empresa de adaptar el trabajo de la persona afectada, en concreto, si existe la posibilidad de ofrecer a la trabajadora un puesto de trabajo que no conlleve un contacto visual con los clientes en el lugar de trabajo, y ello como presupuesto idóneo para evitar el despido de la empleada.

El TJUE entiende que la prohibición de llevar un velo islámico en virtud de una norma interna de la empresa no supone *per se* una discriminación directa por motivos religiosos. No obstante, dicha prohibición empresarial puede suponer una discriminación indirecta, si se prueba que la obligación aparentemente neutra implica una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión concreta. Con todo, dicha discriminación indirecta puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, que se manifiesta concretamente con el objetivo de la empresa que persigue un régimen de neutralidad religiosa en las relaciones con sus clientes. En cualquier caso, la empresa debe emplear los medios adecuados y necesarios, que deberán ser evaluados conforme a la legislación interna, siendo evaluados, en este caso, por los órganos de justicia belgas.

*«La prohibición de llevar un velo islámico en virtud de una norma interna de la empresa no supone per se una discriminación directa por motivos religiosos».*

En el Asunto C-188/15, *Bougnaoui y ADDH*, la Corte de Casación francesa pregunta al TJUE si la voluntad de la empresa de considerar los deseos de los clientes de no permitir el uso del velo islámico por la trabajadora puede considerarse un requisito esencial y determinante en atención a la Directiva comunitaria. El TJUE entiende nuevamente que la cuestión prejudicial descansa en saber si la diferencia de trato se basa directa o indirectamente en la región o en las convicciones personales de la trabajadora. En este sentido, considera que corresponderá al Tribunal de Casación francés analizar si el despido se fundó en el incumplimiento de una norma interna que prohibía el uso de signos visibles ligados a las convicciones religiosas. A estos efectos, la Corte de Casación debe comprobar si concurren los requisitos exigidos y comprobar si la diferencia de trato dimanante de una norma formalmente neutra puede ocasionar de facto una desventaja particular para determinadas personas. Y, asimismo, deberá enjuiciar si la prohibición empresarial se justifica objetivamente en una finalidad legítima de observar un régimen de neutralidad religiosa y si los medios para alcanzar dicha finalidad fueron adecuados y necesarios.

Una vez más, cabe señalar que el despido de la trabajadora se basó en la existencia de una norma interna legítima, que tenía en cuenta los deseos de un cliente, que reclamó que la trabajadora no siguiera portando el pañuelo islámico. El TJUE entiende que ello estaría justificado en el art. 4.1 de la Directiva, en virtud del cual los Estados miembros pueden contemplar diferencias de trato que no tengan carácter discriminatorio, en función de la naturaleza de la actividad profesional o por el contexto en el que la

prestación de servicios se desarrolla. En este caso, la situación será amparada cuando se trata de un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito empresarial proporcional. El TJUE considera que una característica vinculada particularmente a una religión puede constituir un requisito de profesionalidad esencial y determinante, ya que ello supone considerar un requisito objetivamente previsto por la naturaleza de la actividad profesional o por el contexto en que se lleva a cabo la prestación laboral. Sin embargo, ello no supone proteger consideraciones subjetivas, sin que sea un motivo de protección la mera voluntad del empresario de considerar exclusivamente los deseos de un cliente. El TJUE considera que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva el velo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante.

#### **IV. REFLEXIONES SOBRE EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA Y CONTRATO DE TRABAJO: PROBLEMAS RELATIVOS AL JUICIO DE DISCRIMINACIÓN**



Los asuntos que hemos analizados versan sobre dos despidos de mujeres musulmanas por el uso del velo en la relación de trabajo. En los casos citados el problema se plantea entre el ejercicio de la libertad religiosa y la discriminación en el empleo. El art. 1 y 2 de la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trabajo en el empleo y la ocupación, prevé la prohibición de discriminación, tanto directa como indirecta, incluyéndose entre dichos motivos los relativos a la religión o las convicciones personales en el empleo y la ocupación. Ya hemos dicho que la referencia a la religión se interpreta en sentido amplio, abarcando tanto la fe de una persona, así como los actos de exteriorización de su religión, es decir, la práctica y la manifestación de la religión hacia el exterior. Por tanto, el TJUE considera que no es discriminatorio el despido de una trabajadora cuando se niega a quitarse el velo islámico, debido a que dicha práctica esta prohibida por una regla interna de la empresa, que impide el uso de cualquier manifestación de signos visibles de naturaleza política, filosófica o religiosa en el trabajo.

Con todo, la interpretación del Tribunal es flexible, en la medida que entiende que puede existir una discriminación indirecta, que debería justificarse objetivamente, máxime cuando la decisión de la empresa puede adoptarse alejada del correspondiente juicio de proporcionalidad. Este juicio se aprecia claramente en el primer asunto comentado. Sin embargo, en el segundo asunto se utiliza el mismo criterio de resolución, aunque la diferencia reside en la justificación de la prohibición del uso del velo en el interés comercial de una empresa en sus relaciones con los clientes. Y, precisamente, se apunta que dicha prohibición del uso del velo no afecta por igual a todos los símbolos religiosos visibles, sino que el juicio de discriminación podría manifestarse si dichas cautelas no se exigen a otros empleados. En estos casos

estaríamos ante una discriminación directa, a no ser que pudiera justificarse en una función ligada a la naturaleza de la actividad profesional, con una justificación legítima y proporcional.

El TJUE considera que el concepto de “requisito profesional esencial y determinante”, supone aplicar un criterio objetivo ligado a la naturaleza de la actividad profesional de que se trate, o bien en función del contexto de desarrollo de la relación laboral. Ello supone que no pueden ampararse consideraciones subjetivas, que residan en la mera voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente. En este sentido, la prohibición empresarial podría constituir una discriminación por motivos religiosos. Ciertamente, el segundo asunto relativo a la Sra. Asma Bougnaoui es diferente, porque en dicho caso una ingeniera que comenzó a trabajar para la compañía francesa Micropole y durante los primeros meses, utilizaba un pañuelo a modo de bandana y posteriormente comenzó a utilizar un velo islámico, hasta que un cliente presentó una queja. El empresario le pidió que dejara de portar el velo y, ante su negativa, la despidió. Ciertamente, en este asunto existe una cierta tolerancia inicial en el trabajo del uso de signos, lo cual marca una diferencia ciertamente importante respecto del primer asunto.

*«Puede existir una discriminación indirecta, que debería justificarse objetivamente, máxime cuando la decisión de la empresa puede adoptarse alejada del correspondiente juicio de proporcionalidad».*

En cambio, en el primer caso, relativo al asunto de la Sra. Samira Achbita, la trabajadora perdió su trabajo como recepcionista en Bélgica después de decidir empezar a llevar un pañuelo islámico. Con esta decisión de la trabajadora se contradecía el reglamento interno de la empresa de la compañía G4S, que exigía a los empleados no llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Tras varios avisos por parte de la dirección, la trabajadora fue despedida. Ciertamente, en este asunto el criterio de la empresa fue firme y unívoco desde el principio de la relación laboral, y se mostraba una total incompatibilidad del uso de signos visibles en el trabajo respecto de la prestación de servicios a realizar.

Con todo, se trata de dos asuntos relativos a cuestiones prejudiciales, que en esencia no entran en el fondo de los asuntos, sino que se remiten a las autoridades judiciales internas para su resolución jurídica. La tesis general del TJUE es muy clara. Con carácter general, no puede plantearse jurídicamente que un Estado miembro invoque el principio de no discriminación, considerando el uso del pañuelo como un símbolo de la sumisión de la mujer. Este planteamiento no sería, pues, admisible, ya que no existe una diferencia fundamental entre la restricción de un derecho y la prohibición de discriminación. Sin embargo, el TJUE no descarta que pueda existir en estos supuestos una discriminación indirecta, que supone plantear un juicio casuístico, y que jurídicamente no es fácil delimitar de forma general, debido a sus requisitos y condiciones, que implica un juicio jurídico sumamente complejo. En estos casos, se deberá realizar un análisis concreto de confirmación de la existencia de discriminación indirecta, analizando los casos en función de las situaciones concretas y de forma individual.



## V. FACTOR RELIGIOSO, PLURALISMO Y TOLERANCIA EN LAS RELACIONES LABORALES

El derecho a la libertad religiosa está reconocido en los principales convenios internacionales, garantizándose en el ámbito de Naciones Unidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (arts. 2 y 18). Del mismo modo, dicha protección se contempla por parte de Naciones Unidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (arts. 2, 18 y 26)<sup>3</sup> y en la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión, de 25 de noviembre de 1981 (art. 1)<sup>4</sup>. Dicha protección se garantiza igualmente en los países de nuestro entorno debido a la proyección de la Convención Europea de Derechos Humanos del Consejo de Europa,

de 4 de noviembre de 1950 (art. 9) y debido a la eficacia de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (art. 10).

*«La relación entre libertad religiosa y contrato de trabajo da lugar a diversos problemas de naturaleza heterogénea y con clara proyección práctica».*

La relación entre libertad religiosa y contrato de trabajo da lugar a diversos problemas de naturaleza heterogénea y con clara proyección

práctica. El factor religioso se proyecta sensiblemente en la vida de los ciudadanos y, evidentemente, el ejercicio de la libertad religiosa también incide en el ámbito de las relaciones laborales. Por tanto, trabajo por cuenta ajena y ejercicio de una religión se muestra como una realidad social a la que nuestra legislación y la jurisprudencia han intentado dar respuesta y, especialmente, nuestros tribunales de justicia han contemplado criterios de resolución de conflictos.

En la práctica los problemas jurídicos son recurrentes y ante dichos problemas de aplicación nuestro ordenamiento jurídico reacciona por medio de tres sectores del ordenamiento jurídico (a saber, el Derecho Eclesiástico del Estado, el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social), produciéndose unas relaciones recíprocas entre el tratamiento del factor religioso y la ordenación de la dinámica de las relaciones laborales<sup>5</sup>. Ello da lugar a conexiones entre distintas disposiciones normativas, que se enriquece sumamente debido a la configuración de la libertad religiosa como un derecho fundamental (art. 16 CE), así como ante la presencia de otros derechos

<sup>3</sup> Concretamente, el Comité de Derechos del Hombre de la ONU ha reiterado los problemas derivados de la discriminación que experimentan las religiones que no tienen arraigo en una determinada sociedad o que son profesadas por una minoría. Dichas observaciones han sido formuladas en su labor de interpretación del art. 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos desde el punto de vista de su aplicación práctica.

<sup>4</sup> Se trata de un texto internacional esencial en la garantía del derecho a la libertad religiosa, que tiene su origen en la Declaración de la Asamblea General de la ONU de 25 de noviembre de 1981 sobre la supresión de todas las formas de intolerancia y discriminación por razón de religión y convicción.

<sup>5</sup> Dada su importancia, como estudio comparado de gran impacto, destacamos el siguiente trabajo de investigación. Vid. EUROPEAN CONSORTIUM FOR CHURCH AND STATES RESEARCH (1993), *Churches and Labor Law in the UC Countries*. Especialmente resulta interesante en el ámbito de nuestro estudio debido a que en su momento los doce países comunitarios confrontaron sus respectivos ordenamientos jurídicos y establecieron puntos de conexión entre la religión y el trabajo por cuenta ajena.

fundamentales, especialmente, el principio de igualdad y no discriminación, sin olvidar su concurrencia inevitable con otros derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho al honor y la dignidad, la libertad de expresión o la libertad de conciencia y de pensamiento<sup>6</sup>. Ciertamente, en la práctica este planteamiento puramente formal se encuentra desbordado y es preciso dar soluciones tuitivas a los diferentes intereses concurrentes antes situaciones cambiantes en el tiempo.

Con el paso del tiempo se ha producido un acomodo del factor religioso a la ejecución del propio contrato de trabajo. En las relaciones laborales se ha producido un proceso continuo de separación del derecho al ejercicio de la religión y el derecho al trabajo, dando lugar a derechos claramente separados y de contenido autónomo<sup>7</sup>, que únicamente en caso de fricción requerirá una respuesta jurídica adecuada y proporcional respecto del caso concreto. Desde el punto de vista jurídico, la escisión entre religión y trabajo por cuenta ajena tiene efectos en principio positivos, ya que permite el desarrollo profesional con independencia de la práctica religiosa o del culto procesado, así como la prohibición de ser discriminado por razón de las creencias religiosas observadas por los trabajadores<sup>8</sup>.

Sin embargo, este planteamiento genérico está condicionado por un equilibrio difícil de conciliar en la práctica al analizar los distintos supuestos conflictivos.

*«La libertad religiosa en el seno del contrato de trabajo se presenta como un rasgo personalísimo anejo a la propia dignidad de la persona y su ejercicio concurre conflictivamente cuando los usos o prácticas religiosas se presentan como un hecho distorsionante».*

El pluralismo religioso ha irrumpido en las sociedades occidentales y ha supuesto un enriquecimiento de la cultura religiosa en los países europeos. Con todo, dicho pluralismo religioso incide en el desarrollo de las relaciones sociales y da lugar a la aparición de nuevas dimensiones de la libertad religiosa debido al carácter plural y heterogéneo del factor religioso. Del mismo modo, dichos problemas derivados del pluralismo religioso se proyectan en el ámbito laboral, y ello da lugar a nuevas relaciones entre religión y trabajo.

La existencia de múltiples religiones y, por tanto, la división del factor religioso implica de facto la presencia en las relaciones laborales del ejercicio de determinadas convicciones religiosas amparadas por la libertad de religión. La libertad religiosa en el seno del contrato de trabajo se presenta como un rasgo personalísimo anejo a la propia dignidad de la persona y su ejercicio concurre conflictivamente cuando los usos o

<sup>6</sup> Sobre la incidencia del factor religioso respecto de otros derechos fundamentales. Vid. LÓPEZ CASTILLO, Antonio (2002), *La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Pamplona.

<sup>7</sup> En este sentido, se ha indicado que las "iniciales intromisiones de la religión en el ordenamiento jurídico laboral y en la práctica de las relaciones laborales irán progresivamente eliminándose o desvaneciéndose a resultas del reconocimiento y protección, en los textos constitucionales y en las declaraciones y pactos internacionales, de dos derechos autónomos". Vid. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (2006), "Libertad religiosa y contrato de trabajo", en Casas Baamonde, María Emilia, Cruz Villalón, Jesús, Durán López, Federico (coords.), *Las transformaciones del trabajo en el marco de la Constitución Española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, La Ley, Madrid, p. 567.

<sup>8</sup> Vid. RUFFINI, Francesco (1991), *La liberta religiosa. Storia dell'idea*, Feltrinelli, Milano, pp. 11-12.

prácticas religiosas se presentan como un hecho distorsionante, que no es compartido por la mayoría de la sociedad. Sin duda, los ordenamientos se han esforzado en remover dichos obstáculos y garantizar el derecho fundamental a la libertad religiosa. El objetivo ha sido salvaguardar el principio de igualdad de oportunidades y prohibición de no discriminación por motivos religiosos, que cobra especial importancia y que hay que proteger especialmente debido a la existencia de visiones diversas de la dimensión religiosa. Sin duda, se trata de derechos que en la práctica están estrechamente relacionados con otras causas de discriminación como la raza o etnia e, incluso por motivos de origen social.

El aumento de los movimientos migratorios, que han dado lugar a contextos de diversificación del hecho religioso, se ha visto igualmente afectado por los ciclos económicos. Ello desemboca inevitablemente en el surgimiento de dificultades culturales y nuevas desigualdades económicas fundadas en razones religiosas, que van en muchos casos unidas a prejuicios raciales o étnicos<sup>9</sup>. Las migraciones laborales unidas al contexto de inseguridad económica y social forman un conjunto de factores

*«Estamos ante un problema social que implica la necesidad de conciliar la cohesión y la inclusión social ante la diversidad cultural y religiosa».*

que generan situaciones de discriminación en el empleo. Particularmente significativa es la situación de los colectivos musulmanes, que con independencia del grupo étnico al que pertenezcan, soportan situaciones especiales

de conflictividad<sup>10</sup>. Los movimientos migratorios de países procedentes de otras culturas, como el Islam, ha supuesto que dicha minoría religiosa sea una de las más importantes de nuestro país, y que sean especialmente sensibles a soportar comportamientos discriminatorios en las relaciones laborales. Dicha situación se muestra especialmente singular no solamente en España, sino que afecta al conjunto de la Unión Europea. En este sentido, los datos estadísticos disponibles reflejan el incremento de prácticas discriminatorias respecto de dichos colectivos de la población<sup>11</sup>.

Estamos, pues, ante un problema social que implica la necesidad de conciliar la cohesión y la inclusión social ante la diversidad cultural y religiosa. En este contexto, la máxima general es la garantía de la libertad religiosa en los conflictos de intereses, que debe estar presente en cualquier ámbito social, incluido el laboral. Ciertamente, negar el derecho básico a profesar una religión que uno escoge libremente o, en su caso, el

<sup>9</sup> Efectivamente, el incremento de los supuestos discriminatorios por motivos de religión se ha constatado en los tres informes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativos a la igualdad en el trabajo. Vid. OIT (2007), *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión, Ginebra, p. 37. OIT (2003), *La hora de la igualdad en el trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, Ginebra, p. 35.

<sup>10</sup> Vid. BERTHOUD, Richard y BLEKESAUNE, Morten (2007), *Persistent employment disadvantage*, Department for Work and Pensions and the Equalities Review.

<sup>11</sup> Vid. AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (2009), *Encuesta de la Unión Europea sobre las minorías y la discriminación, Informe "Data in Focus": Muslims*. Por ejemplo, la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones estimó que exigir en Turquía que las funcionarias públicas y las estudiantes mantuvieran descubierta su cabeza en el trabajo y en la escuela constituía una discriminación. Ello incide, sobre todo, en las mujeres musulmanas, desfavoreciéndolas o impidiéndolas gozar de su derecho a un acceso igualitario a la educación y al empleo debido a sus prácticas religiosas. Vid. OIT (2003), *La hora de la igualdad en el trabajo*, op. cit., p. 35.

derecho a permanecer ajeno al factor religioso, puede desestabilizar las sociedades y generar tensiones que pueden desencadenar supuestos de violencia. Por tanto, la preocupación se centra en asegurar la posibilidad de profesar libremente cualquier confesión religiosa en un ámbito plural donde no se atiende solamente a una religión, sino que es preciso considerar a distintas confesiones religiosas. Ello supone atender a la progresiva fragmentación del hecho religioso y su repercusión en las relaciones laborales con efectos ciertamente complejos. Del mismo modo, tampoco podemos desconocer el progresivo despegue de un sector de la sociedad, cuya voluntad es permanecer al margen del fenómeno religioso.

A pesar de la protección otorgada, que sin duda ha supuesto un descenso de la conflictividad por motivos religiosos en el ámbito laboral, es preciso fomentar la tolerancia religiosa mediante la lucha contra la discriminación por motivos religiosos en el empleo y en la ocupación, y superar el tratamiento de la libertad religiosa como un asunto estrictamente personal, propio de la esfera privada de las personas y reducido a la libertad de conciencia. Es preciso, pues, remover los obstáculos que impiden la libertad de culto en el empleo e imposibilitan la tolerancia hacia personas de determinadas religiones. Generalmente, nos referimos a la intolerancia hacia una religión diferente o hacia quienes no profesan religión alguna. Ello supone la obligación de la empresa de mantener un comportamiento neutral desde el punto de vista religioso, especialmente en relación a la contratación y promoción en el empleo, y atajar conductas ofensivas en el trabajo hacia miembros de minorías religiosas. Ello supondría la necesidad de contemplar nuevos márgenes de adaptación de las obligaciones laborales. Se trata, en definitiva, de diversos problemas jurídicos estrechamente relacionados con la denominada cláusula de conciencia, que afecta a distintas facetas de la vida cotidiana de los trabajadores<sup>12</sup>.

El principio de neutralidad se conecta directamente con la garantía de ausencia de discriminación. Dicha neutralidad tiene proyección extensiva y afecta a la fase previa de acceso al empleo, así como al desarrollo de la relación laboral (art. 3.1 Directiva 2000/78/CE). La eficacia de dicho principio de neutralidad se muestra especialmente relevante en el acceso al empleo en relación a los criterios de selección. Esta obligación de neutralidad en el acceso al empleo no solamente afecta al empleador, sino también a otros sujetos que eventualmente pueden restringir injustificadamente la libertad religiosa. La necesidad de respetar la cautela de neutralidad empresarial se ha analizado ciertamente en los dos asuntos objeto de comentario y se muestra como un aspecto clave que debe tenerse en cuenta en relación a las posibles prácticas discriminatorias en el empleo.

**COMENTA ESTE ARTÍCULO:  
WWW.JURI-DILEYC.COM**

<sup>12</sup> Vid. VALDÉS DAL-RE, Fernando (2006), “Libertad religiosa y contrato de trabajo”, *loc. cit.*, p. 311.





**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)  
de 14 de marzo de 2017**

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2000/78/CE — Igualdad de trato — Discriminación por motivos de religión o convicciones — Reglamento interno de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar signos visibles de naturaleza política, filosófica o religiosa en el lugar de trabajo — Discriminación directa — Inexistencia — Discriminación indirecta — Prohibición a una trabajadora de llevar un pañuelo islámico»

En el asunto C-157/15,

y

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Hof van Cassatie (Tribunal de Casación, Bélgica), mediante resolución de 9 de marzo de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de abril de 2015, en el procedimiento entre

Samira Achbita,

Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding

G4S Secure Solutions NV,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente, el Sr. A. Tizzano, Vicepresidente, la Sra. R. Silva de Lapuerta, los Sres. M. Ilešič y L. Bay Larsen, la Sra. M. Berger y los Sres. M. Vilaras y E. Regan, Presidentes de Sala, y los Sres. A. Rosas, A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits y F. Biltgen



(Ponente), la Sra. K. Jürimäe y el Sr. C. Lycourgos, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de marzo de 2016;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, por el Sr. C. Bayart y la Sra. I. Bosmans, advocaten;
- en nombre de G4S Secure Solutions NV, por las Sras. S. Raets e I. Verhelst, advocaten;
- en nombre del Gobierno belga, por las Sras. L. Van den Broeck y M. Jacobs, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno francés, por los Sres. G. de Bergues, D. Colas y R. Coesme, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por las Sras. J. Kraehling, S. Simmons y C.R. Brodie, en calidad de agentes, asistidas por el Sr. A. Bates, Barrister;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. G. Wils y D. Martin, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 31 de mayo de 2016;

dicta la siguiente

Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000, L 303, p. 16).

2. Esta petición se ha planteado en el contexto de un litigio entre la Sra. Samira Achbita y el Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Centro para la Igualdad de Oportunidades y la Lucha contra el Racismo; en lo sucesivo, «Centro»), por un lado, y G4S Secure Solutions NV (en lo sucesivo, «G4S»), sociedad con domicilio en Bélgica, por otro lado, relativo a la prohibición impuesta por G4S a sus trabajadores de llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas y de observar cualquier rito relacionado con dichas convicciones en el lugar de trabajo.

### Marco jurídico

#### *Directiva 2000/78*

3. Los considerandos 1 y 4 de la Directiva 2000/78 establecen lo siguiente:

«(1) De conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a todos los Estados miembros[,] y respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados

miembros, como principios generales del Derecho comunitario.

[...]

(4) El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. El Convenio n.º 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación.»

4. El artículo 1 de la Directiva 2000/78 dispone:

«La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.»

5. El artículo 2 de dicha Directiva establece:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios;

[...]

5. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.»

6. El artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva dispone:

«Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

[...]

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

[...]».

#### *Derecho belga*

7. La wet ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Ley de lucha contra la discriminación y por la que se modifica la Ley de 15 de febrero de 1993 de creación de un Centro para la Igualdad de Oportunidades y la Lucha contra el Racismo), de 25 de febrero de 2003 (Belgisch Staatsblad, 17 de marzo de 2003, p. 12844), tiene por objeto, en particular, transponer las disposiciones de la Directiva 2000/78.

8. El artículo 2, apartado 1, de dicha Ley señala:

«Existirá discriminación directa cuando una diferencia de trato no justificada de modo objetivo y razonable se base directamente en el sexo, una supuesta raza, el color de la piel, el origen, la procedencia nacional o étnica, la orientación sexual, el estado civil, el nacimiento, el patrimonio, la edad, la religión o las convicciones, el estado de salud actual o futuro, una discapacidad o una característica física.»

9. El artículo 2, apartado 2, de la misma Ley dispone:

«Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros ocasionen, de por sí, efectos perjudiciales para las personas afectadas por alguno de los motivos de

discriminación enumerados en el apartado 1, salvo que la disposición, el criterio o la práctica puedan justificarse objetiva y razonablemente.»

#### **Litigio principal y cuestión prejudicial**

10. G4S es una empresa privada que presta, en particular, servicios de recepción y acogida a clientes tanto del sector público como del sector privado.

11. El 12 de febrero de 2003, la Sra. Achbita, de confesión musulmana, comenzó a trabajar como recepcionista para G4S, en virtud de un contrato de trabajo por tiempo indefinido. Regía en ese momento en el seno de G4S una norma no escrita con arreglo a la cual los trabajadores no podían llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo.

12. En abril de 2006, la Sra. Achbita comunicó a sus superiores jerárquicos que, a partir de entonces, tenía la intención de llevar un pañuelo islámico durante las horas de trabajo.

13. Como respuesta, la Dirección de G4S informó a la Sra. Achbita de que no se toleraría el uso de tal pañuelo porque ostentar signos políticos, filosóficos o religiosos era contrario a la neutralidad que la empresa se había impuesto seguir.

14. El 12 de mayo de 2006, tras un período de baja por enfermedad, la Sra. Achbita comunicó a su empleador que reanudaría su actividad laboral el 15 de mayo y que llevaría un pañuelo islámico.

15. El 29 de mayo de 2006, el comité de empresa de G4S aprobó una modificación del reglamento interno, que entró en vigor el 13 de junio de

2006, redactada en los siguientes términos: «Se prohíbe a los trabajadores llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas u observar cualquier rito derivado de éstas en el lugar de trabajo».

16. El 12 de junio de 2006, en razón de la persistente voluntad manifestada por la Sra. Achbita de llevar, como musulmana, el pañuelo islámico en su lugar de trabajo, ésta fue despedida. Percibió una indemnización por despido equivalente a tres meses de salario y las ventajas adquiridas en virtud del contrato de trabajo.

17. Tras ser desestimada la demanda contra el despido presentada ante el arbeidsrechtbank te Antwerpen (Tribunal Laboral de Amberes, Bélgica) por la Sra. Achbita, ésta apeló contra dicha resolución ante el arbeidshof te Antwerpen (Tribunal Laboral Superior de Amberes, Bélgica). La apelación fue desestimada debido, en particular, a que el despido no podía considerarse improcedente, ya que la prohibición general de llevar signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo no suponía una discriminación directa y no se había observado ninguna discriminación indirecta o violación de la libertad individual o de la libertad de religión.

18. En cuanto a la inexistencia de discriminación directa, este último órgano jurisdiccional destacó en concreto que era manifiesto que la Sra. Achbita no había sido despedida por profesar la fe musulmana, sino por persistir en su intención de hacerla patente durante las horas de trabajo llevando un pañuelo islámico. Según dicho órgano jurisdiccional, la norma del reglamento interno conculcada por la Sra. Achbita tiene un alcance general,

puesto que prohíbe a cualquier trabajador llevar signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Ningún hecho permite suponer que G4S haya adoptado una postura más conciliadora con algún otro asalariado en situación análoga, en particular con algún trabajador con otras convicciones religiosas o filosóficas que se hubiese negado repetidamente a respetar esa prohibición.

19. El arbeidshof te Antwerpen (Tribunal Laboral Superior de Amberes) desestimó la alegación de que la prohibición dictada en G4S de llevar signos visibles de convicciones religiosas o filosóficas constituye en sí una discriminación directa de la Sra. Achbita como creyente, ya que consideró que dicha prohibición no sólo tiene por objeto el uso de signos propios de convicciones religiosas, sino también el de signos relacionados con convicciones filosóficas, lo que respeta el criterio de protección establecido por la Directiva 2000/78, que hace referencia a «religión o convicciones».

20. En apoyo de su recurso de casación, la Sra. Achbita aduce en particular que, al considerar que la convicción religiosa en que se basa la prohibición dictada por G4S constituye un criterio neutro y al no calificar esa prohibición de desigualdad de trato entre los trabajadores que llevan un pañuelo islámico y aquellos que no lo llevan por el hecho de que dicha prohibición no atañe a una convicción religiosa determinada y se aplica a todos los trabajadores, el arbeidshof te Antwerpen (Tribunal Laboral Superior de Amberes) no aplicó correctamente los conceptos de «discriminación directa» y de «discriminación indirecta» en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78.

21. En estas circunstancias, el Hof van Cassatie (Tribunal de Casación, Bélgica) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo como musulmana en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa si la norma en vigor en la empresa prohíbe a todos los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos externos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas?»

### **Sobre la cuestión prejudicial**

22. Mediante su cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide, en esencia, que se dilucide si el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que impide de forma general el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo constituye una discriminación directa prohibida por esta Directiva.

23. En primer lugar, de conformidad con el artículo 1 de la Directiva 2000/78, ésta tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

24. A tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78, «se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa

o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1» de la Directiva. El artículo 2, apartado 2, letra a), de dicha Directiva puntualiza que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, de ésta, existe discriminación directa cuando una persona es tratada de manera menos favorable en relación con otra persona en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 de la misma Directiva, entre los que se incluye la religión.

25. En lo que respecta al concepto de «religión» que figura en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, procede señalar que esta Directiva no define tal concepto.

26. Sin embargo, el legislador de la Unión se remite, en el considerando 1 de la Directiva 2000/78, a los derechos fundamentales tal como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), que, en su artículo 9, dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que este derecho implica, en particular, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

27. En el mismo considerando, el legislador de la Unión se remite igualmente a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho de la Unión. Pues bien, entre los derechos que proceden de esas tradiciones comunes y que han sido reafirmados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en



lo sucesivo, «Carta»), se encuentra el derecho a la libertad de conciencia y de religión, reconocido en el artículo 10, apartado 1, de la Carta. Con arreglo a esta disposición, este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. Tal como se desprende de las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO 2007, C 303, p. 17), el derecho garantizado en el artículo 10, apartado 1, de ésta corresponde al derecho garantizado en el artículo 9 del CEDH y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, de la Carta, tiene el mismo sentido y alcance que él.

28. Dado que el CEDH y, posteriormente, la Carta recogen una acepción amplia del concepto de «religión», ya que incluyen en él la libertad de las personas de manifestar su religión, cabe considerar que el legislador de la Unión siguió el mismo enfoque al adoptar la Directiva 2000/78, de modo que procede interpretar que el concepto de «religión» que figura en el artículo 1 de la Directiva cubre tanto el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa.

29. En segundo lugar, es necesario determinar si la norma interna controvertida en el litigio principal ocasiona una diferencia de trato entre los trabajadores en función de la religión o de las convicciones de éstos y, de ser así, si esa diferencia de trato constituye una discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78.

30. En el caso de autos, la norma interna controvertida en el litigio principal tiene por objeto el uso de signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas y, por lo tanto, atañe indistintamente a cualquier manifestación de tales convicciones. Por consiguiente, debe considerarse que dicha norma trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos.

31. A este respecto, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia no se desprende que la aplicación de la norma interna controvertida en el litigio principal a la Sra. Achbita haya sido diferente de la aplicación de esta norma a cualquier otro trabajador.

32. Por lo tanto, procede concluir que una norma interna como la norma controvertida en el litigio principal no establece una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78.

33. Dicho esto, según reiterada jurisprudencia, el hecho de que un órgano jurisdiccional remitente haya formulado una cuestión prejudicial refiriéndose únicamente a determinadas disposiciones del Derecho de la Unión no impide que el Tribunal de Justicia le proporcione todos los criterios de interpretación que puedan serle útiles para resolver el asunto del que conoce, aun cuando no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia deducir del conjunto de elementos aportados por el órgano jurisdiccional nacional y, especialmente, de la motivación de la resolución de remisión, los elementos

del Derecho de la Unión que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio (sentencia de 12 de febrero de 2015, *Oil Trading Poland*, C-349/13, EU:C:2015:84, apartado 45 y jurisprudencia citada).

34. En el caso de autos, no puede descartarse que el tribunal remitente llegue a la conclusión de que la norma interna controvertida en el litigio principal establece una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita, extremo que le corresponderá comprobar, que la obligación aparentemente neutra que contiene dicha norma ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.

35. No obstante, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78, tal diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de dicha Directiva, si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios.

36. A este respecto, procede señalar que, aunque corresponde, en definitiva, al juez nacional, que es el único competente para apreciar los hechos, determinar si, y en qué medida, la norma interna controvertida en el litigio principal es conforme con las exigencias mencionadas, el Tribunal de Justicia, que debe proporcionar al juez nacional respuestas útiles, es competente para dar indicaciones, basadas en los autos del asunto principal y en las observaciones escritas y orales que se le han presentado, que permitan a

ese juez resolver el litigio concreto del que conoce.

37. En primer lugar, en cuanto al requisito de la existencia de una finalidad legítima, procede señalar que ha de considerarse legítima la voluntad de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes tanto del sector público como del sector privado.

38. En efecto, el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes.

39. La interpretación de que la persecución de tal finalidad permite restringir, con ciertos límites, la libertad de religión viene corroborada además por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 9 del CEDH (TEDH, sentencia de 15 de enero de 2013, *Eweida y otros c. Reino Unido*, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, § 94).

40. En segundo lugar, en cuanto al carácter adecuado de una norma interna como la controvertida en el litigio principal, cabe apuntar que el hecho de prohibir a los trabajadores el uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apto para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente y sistemática (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de marzo de 2009, *Hartlauer*, C-169/07, EU:C:2009:141, apartado 55, y de 12 de

enero de 2010, Petersen, C-341/08, EU:C:2010:4, apartado 53).

41. A este respecto, corresponderá al tribunal remitente comprobar si G4S había establecido, con anterioridad al despido de la Sra. Achbita, un régimen general e indiferenciado de prohibición del uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas para los miembros de su personal que estaban en contacto con sus clientes.

42. En tercer lugar, en cuanto al carácter necesario de la prohibición controvertida en el litigio principal, procede comprobar si ésta se limita a lo estrictamente necesario. En concreto, ha de comprobarse si la prohibición del uso visible de cualquier signo o prenda de vestir que pueda asociarse a una creencia religiosa o a una convicción política o filosófica atañe únicamente a los trabajadores de G4S que están en contacto con los clientes. En tal caso, dicha prohibición deberá considerarse estrictamente necesaria para alcanzar la meta perseguida.

43. En el caso de autos, en lo que respecta a la negativa de una trabajadora como la Sra. Achbita a renunciar a llevar un pañuelo islámico durante el desempeño de sus actividades profesionales en contacto con los clientes de G4S, corresponderá al tribunal remitente comprobar si, tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para ésta, G4S tenía la posibilidad, ante tal negativa, de ofrecer a la Sra. Achbita un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido. Incumbirá al tribunal remitente, a la luz de todos los elementos de los autos, sopesar los intereses presentes y limitar las

restricciones de las libertades de que se trata a lo estrictamente necesario.

44. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente del siguiente modo:

- El artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones en el sentido de esta Directiva.
- En cambio, tal norma interna de una empresa privada puede constituir una discriminación indirecta en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponderá comprobar al tribunal remitente.

### Costas

45. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones en el sentido de esta Directiva.

En cambio, tal norma interna de una empresa privada puede constituir una discriminación indirecta en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política,

filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

**DESCUBRA  
TODA LA  
ACTUALIDAD  
JURÍDICA  
EUROPEA DE  
MANERA  
PRÁCTICA**

**JURIDI-NEWS,  
CADA LUNES A  
PARTIR DE  
LAS 19H**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)  
de 14 de marzo de 2017**

«Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2000/78/CE — Igualdad de trato — Discriminación por motivos de religión o convicciones — Requisito profesional esencial y determinante — Concepto — Deseo de un cliente de que los servicios no sean prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico»

En el asunto C-188/15,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia), mediante resolución de 9 de abril de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 24 de abril de 2015, en el procedimiento entre

Asma Bougnaoui,

Association de défense des droits de l'homme (ADDH)

y

Micropole SA, anteriormente Micropole Univers SA,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. K. Lenaerts, Presidente, el Sr. A. Tizzano, Vicepresidente, la Sra. R. Silva de Lapuerta, los Sres. M. Ilešič y L. Bay Larsen, la Sra. M. Berger y los Sres. M. Vilaras y E. Regan, Presidentes de Sala, y los Sres. A. Rosas, A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits y F. Biltgen (Ponente), la Sra. K. Jürimäe y el Sr. C. Lycourgos, Jueces;

Abogado General: Sra. E. Sharpston;

Secretario: Sr. V. Tourrès, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 15 de marzo de 2016;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de la Sra. Bougnaoui y de la Association de défense des droits de l'homme (ADDH), por la Sra. C. Waquet, avocate;
- en nombre de Micropole SA, por el Sr. D. Célice, avocat;
- en nombre del Gobierno francés, por los Sres. G. de Bergues, D. Colas y R. Coesme, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno sueco, por las Sras. A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson y N. Otte Widgren y los Sres. E. Karlsson y L. Swedenborg, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno del Reino Unido, por la Sra. S. Simmons, en calidad de agente, asistida por el Sr. A. Bates, Barrister;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. D. Martin y M. Van Hoof, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 13 de julio de 2016;



dicta la siguiente

### Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO 2000, L 303, p. 16).

2. Esta petición se ha planteado en el contexto de un litigio entre la Sra. Asma Bougnaoui y la Association de défense des droits de l'homme (Asociación de Defensa de los Derechos Humanos, ADDH), por un lado, y Micropole SA, anteriormente Micropole Univers SA (en lo sucesivo, «Micropole»), por otro lado, relativo al despido por parte de esta última de la Sra. Bougnaoui en razón de que ésta se negaba a retirar el pañuelo islámico cuando prestaba servicios en los locales de los clientes de esta empresa.

### Marco jurídico

#### *Directiva 2000/78*

3. Los considerandos 1, 4 y 23 de la Directiva 2000/78 establecen:

«(1) De conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a todos los Estados miembros[,] y respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados

miembros, como principios generales del Derecho comunitario.

[...]

(4) El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. El Convenio n.º 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación.

[...]

(23) En muy contadas circunstancias, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a la religión o convicciones, a una discapacidad, a la edad o a la orientación sexual constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. Dichas circunstancias deberán figurar en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión.»

4. El artículo 1 de la Directiva 2000/78 dispone lo siguiente:

«La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la

ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.»

5. El artículo 2, apartados 1 y 2, de dicha Directiva establece:

«1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; [...]

[...]».

6. El artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva dispone:

«Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al

sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

[...]

c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;

[...]».

7. El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 establece lo siguiente:

«No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.»

#### *Derecho francés*

8. Las disposiciones de la Directiva 2000/78 han sido objeto de transposición al Derecho francés y se han recogido, en particular, en los artículos L. 1132-1 y L. 1133-1 del code du travail (Código de Trabajo), en la redacción dada a éstos por la loi n.º 2008-496, du 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (Ley n.º 2008-496, de 27 de mayo de 2008, relativa a diversas disposiciones de adaptación al Derecho comunitario en el ámbito de la lucha contra la

discriminación) (JORF de 28 de mayo de 2008, p. 8801).

9. El artículo L. 1121-1 del Código de Trabajo dispone:

«Nadie podrá imponer a los derechos de las personas ni a las libertades individuales o colectivas restricciones que no estén justificadas por la naturaleza de la tarea que deba realizarse y que no sean proporcionadas al objetivo perseguido.»

10. El artículo L. 1132-1 de dicho Código, en su versión en vigor en la fecha de los hechos controvertidos en el litigio principal, establecía:

«Nadie podrá ser excluido de un procedimiento de selección o verse denegado el acceso a unas prácticas o a un período de formación en una empresa, ningún asalariado podrá ser sancionado, despedido o ser objeto de una medida discriminatoria, directa o indirecta, tal como ésta se define en el artículo 1 de la Ley n.º 2008-496, de 27 de mayo de 2008, relativa a diversas disposiciones de adaptación al Derecho comunitario en el ámbito de la lucha contra la discriminación, en particular, en materia de remuneración, en el sentido del artículo L. 3221-3, medidas de participación en los beneficios o de distribución de acciones, formación, readaptación, destinos, calificación, clasificación, promoción profesional, traslado o renovación del contrato, por motivos referentes a su origen, sexo, costumbres, orientación sexual, edad, [...] opiniones políticas, actividades sindicales o mutualistas, convicciones religiosas, apariencia física o apellido o por razones de estado de salud o discapacidad.»

11. El artículo L. 1133-1 del mismo Código está redactado en los siguientes términos:

«El artículo L. 1132-1 no impedirá las diferencias de trato cuando éstas respondan a un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.»

12. El artículo L. 1321-3 del Código de Trabajo, en su versión en vigor en la fecha de los hechos controvertidos en el litigio principal, establecía:

«El reglamento interior no contendrá:

1.º Disposiciones contrarias a las leyes y los reglamentos o a lo dispuesto en los convenios y acuerdos colectivos de trabajo aplicables en la empresa o en el establecimiento.

2.º Disposiciones que impongan a los derechos de las personas y a las libertades individuales y colectivas restricciones que no estén justificadas por la naturaleza de la tarea que deba realizarse y que no sean proporcionadas al objetivo perseguido.

3.º Disposiciones por las que se discrimine a los asalariados de igual capacidad profesional en su empleo o trabajo por motivos referentes a su origen, sexo, costumbres, orientación sexual, edad, [...] opiniones políticas, actividades sindicales o mutualistas, convicciones religiosas, apariencia física o apellido o por razones de estado de salud o discapacidad.»

### **Litigio principal y cuestión prejudicial**

13. De los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que la Sra. Bougnaoui conoció en el mes de octubre de 2007, en una feria de estudiantes, antes de su contratación por la empresa privada Micropole, a un representante de ésta, que la informó de que llevar un pañuelo islámico podría

constituir un problema a la hora de relacionarse con los clientes de dicha empresa. Cuando la Sra. Bougnaoui se presentó, el 4 de febrero de 2008, en Micropole para realizar un período de prácticas de fin de carrera en dicha empresa, llevaba anudado un simple pañuelo bandana. Posteriormente, usó un pañuelo islámico en su lugar de trabajo. Al final del período de prácticas, Micropole la contrató por tiempo indefinido como ingeniero de proyectos, a partir del 15 de julio de 2008.

14. Tras ser convocada, el 15 de junio de 2009, a una entrevista previa a un eventual despido, la Sra. Bougnaoui fue despedida mediante carta de 22 de junio de 2009, redactada en los siguientes términos:

«[...] Entre sus cometidos se incluía el de prestar servicios en los locales de nuestros clientes.

El pasado 15 de mayo le asignamos un trabajo con uno de nuestros clientes [...] en el centro de [...] de éste. Una vez concluido, el cliente nos hizo saber que a algunos de sus empleados les había molestado que usted llevara velo, como efectivamente hace a diario. El cliente también nos pidió que “no hubiera velo la próxima vez”.

Tanto en el momento de su contratación como en las reuniones que mantuvo con su director de operaciones, [...], y con la responsable de selección de personal, [...], la cuestión del uso del velo se trató de forma muy directa con usted. Le manifestamos nuestro total respeto al principio de libertad de expresión y a las convicciones religiosas personales, pero puntualizamos que, puesto que tendría que relacionarse con los clientes, tanto en la empresa como fuera de ella, no siempre podría llevar el velo. En interés de la empresa y en aras de su

expansión, en las relaciones con nuestros clientes nos vemos obligados a imponer la discreción en lo que respecta a la expresión de las opciones personales de nuestros asalariados.

En nuestra reunión del pasado 17 de junio, reiteramos la necesidad de respetar esa neutralidad, que le pedimos mantuviera para con nuestros clientes. En dicha ocasión volvimos a preguntarle si podía asumir tales exigencias profesionales, lo que implicaba no usar el velo, y su respuesta fue negativa.

Consideramos que estos hechos justifican, por las razones expuestas, la resolución de su contrato de trabajo. Teniendo en cuenta que su actitud hace imposible que siga prestando sus servicios en nuestra empresa, dado que como consecuencia de ella no podemos contemplar la posibilidad de que preste servicios en los locales de nuestros clientes, no podrá efectuar la prestación de trabajo correspondiente al período de preaviso. Al serle imputable esta imposibilidad, no tendrá derecho a una indemnización.

Lamentamos que se produzca esta situación, cuando tanto sus competencias profesionales como su potencial nos habían hecho albergar la esperanza de que su colaboración con nuestra empresa fuera duradera.»

15. Considerando que el despido era discriminatorio, la Sra. Bougnaoui presentó, el 8 de septiembre de 2009, una demanda ante el conseil de prud’hommes de Paris (Tribunal Laboral Paritario de París, Francia). Éste condenó, el 4 de mayo de 2011, a Micropole al pago de la indemnización correspondiente al período de preaviso por no haber indicado en su carta de despido la gravedad de la falta reprochada a la Sra. Bougnaoui y

desestimó la demanda en todo lo demás al considerar que la restricción de la libertad de la Sra. Bougnaoui de llevar un pañuelo islámico estaba justificada por el hecho de que ésta había de relacionarse con clientes de esa sociedad y era proporcionada al objetivo perseguido por Micropole de preservar la imagen de la empresa y no herir las convicciones de sus clientes.

16. La Sra. Bougnaoui, con el respaldo de ADDH, apeló contra la anterior resolución ante la cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París, Francia). Mediante sentencia de 18 de abril de 2013, dicho tribunal confirmó la resolución del conseil de prud'hommes de Paris (Tribunal Laboral Paritario de París). En su sentencia, declaró en particular que el despido de la Sra. Bougnaoui no nacía de una discriminación por razón de las convicciones religiosas de la asalariada, puesto que ésta podía seguir expresándolas en el seno de la empresa, y que estaba justificado por una restricción legítima resultante de los intereses de la empresa, dado que el ejercicio por parte de la asalariada de la libertad de manifestar sus convicciones religiosas sobrepasaba los límites de la empresa y se imponía a los clientes de esta última sin tener en cuenta la sensibilidad de éstos, lo que interfería en los derechos de terceros.

17. La Sra. Bougnaoui y la ADDH interpusieron un recurso de casación ante la Cour de cassation (Tribunal de Casación, Francia) contra la sentencia de 18 de abril de 2013. Ante ese tribunal, sostuvieron que la cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París) había infringido en particular los artículos L. 1121-1, L. 1321-3 y L. 1132-1 del Código de Trabajo. Alegaron al respecto que las restricciones de la libertad religiosa deben justificarse por la naturaleza de la

tarea que deba realizarse y deben responder a un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito sea proporcionado. Pues bien, según las recurrentes, el hecho de que una asalariada de una empresa privada que está en relación con los clientes lleve un pañuelo islámico no menoscaba los derechos o las convicciones de terceros, y la molestia o sensación supuestamente sentida por los clientes de una sociedad mercantil por el mero hecho de ver un signo de pertenencia religiosa no constituye un criterio procedente ni legítimo, ajeno a toda discriminación, que justifique que los intereses económicos o comerciales de dicha sociedad puedan prevalecer sobre la libertad fundamental de religión de un asalariado.

18. La Sala de lo Social de la Cour de cassation (Tribunal de Casación), a la que se asignó el recurso de casación interpuesto por las demandantes en el litigio principal, indica que el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 10 de julio de 2008, Feryn (C-54/07, EU:C:2008:397), se limitó a declarar que el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO 2000, L 180, p. 22), pero no se pronunció sobre si debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 en el sentido de que el deseo del cliente de un empresario de que los servicios de éste no sigan siendo prestados por un trabajador por alguno de los motivos que son objeto de esta última Directiva



constituye un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo.

19. En estas circunstancias, la Cour de cassation (Tribunal de Casación) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 en el sentido de que el deseo manifestado por un cliente de una empresa de consultoría informática de que, en lo sucesivo, los servicios informáticos contratados no sean prestados por una asalariada de dicha empresa, ingeniero de proyectos, que usa un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo?»

#### **Sobre la solicitud de reapertura de la fase oral del procedimiento**

20. Con posterioridad a la lectura de las conclusiones de la Abogado General, Micropole presentó, el 18 de noviembre de 2016, una solicitud de reapertura de la fase oral del procedimiento con arreglo al artículo 83 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

21. En apoyo de su solicitud, Micropole alegó que deseaba dar a conocer al Tribunal de Justicia sus observaciones tras la lectura de las citadas conclusiones y facilitarle más información.

22. A este respecto, debe recordarse que, con arreglo al artículo 83 de su Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia puede ordenar en todo momento, tras oír al Abogado

General, la reapertura de la fase oral del procedimiento, en particular si estima que la información de que dispone es insuficiente o cuando el asunto deba resolverse basándose en un argumento que no fue debatido entre las partes o los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

23. En el caso de autos, el Tribunal de Justicia considera, tras oír a la Abogado General, que dispone de todos los elementos necesarios para dirimir el recurso que le ha sido sometido y que no es necesario resolverlo basándose en una alegación que no ha sido debatida ante él.

24. Por consiguiente, procede desestimar la solicitud de reapertura formulada por Micropole.

#### **Sobre la cuestión prejudicial**

25. Mediante su cuestión prejudicial, el tribunal remitente pide esencialmente que se dilucide si el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de la citada disposición.

26. En primer lugar, debe recordarse que, con arreglo al artículo 1 de dicha Directiva, ésta tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

27. En lo que respecta al concepto de «religión» que figura en el artículo 1 de esta Directiva, procede señalar que la Directiva no define tal concepto.

28. Sin embargo, el legislador de la Unión se remite, en el considerando 1 de la Directiva 2000/78, a los derechos fundamentales tal como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), que, en su artículo 9, dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que este derecho implica, en particular, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

29. En el mismo considerando, el legislador de la Unión se remite igualmente a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho de la Unión. Pues bien, entre los derechos que proceden de esas tradiciones comunes y que han sido reafirmados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), se encuentra el derecho a la libertad de conciencia y de religión, reconocido en el artículo 10, apartado 1, de la Carta. Con arreglo a esta disposición, este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. Tal como se desprende de las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO 2007, C

303, p. 17), el derecho garantizado en el artículo 10, apartado 1, de ésta corresponde al derecho garantizado en el artículo 9 del CEDH y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, de la Carta, tiene el mismo sentido y alcance que él.

30. Dado que el CEDH y, posteriormente, la Carta recogen una acepción amplia del concepto de «religión», ya que incluyen en él la libertad de las personas de manifestar su religión, cabe considerar que el legislador de la Unión siguió el mismo enfoque al adoptar la Directiva 2000/78, de modo que procede interpretar que el concepto de «religión» que figura en el artículo 1 de la Directiva cubre tanto el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa.

31. En segundo lugar, procede apuntar que la resolución de remisión no permite saber si la cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente reposa en la observación de una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones o en la de una diferencia de trato basada indirectamente en tales motivos.

32. A este respecto, si el despido de la Sra. Bougnaoui se fundó en el incumplimiento de una norma interna en vigor en la empresa por la que se prohibía el uso de cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas, extremo que corresponderá comprobar al tribunal remitente, y si se acredita que esa norma en apariencia neutra ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, como la Sra. Bougnaoui, cabría concluir que existe una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las

convicciones, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 (véase, en este sentido, la sentencia del día de hoy, G4S Secure Solutions, C-157/15, apartados 30 y 34).

33. No obstante, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de esta Directiva, tal diferencia de trato no constituirá una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como la instauración por parte de Micropole de una política de neutralidad para con sus clientes, y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios (véase, en este sentido, la sentencia del día de hoy, G4S Secure Solutions, C-157/15, apartados 35 a 43).

34. En cambio, si el despido de la Sra. Bougnaoui no se basó en la existencia de una norma interna como la mencionada en el apartado 32 de la presente sentencia, procede examinar, como se solicita mediante la cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente, si la voluntad de un empresario de tener en cuenta el deseo de un cliente de que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora que, al igual que la Sra. Bougnaoui, ha sido enviada por ese empresario al centro de trabajo del cliente y lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

35. A este respecto, a tenor de esta disposición, los Estados miembros pueden disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 de dicha Directiva no tenga carácter discriminatorio cuando, debido a la

naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

36. Por lo tanto, corresponde a los Estados miembros disponer, en su caso, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 de la misma Directiva no tiene carácter discriminatorio. Ése parece ser el supuesto en el caso de autos, en virtud del artículo L. 1133-1 del Código de Trabajo, extremo éste que, sin embargo, corresponderá comprobar al tribunal remitente.

37. Dicho esto, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que se deduce del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 que lo que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica relacionada con dicho motivo (véanse las sentencias de 12 de enero de 2010, Wolf, C-229/08, EU:C:2010:3, apartado 35; de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otros, C-447/09, EU:C:2011:573, apartado 66; de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, EU:C:2014:2371, apartado 36, y de 15 de noviembre de 2016, Salaberría Sorondo, C-258/15, EU:C:2016:873, apartado 33).

38. Por otra parte, procede subrayar que, con arreglo al considerando 23 de la Directiva 2000/78, sólo en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante.

39. Cabe hacer hincapié igualmente en que, a tenor del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78, la característica en cuestión únicamente puede constituir tal requisito «debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo».

40. De estas diversas indicaciones se desprende que el concepto de «requisito profesional esencial y determinante», en el sentido de esta disposición, implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo. En cambio, no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente.

41. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial planteada por el tribunal remitente que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición.

#### **Costas**

42. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición.

JURI-DILEYC.COM

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVAS UNIÓN EUROPEA



### *ÍNDICE TEMÁTICO JURISPRUDENCIA*

**Ayuda de Estado:** Tribunal General, Francia/Comisión, 1.º de marzo de 2017, T-366/13, T-454/13

**Ciudadanía de la Unión:** Tribunal General, Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe/Comisión, 3 de febrero de 2017, T-646/13

**Competencia:** TJUE, Aloys F. Dornbracht/Comisión, 26 de enero de 2017, C-604/13 P, C-609/13, C-611/13, C-613/13, C-619/13, C-625/13, C-626/13, C-636/13, C-637/13, C-638/13, C-642/13, C-644/13; Tribunal General, United Parcel Service/Comisión, 7 de marzo de 2017, T-194/13; TJUE, Samsung SDI y otros/Comisión, 9 de marzo de 2017, C-615/15 P

**Comunicaciones electrónicas:** TJUE, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main, 2 de marzo de 2017, C-568/15; TJUE, Tele2 (Netherlands) y otros, 15 de marzo de 2017, C-536/15

**Datos personales:** TJUE, Manni, 9 de marzo de 2017, C-398/15

**Derecho institucional:** Tribunal General, Nausicaa Anadyomène y Banque d'Escompte/BCE, 24 de enero de 2017, T-749/15; Dictamen C-3/15

**Derechos fundamentales:** TJUE, X y X, 7 de marzo de 2017, C-638/16, PPU



**Espacio de libertad, seguridad y justicia:** TJUE, Vilkas, 25 de enero de 2017, C-640/15; TJUE, Lounani, 31 de enero de 2017, C-573/14; Tribunal General, NF/Consejo Europeo, 28 de febrero de 2017, T-192/16, T-193/16, T-257/16; TJUE, Zulfikarpašić, 9 de marzo de 2017, Zulfikarpašić; TJUE, A y otros, 14 de marzo de 2017, C-158/14; TJUE, Fahimian, 4 de abril de 2017, C-544/15

**Fiscalidad:** TJUE, RPO, 7 de marzo de 2017, C-390/15

**Política industrial:** TJUE, Schmitt, 16 de febrero de 2017, C-219/15

**Propiedad intelectual e industrial:** TJUE, EUIPO/Szajner, 5 de abril de 2017, C-598/14 P

**Publicidad:** TJUE, Carrefour Hypermarchés SAS contra ITM Alimentaire International SASU, 8 de febrero de 2017, C-562/15

**Relaciones exteriores:** Tribunal General, JingAo Solar y otros/Consejo, 28 de febrero de 2017, T-157/14, T-158/14, T-161/14, T-163/14, T-160/14, T-162/14; TJUE, Rosneft, 28 de marzo de 2017, C-72/15

**EL TEXTO COMPLETO DE TODAS LAS SENTENCIAS ES  
DISPONIBLE EN LA PÁGINA [WWW.JURI-DILEYC.COM](http://WWW.JURI-DILEYC.COM)**

**AYUDA DE ESTADO****Tribunal General, 1.º de marzo de 2017, Francia/Comisión (T-366/13); Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) contra Comisión Europea (T-454/13)**

*Resumen:* El Tribunal General de la Unión Europea confirma la obligación de Francia de recuperar la ayuda de 220 millones de euros concedida a SNCM por la prestación de determinados servicios de transporte marítimo entre Marsella y Córcega.

**CIUDADANÍA DE LA UNION****Tribunal General, Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe/Comisión, 3 de febrero de 2017, T-646/13**

*Resumen:* El Tribunal General anula la decisión de la Comisión por la que se deniega el registro de la propuesta de iniciativa ciudadana europea denominada «Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe». La Comisión incumplió su obligación de motivación al no indicar qué medidas de entre las enunciadas en el anexo de la propuesta no estaban comprendidas en el ámbito de sus competencias, ni los fundamentos en que se basó tal conclusión.

**COMPETENCIA****TJUE, Aloys F. Dornbracht/Comisión, 26 de enero de 2017, C-604/13 P, C-609/13, C-611/13, C-613/13, C-619/13, C-625/13, C-626/13, C-****636/13, C-637/13, C-638/13, C-642/13, C-644/13**

*Resumen:* El Tribunal de Justicia desestima la mayor parte de los recursos de casación interpuestos por las sociedades que participaron en el cartel del mercado de productos y accesorios para cuartos de baño.

**Tribunal General, United Parcel Service/Comisión, 7 de marzo de 2017, T-194/13**

*Resumen:* El Tribunal General de la UE anula, por un vicio de procedimiento, la decisión por la que la Comisión rechazó la concentración entre UPS y TNT en el sector de la entrega urgente de paquetes pequeños. La Comisión vulneró el derecho de defensa de UPS al basarse en un análisis econométrico que no había sido objeto de discusión en el procedimiento administrativo.

**TJUE, Samsung SDI y otros/Comisión, 9 de marzo de 2017, C-615/15 P**

*Resumen:* El Tribunal de Justicia mantiene las multas impuestas a Samsung SDI y Samsung SDI (Malasia) por su participación en un cártel de tubos para pantallas de televisor y de ordenador.

**COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS****TJUE, Zentrale zur Bek mpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main, 2 de marzo de 2017, C-568/15**

*Resumen:* El coste de una llamada a un número telefónico de servicio postventa

no debe exceder del de una llamada estándar.

**Fallo:** El concepto de «tarifa básica», contemplado en el artículo 21 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que el coste de una llamada a una línea telefónica de asistencia operada por un comerciante, en relación con un contrato celebrado, no puede exceder del coste de una llamada a una línea telefónica fija geográfica o móvil estándar. Siempre que se respete este límite, el hecho de que el comerciante obtenga o no beneficios por medio de esa línea telefónica de asistencia es irrelevante.

### **TJUE, Tele2 (Netherlands) y otros, 15 de marzo de 2017, C-536/15**

**Resumen:** El consentimiento de un abonado telefónico a la publicación de sus datos abarca también su utilización en otro Estado miembro. El marco reglamentario ampliamente armonizado permite garantizar en toda la Unión el mismo respeto de las exigencias en materia de protección de datos personales de los abonados.

**Fallo:** El artículo 25, apartado 2, de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), en su versión

modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «solicitudes» que figura en este artículo incluye también la solicitud hecha por una empresa que está establecida en un Estado miembro distinto de aquél en el que están establecidas las empresas que asignan números de teléfono a los abonados y que solicita la información pertinente de la que disponen estas empresas para prestar servicios de información sobre números de abonados y suministrar guías de abonados accesibles al público en ese Estado miembro y/o en otros Estados miembros.

El artículo 25, apartado 2, de la Directiva 2002/22, en su versión modificada por la Directiva 2009/136, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una empresa que asigna números de teléfono a los abonados y que tiene la obligación, con arreglo a la normativa nacional, de obtener el consentimiento de esos abonados para utilizar datos que les afectan, con el fin de prestar servicios de información sobre números de abonados y suministrar guías de abonados, formule dicha solicitud de modo que tales abonados expresen su consentimiento de forma diferenciada respecto a esa utilización en función del Estado miembro en el que presten sus servicios las empresas que pueden solicitar la información a la que se refiere esa disposición.

## DATOS PERSONALES

### TJUE, Manni, 9 de marzo de 2017, C-398/15

**Resumen:** El Tribunal de Justicia considera que no existe derecho al olvido en relación con los datos personales recogidos en el registro de sociedades. Sin embargo, tras la expiración de un plazo suficientemente largo después de la liquidación de la sociedad de que se trate, los Estados miembros pueden establecer el acceso restringido de terceros a estos datos en casos excepcionales.

**Fallo:** Los artículos 6, apartado 1, letra e), 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en relación con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en su versión modificada por la Directiva 2003/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2003, deben interpretarse en el sentido de que, en el estado actual del Derecho de la Unión, incumbe a los Estados miembros determinar si las personas físicas a las que se refiere el artículo 2, apartado 1, letras d) y j), de esta Directiva pueden solicitar a la autoridad responsable de la llevanza del registro central, del registro mercantil o del registro de sociedades, respectivamente, que compruebe, sobre la base de una apreciación caso por

caso, si está excepcionalmente justificado, por razones preponderantes y legítimas relacionadas con su situación particular, limitar, al expirar un plazo suficientemente largo tras la disolución de la empresa de que se trate, el acceso a los datos personales que les conciernen, inscritos en dicho registro, a los terceros que justifiquen un interés específico en la consulta de dichos datos.

## DERECHO INSTITUCIONAL

### Tribunal General, Nausicaa Anadyomène y Banque d'Escompte/BCE, 24 de enero de 2017, T-749/15

**Resumen:** El BCE no está obligado a reparar el perjuicio supuestamente sufrido en 2012 por los bancos comerciales que tenían títulos de deuda griegos en el marco de la reestructuración de la deuda griega. El BCE no cometió, en efecto, ningún acto ilícito en el marco de la aplicación de su programa de canje de títulos de deuda griegos.

### Dictamen del Tribunal de Justicia (Gran Sala), 14 de febrero de 2017, C-3/15

**Resumen:** La Unión puede celebrar por sí sola el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas con discapacidad visual. En efecto, este Tratado puede afectar a normas comunes de la Unión Europea relativas a la protección del derecho de autor.

## DERECHOS FUNDAMENTALES

**TJUE, X y X, 7 de marzo de  
2017, C-638/16, PPU**

**Resumen:** Los Estados miembros no están obligados, en virtud del Derecho de la Unión, a expedir un visado humanitario a las personas que deseen entrar en su territorio con la intención de pedir asilo, pero son libres de hacerlo sobre la base de su Derecho nacional. El Derecho de la Unión establece únicamente los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados para tránsito o estancias previstas en el territorio de los Estados miembros no superiores a 90 días.

**Fallo:** El artículo 1 del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados), en su versión modificada por el Reglamento (UE) n.º 610/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, debe interpretarse en el sentido de que una solicitud de visado de validez territorial limitada presentada por un nacional de un tercer país por razones humanitarias, sobre el fundamento del artículo 25 de este Código, en la representación del Estado miembro de destino situada en el territorio de un tercer país con la intención de presentar, en cuanto llegue a este Estado miembro, una solicitud de protección internacional y de permanecer, por tanto, en dicho Estado miembro más de 90 días en un período de 180 días, no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicho Código, sino que, en el estado actual del Derecho de la Unión Europea, sólo está sujeta al Derecho nacional.

## ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

**TJUE, Vilkas, 25 de enero de  
2017, C-640/15**

**Resumen:** En caso de que se acredite un supuesto de fuerza mayor, las autoridades encargadas de ejecutar una orden de detención europea deberán fijar una tercera fecha de entrega cuando los dos primeros intentos de entrega hayan fracasado debido a la resistencia opuesta por la persona buscada. Corresponde a los tribunales nacionales comprobar que las autoridades no podían prever dicha resistencia y que las consecuencias de ésta sobre la entrega no pudieron evitarse a pesar de toda la diligencia empleada por las autoridades.

**Fallo:** El artículo 23, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la controvertida en el litigio principal, la autoridad judicial de ejecución y la autoridad judicial emisora acordarán una nueva fecha de entrega, en virtud de esta disposición, cuando la entrega de la persona buscada, en el plazo de los diez días siguientes a una primera nueva fecha de entrega acordada con arreglo a esta disposición, resulte imposible debido a la resistencia opuesta de manera reiterada por esa persona, siempre que, en razón de circunstancias excepcionales, dicha resistencia no haya podido ser prevista por esas autoridades y que las consecuencias de esta resistencia para la entrega no hayan podido evitarse a pesar de toda la



diligencia empleada por dichas autoridades, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

El artículo 15, apartado 1, y el artículo 23 de la Decisión Marco 2002/584, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299, deben interpretarse en el sentido de que dichas autoridades siguen estando obligadas a acordar una nueva fecha de entrega en caso de expiración de los plazos fijados en el artículo 23.

### **TJUE, Lounani, 31 de enero de 2017, C-573/14**

**Resumen:** Puede denegarse una solicitud de asilo cuando el solicitante haya participado en las actividades de una red terrorista. No es necesario que el solicitante de asilo haya cometido personalmente actos de terrorismo ni que haya incitado a su comisión o haya participado en ellos.

**Fallo:** El artículo 12, apartado 2, letra c), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, debe interpretarse en el sentido de que no implica necesariamente que, para que pueda considerarse que concurre el motivo de exclusión del estatuto de refugiado que contiene, el solicitante de protección internacional haya sido condenado por uno de los delitos de terrorismo a los que se refiere el artículo 1, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

El artículo 12, apartado 2, letra c), y el artículo 12, apartado 3, de la Directiva 2004/83 deben interpretarse en el sentido de que pueden justificar la exclusión del estatuto de refugiado actos de participación en una organización terrorista como los que motivaron la condena del recurrente en el litigio principal, aun cuando no se haya demostrado que la persona de que se trate haya cometido un acto de terrorismo, tal como se precisa en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, ni haya intentado cometerlo o amenazado con hacerlo. A efectos de la evaluación individual de los hechos para apreciar si hay razones fundadas para considerar que una persona es culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas, ha incitado a la comisión de tales actos o ha participado en ellos, la circunstancia de que haya sido condenada por los tribunales de un Estado miembro por su participación en las actividades de un grupo terrorista tiene especial relevancia, así como el hecho de que haya sido miembro dirigente de ese grupo, sin que sea necesario demostrar que haya incitado personalmente a la comisión de un acto de terrorismo o haya participado en él.

### **Tribunal General, NF, NG y NM /Consejo Europeo, 28 de febrero de 2017, T-192/16, T-193/16, T-257/16**

**Resumen:** El Tribunal General de la UE se declara carente de competencia para resolver los recursos de tres solicitantes de asilo contra la Declaración UE-Turquía que pretende resolver la crisis migratoria. En efecto, este acto no fue adoptado por ninguna de las instituciones de la Unión Europea.

### **TJUE, Zulfikarpašić, 9 de marzo de 2017, C-484/15 y C-551/15**

**Resumen:** Los notarios en Croacia no pueden calificarse de «órgano jurisdiccional», ni a efectos del Reglamento relativo al título ejecutivo europeo ni de la aplicación del Reglamento de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuando actúan en los procedimientos de ejecución forzosa en virtud de un «documento auténtico». Por consiguiente, en principio, los mandamientos de ejecución que expiden no pueden ser certificados como títulos ejecutivos europeos ni deben ser reconocidos y ejecutados como resoluciones judiciales en los demás Estados miembros.

**Fallo As. C-484/15:** El Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, debe interpretarse en el sentido de que, en Croacia, los notarios no están comprendidos en el concepto de «órgano jurisdiccional», a efectos de dicho Reglamento, cuando actúan en el marco competencial que les atribuye el Derecho nacional en los procedimientos de ejecución forzosa en virtud de un «documento auténtico».

El Reglamento n.º 805/2004 debe interpretarse en el sentido de que no cabe certificar como título ejecutivo europeo un mandamiento de ejecución adoptado por un notario, en Croacia, en virtud de un «documento auténtico», que no ha sido objeto de oposición, puesto que tal mandamiento de ejecución no se refiere a un crédito no impugnado con arreglo al artículo 3, apartado 1, de dicho Reglamento.

**Fallo As. C-551/15:** El artículo 1, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que un procedimiento de ejecución forzosa instado por una sociedad propietaria de una entidad local contra una persona física domiciliada en otro Estado miembro para cobrar un crédito impagado de estacionamiento en un aparcamiento público, cuya explotación fue encomendada a esa sociedad por dicha entidad local, que no presenta carácter sancionador alguno y que constituye, en cambio, la mera contrapartida de la prestación de un servicio, está incluido en el ámbito de aplicación de ese Reglamento.

El Reglamento n.º 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que, en Croacia, los notarios no están comprendidos en el concepto de «órgano jurisdiccional», a efectos de dicho Reglamento, cuando actúan en el marco competencial que les atribuye el Derecho nacional en los procedimientos de ejecución forzosa en virtud de un «documento auténtico».

### **TJUE, A y otros, 14 de marzo de 2017, C-158/14**

**Resumen:** Las actividades de fuerzas armadas en período de conflicto armado, en el sentido del Derecho internacional humanitario, pueden constituir «actos terroristas». El hecho de que las acciones de los «Tigres de Liberación de Eelam Tamil» puedan constituir actividades de fuerzas armadas no afecta a la validez de los actos de la Unión relativos a su inclusión en la lista de congelación de fondos.

**Fallo:** No es manifiesto, en el sentido de la jurisprudencia que se deriva de las sentencias de 9 de marzo de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, EU:C:1994:90), y de 15 de febrero de 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101), que hubieran sido admisibles recursos de anulación que pudieran interponer ante el Tribunal General de la Unión Europea personas que se encontrasen en una situación como la de los recurrentes en el litigio principal contra el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 610/2010 del Consejo, de 12 de julio de 2010, por el que se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 2580/2001 y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1285/2009, o contra los actos de la Unión anteriores a ese Reglamento de Ejecución, relativos a la inclusión de la organización «Tigres de Liberación de Eelam Tamil (LTTE)» en la lista a que se refiere el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 2580/2001 del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo.

Dado que la Posición Común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, y el Reglamento n.º 2580/2001 no se oponen a que las actividades de una fuerza armada en período de conflicto armado, en el sentido del Derecho internacional humanitario, constituyan «actos terroristas», en el sentido de dichos actos de la Unión, el hecho de que las actividades de la organización «Tigres de Liberación de Eelam Tamil (LTTE)» puedan constituir tales actividades no afecta a la validez del Reglamento de Ejecución n.º 610/2010 ni a la de los actos de la Unión anteriores a ese Reglamento de Ejecución, relativos a la

inclusión a que se refiere el punto 1 anterior.

### **TJUE, Fahimian, 4 de abril de 2017, C-544/15**

**Resumen:** Las autoridades nacionales pueden denegar, por motivos de seguridad pública, la concesión a una ciudadana iraní titulada en una universidad sometida a medidas restrictivas de un visado a efectos de estudios en un ámbito sensible tal como la seguridad de la tecnología de la información. Aunque las autoridades nacionales disponen de un amplio margen para apreciar la existencia de una amenaza para la seguridad pública, la decisión de denegación debe estar debidamente motivada.

**Fallo:** El artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, debe interpretarse en el sentido de que, en la tramitación de una solicitud de visado presentada por un nacional de un tercer país a efectos de estudios, las autoridades nacionales competentes disponen de un amplio margen de apreciación para comprobar, a la luz del conjunto de elementos pertinentes que caractericen la situación de dicho nacional, si éste representa una amenaza, siquiera potencial, para la seguridad pública. Esta disposición debe interpretarse igualmente en el sentido de que no se opone a que las autoridades nacionales competentes denieguen la admisión en el territorio del Estado miembro de que se trate, a tales efectos, de un nacional de un tercer país titulado en una universidad sometida a medidas restrictivas de la Unión en razón del importante historial

de relaciones de aquélla con el Gobierno iraní en ámbitos militares o relacionados con éstos y que pretende llevar a cabo en ese Estado miembro una investigación en un ámbito sensible para la seguridad pública, si los elementos de que disponen esas autoridades permiten temer que los conocimientos que adquiriera esa persona en el curso de su investigación pueden utilizarse posteriormente con fines contrarios a la seguridad pública. Corresponde al juez nacional que conoce de un recurso contra la decisión de las autoridades nacionales competentes de denegar la concesión del visado solicitado comprobar que esa decisión se funde en una motivación suficiente y en una base fáctica suficientemente sólida.

## FISCALIDAD

### TJUE, RPO, 7 de marzo de 2017, C-390/15

**Resumen:** El principio de igualdad de trato no se opone a que el suministro de libros, periódicos y revistas digitales por vía electrónica se excluya de la aplicación de un tipo reducido de IVA. A este respecto, la Directiva del impuesto sobre el valor añadido es válida.

## POLÍTICA INDUSTRIAL

### TJUE, Schmitt, 16 de febrero de 2017, C-219/15

**Fallo:** Las disposiciones del anexo II de la Directiva 93/42/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, relativa a los productos sanitarios, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, consideradas a la luz del artículo 11, apartados 1 y 10, y del artículo 16,

apartado 6, de dicha Directiva, deben interpretarse en el sentido de que el organismo notificado no está obligado, con carácter general, a realizar inspecciones sin previo aviso, a examinar los productos ni a comprobar la documentación comercial del fabricante. Sin embargo, cuando existan indicios que sugieran que un producto sanitario puede no ajustarse a los requisitos derivados de la Directiva 93/42, en su versión modificada por el Reglamento n.º 1882/2003, el organismo notificado deberá adoptar todas las medidas necesarias para cumplir sus obligaciones con arreglo al artículo 16, apartado 6, de la misma Directiva y a los puntos 3.2, 3.3, 4.1 a 4.3 y 5.1 del anexo II de ésta.

La Directiva 93/42, en su versión modificada por el Reglamento n.º 1882/2003, debe interpretarse en el sentido de que el objetivo de la intervención del organismo notificado en el procedimiento relativo a la declaración CE de conformidad es proteger a los destinatarios finales de los productos sanitarios. Las condiciones en las que tal organismo puede incurrir en responsabilidad frente a esos destinatarios por el incumplimiento culpable de las obligaciones que le incumben en virtud de la citada Directiva, en el marco de dicho procedimiento, se rigen por el Derecho nacional, sin perjuicio de la aplicación de los principios de equivalencia y de efectividad.

## PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

### TJUE, EUIPO/Szajner, 5 de abril de 2017, C-598/14 P

**Resumen:** El Tribunal de Justicia confirma que la sociedad Forge de Laguiole puede oponerse al registro, a

escala de la Unión, de la marca Laguiole, particularmente, en el ámbito de la cuchillería y los cubiertos. En cambio, la sociedad Forge de Laguiole no puede oponerse al registro de la marca Laguiole en los ámbitos en los que no desarrolla realmente una actividad.

## PUBLICIDAD

### TJUE, Carrefour Hypermarchés SAS contra ITM Alimentaire International SASU, 8 de febrero de 2017, C- 562/15

**Resumen:** La publicidad comparativa de precios entre establecimientos de formatos y tamaños diferentes no es lícita en determinadas circunstancias. Esta publicidad puede ser también engañosa si no se informa claramente al consumidor en la propia publicidad de la diferencia de formato y tamaño de los establecimientos comparados.

**Fallo:** El artículo 4, letras a) y c), de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, en relación con el artículo 7, apartados 1 a 3, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), debe interpretarse en el sentido de que una publicidad, como la controvertida en el litigio principal, que

compara los precios de productos vendidos en establecimientos de tamaños o formatos diferentes, cuando estos establecimientos forman parte de grupos que poseen una gama de establecimientos de tamaños y formatos diferentes y el anunciante compara los precios aplicados en los establecimientos de tamaños o formatos superiores de su grupo con los aplicados en establecimientos de tamaños o formatos inferiores de los grupos competidores, puede ser ilícita, en el sentido de la primera de esas disposiciones, a menos que se informe a los consumidores, de manera clara y mediante el propio mensaje publicitario, de que la comparación se ha llevado a cabo entre los precios aplicados en los establecimientos de tamaños o formatos superiores del grupo del anunciante y los aplicados en establecimientos de tamaños o formatos inferiores de los grupos competidores.

Para apreciar la licitud de esta publicidad, incumbe al tribunal remitente comprobar si, en el litigio principal, vistas las circunstancias del caso de autos, la publicidad controvertida incumple el requisito de objetividad de la comparación o es engañosa, por un lado, teniendo en cuenta la percepción del consumidor medio de los productos de que se trata, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, y, por otro, teniendo en cuenta las indicaciones incluidas en la publicidad, concretamente la referida a los establecimientos del grupo del anunciante y a los de los grupos competidores cuyos precios han sido comparados, y, con carácter más general, todos los elementos de ésta.



## RELACIONES EXTERIORES

### **Tribunal General, JingAo Solar y otros/Consejo, 28 de febrero de 2017, T-157/14, T-158/14, T-161/14, T-163/14, T-160/14, T-162/14**

**Resumen:** El Tribunal General de la UE confirma la validez de las medidas antidumping y antisubvención para las importaciones de paneles solares procedentes de China.

### **TJUE, Rosneft, 28 de marzo de 2017, C-72/15**

**Resumen:** Son válidas las medidas restrictivas adoptadas por el Consejo en el contexto de la crisis ucraniana frente a determinadas empresas rusas, incluida la sociedad Rosneft. El Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la legalidad de las medidas restrictivas adoptadas en el marco de la política exterior y de seguridad común respecto de particulares o entidades.

**Fallo:** 1) Los artículos 19 TUE, 24 TUE y 40 TUE, el artículo 275 TFUE y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea deben interpretarse en el sentido de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para pronunciarse con carácter prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE sobre la validez de actos que, como la Decisión 2014/512/PESC del Consejo, de 31 de julio de 2014, relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania, en la redacción que le dio la Decisión 2014/872/PESC del Consejo, de 4 de diciembre de 2014, hayan sido adoptados sobre la base de las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común (PESC),

siempre que las peticiones de decisión prejudicial correspondientes versen, bien sobre el control de si dichas decisiones respetan el artículo 40 TUE, bien sobre el control de legalidad de medidas restrictivas adoptadas frente a personas físicas o jurídicas.

2) El análisis de la segunda cuestión prejudicial no ha arrojado ningún dato que pueda afectar a la validez del artículo 1, apartados 2, letras b) a d), y 3, del artículo 7 y del anexo III de la Decisión 2014/512, en la redacción que le dio la Decisión 2014/872, o de los artículos 3 y 3 bis, del artículo 4, apartados 3 y 4, del artículo 5, apartados 2, letras b) a d), y 3, del artículo 11 y de los anexos II y VI del Reglamento (UE) n.º 833/2014 del Consejo, de 31 de julio de 2014, relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania, en la redacción que le dio el Reglamento (UE) n.º 1290/2014 del Consejo, de 4 de diciembre de 2014.

Los principios de seguridad jurídica y de nulla poena sine lege certa deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, de conformidad con el artículo 8, apartado 1, del Reglamento n.º 833/2014, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1290/2014, los Estados miembros impongan sanciones penales que hayan de aplicarse en caso de infracción de lo dispuesto en el propio Reglamento n.º 833/2014 aun antes de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya aclarado el alcance de esas disposiciones y, por lo tanto, de las sanciones penales correspondientes.

3) La expresión «asistencia financiera» que se recoge en el artículo 4, apartado 3, letra b), del Reglamento n.º 833/2014, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1290/2014, debe interpretarse en el sentido de que no incluye, como tal, el procesamiento de

pagos por parte de bancos u otras entidades financieras.

El artículo 5, apartado 2, del Reglamento n.º 833/2014, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1290/2014, debe interpretarse en el sentido de que prohíbe a partir del 12 de septiembre de 2014 la emisión de certificados internacionales representativos de títulos («Global

Depository Receipts») cuando ello se produzca en virtud de un contrato de depósito celebrado con una de las entidades enumeradas en el anexo VI del Reglamento n.º 833/2014, en la redacción que le dio el Reglamento n.º 1290/2014, incluso cuando estos certificados representen acciones emitidas por una de dichas entidades con anterioridad a esa fecha.

**EL TEXTO COMPLETO DE TODAS LAS SENTENCIAS ES  
DISPONIBLE EN LA PÁGINA [WWW.JURI-DILEYC.COM](http://WWW.JURI-DILEYC.COM)**

## ÍNDICE TEMÁTICO LEGISLACIÓN



### *Comitología:*

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (UE) n.º 182/2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión - COM/2017/085 final - 2017/035 (COD)

### *Cooperación policial y judicial en materia penal:*

Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo (DO L 88 de 31.3.2017, p. 6/21)

### *Energía:*

Decisión (UE) 2017/684 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2017, por la que se establece un mecanismo de intercambio de información con respecto a los acuerdos intergubernamentales y los instrumentos no vinculantes entre los Estados miembros y terceros países en el sector de la energía y por la que se deroga la Decisión n.º 994/2012/UE (DO L 99 de 12.4.2017, p. 1/9)

***Libre circulación de personas:***

Reglamento (UE) 2017/371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (revisión del mecanismo de suspensión) (DO L 61 de 8.3.2017, p. 1/6)

Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 66 de 11.3.2017, p. 15/21)

Reglamento (UE) 2017/458 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo relativo al refuerzo de los controles mediante la comprobación en las bases de datos pertinentes en las fronteras exteriores (DO L 74 de 18.3.2017, p. 1/7)

***Protección de la salud y de la seguridad:***

Reglamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativo a los controles y otras actividades oficiales realizados para garantizar la aplicación de la legislación sobre alimentos y piensos, y de las normas sobre salud y bienestar de los animales, sanidad vegetal y productos fitosanitarios, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 999/2001, (CE) n.º 396/2005, (CE) n.º 1069/2009, (CE) n.º 1107/2009, (UE) n.º 1151/2012, (UE) n.º 652/2014, (UE) 2016/429 y (UE) 2016/2031 del Parlamento Europeo y del Consejo, los Reglamentos (CE) n.º 1/2005 y (CE) n.º 1099/2009 del Consejo, y las Directivas 98/58/CE, 1999/74/CE, 2007/43/CE, 2008/119/CE y 2008/120/CE del Consejo, y por el que se derogan los Reglamentos (CE) n.º 854/2004 y (CE) n.º 882/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, las Directivas 89/608/CEE, 89/662/CEE, 90/425/CEE, 91/496/CEE, 96/23/CE, 96/93/CE y 97/78/CE del Consejo y la Decisión 92/438/CEE del Consejo (Reglamento sobre controles oficiales) (DO L 95 de 7.4.2017, p. 1/142)

***Transportes:***

Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos (DO L 57 de 3.3.2017, p. 1/18)

Trimestral - n.º 1, Enero de 2017

# DERECHO Y ECONOMÍA DE LA Integración



DIRECCIÓN  
CARLOS F. MOLINA DEL POZO

*Le Tribunal de l'UE*  
(H. KANNINEN)

*MERCOSUR: 25 años*  
(M. Á. CIURO CALDANI)

*Le marché unique numérique*  
(S. CHATRY)

*El Acuerdo de París*  
(F. BARQUÍN)

*Relaciones UE-África Meridional*  
(P. MOLINA DEL POZO MARTÍN)

**EXCLUSIVO**

**DUSAN  
SIDJANSKI**

**11 ARTÍCULOS ACERCA DE  
EUROPA**

En colaboración con el  
Instituto Eurolatinoamericano de  
Estudios para la Integración (IELEPI)

**JURI-DILEYC**

**NÚMERO SUELTO:**

15€ (sin IVA)

**SUSCRIPCIONES:**

*\*General:*

50 € sin IVA (anual)

*\*Estudiante:*

25 € sin IVA (anual)

**JURI-DILEYC.COM**



## CLUB DE LECTURA

## Abécédaire de droit de l'Union Européenne

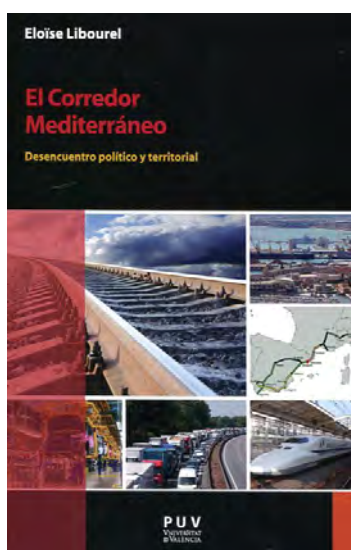
*En l'honneur de Catherine Flaesch-Mougin*

664 p.  
 Presses universitaires de Rennes  
 ISBN: 978-2-7535-5230-2  
 2017  
 36 €

**Resumen:** Sous la forme atypique d'un abécédaire, l'ouvrage aborde aussi bien de grands problèmes juridiques traditionnels du droit de l'Union européenne que des questions plus actuelles et des contentieux emblématiques de ce droit. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est davantage conçu comme un « voyage au cœur du droit de l'Union européenne » permettant au lecteur d'en découvrir les multiples facettes, au travers d'analyses scientifiques ciblées et prenant appui sur le choix d'un mot-clé.



**Autores:** Josiane Auvret-Finck, Catherine Barreau, Maurice Baslé, Guy Baudelle, Brunessen Bertrand, Carole Billet, Annie Blandin, Marc Blanquet, Claude Blumann, Isabelle Bosse-Platière, Danielle Charles-Le Bihan, Annie Cudennec, Christine Delcourt, Sarah Durelle-Marc, Daniel Gadbin, Inge Govaere, Anne Hamonic, Alan Hervé, Nathalie Hervé-Fournereau, Marie-Liesse Houbé, Luc-Marius Ibriga, Vera Jacob de Fradera, Jean Paul Jacqué, Éric Juet, Annie Junter, Christine Kaddous, Alexandra Langlais, Erwan Lannon, Joël Lebullenger, Stéphane Leclerc, Jean-Victor Louis, Marc Maresceau, Frédérique Michéa, Joël Molinier, Pierre-Yves Monjal, Martha Lucía Olivar Jimenez, Danielle Perrot, Yves Petit, Fabrice Picod, Cécile Rapoport, Catherine Schneider, Josiane Tercinet-Duc, Jacques Tenier, Alexandre Thillier, Béatrice Viale, Claire Visier.



## El Corredor Mediterráneo

*Eloïse Libourel*

201 p.  
 Universidad de Valencia  
 ISBN: 9788491340164  
 2017  
 18,50 €

**Resumen:** El Corredor Mediterráneo, como proyecto de eje ferroviario, constituye un elemento clave de la planificación española y europea. Además de tener un papel de infraestructura de transporte, también cristaliza en cuestiones económicas y políticas a distintos niveles territoriales. Representa un cambio en la lógica de

ordenación del territorio, al reforzar el eje litoral en detrimento de los enlaces radiales con la capital. En este libro se propone entender cómo el Corredor viene a ser un patente factor que incita a revisar el papel de los distintos actores implicados -políticos, económicos, institucionales...-, así como a reinterpretar los paradigmas de la ordenación del territorio e interrogar la dialéctica entre las cuestiones propias de las distintas escalas territoriales. El Corredor Mediterráneo, además de tener un papel de infraestructura de transporte, también cristaliza en cuestiones económicas y políticas a distintos niveles territoriales. En este libro se propone entender cómo el Corredor viene a ser un patente factor que incita a revisar el papel de los distintos actores implicados - así como a reinterpretar los paradigmas de la ordenación del territorio

## **El Derecho de Asilo: en aras de un complejo equilibrio**

*Zulima Sánchez Sánchez*

169 p.

Ratio Legis

ISBN: 9788416324460

2017

21 €

**Resumen:** Este libro es el resultado de la investigación realizada por Zulima Sánchez Sánchez en el Departamento de Relaciones Internacionales de la Universidad de Malta en la segunda mitad del año 2016. Malta es la sede de la Oficina Europea de Apoyo al Asilo y por ese motivo la Universidad dedica buena parte de su labor investigadora a esta materia. La autora es Doctora y Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Salamanca y realiza un estudio de las últimas modificaciones que se han propuesto desde la Unión Europea y las implicaciones que tendrán en el procedimiento de asilo, la protección de los derechos de los solicitantes de refugio, sus obligaciones y los cambios que implicarán en la tramitación actual en la materia. Dichos cambios se van analizando de forma crítica y de ellos algunos se proponen como modelo de buenas prácticas que deberían ser ya implementados en España. Muchas de las propuestas de reforma tienen su razón de ser en la Jurisprudencia Europea o Española o en informes del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, la Oficina Europea de Apoyo al Asilo o el Defensor del Pueblo de España. El contenido encuadra el Derecho de asilo en el momento actual, teniendo en cuenta las últimas reformas y también las tendencias que la Unión Europea pretende implementar en un futuro.



## **El desarrollo y consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea: la implementación del programa de Estocolmo**

*Víctor Luis Gutiérrez del Castillo; Manuel López Jara*

301 p.

Editorial Tecnos, S.A.

ISBN: 9788430970704



2017  
20 €

**Resumen:** Esta obra es el resultado de una investigación galardonada con el X Premio Andaluz de Investigación sobre Integración Europea de Andalucía 2016. Tiene por objeto el estudio de la regulación de los derechos y garantías procesales penales que se está llevando a cabo en la UE, fundamentalmente, a partir del Plan de trabajo de 2009, asumido por el Consejo e incorporado al Plan de Estocolmo de 2009 que establecía un calendario plurianual de medidas para avanzar en la consecución de un verdadero Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. De este modo, se analiza en ella el proceso de aproximación

de las legislaciones sobre derechos y garantías procesales penales en la UE, herramienta necesaria para aumentar la confianza recíproca entre las autoridades judiciales de los distintos Estados. En este sentido, los autores abordan con una marcada dimensión práctica, la evolución y desarrollo actual de la cooperación judicial penal en la UE, cuya base fundamental es el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. Asimismo, se hace un análisis jurídico, de la adopción de normas mínimas sobre determinados elementos del proceso penal, entre ellas, las relativas a los derechos y garantías de los sospechosos y acusados.

## El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea – presente y futuro

*Olga Fotinopoulou Basurko*

Olga Fotinopoulou Basurko  
(coord.)

363 p.  
Atelier  
ISBN: 9788416652532  
2017  
45 €



**Resumen:** La globalización económica y la crisis derivada de lo anterior están generando, desde la perspectiva de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, innumerables retos a los que nuestra disciplina debe enfrentarse. De entre las múltiples cuestiones que pudieran abordarse, esta obra colectiva tiene por objeto analizar uno de los supuestos de movilidad de trabajadores derivado del desarrollo cada vez más elevado de actividades transnacionales que conllevan una movilidad de mano de obra en el seno de la UE. Así, la finalidad de esta monografía -resultado del Proyecto MINECO DER2013-43423-R-, ha sido la de volver sobre uno de los temas que, durante los últimos años, ha dado lugar a un buen número de trabajos doctrinales, tanto de nuestro entorno más cercano como del extranjero, lo que pone de manifiesto el enorme interés que aquél suscita. Nos referimos particularmente al análisis de los problemas técnico-jurídicos que presenta el fenómeno del desplazamiento temporal en el marco de una prestación de servicios transnacional y de su plasmación normativa en la Directiva 96/71/CE y en la Ley 45/1999 de

Atelier  
LABORAL

transposición a nuestro derecho interno. Ahora bien, la aproximación desde la que se ha desarrollado este trabajo, así como su resultado presenta una enorme actualidad, ya que se han tenido en cuenta las transformaciones operadas o en curso de adopción sobre la Directiva original, ya sea a partir de la adopción de la Directiva 2014/67/UE de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, ya sea a través del análisis de las cuestiones incorporadas a la nueva propuesta de modificación de la Directiva original presentada por la Comisión el día 8 de marzo de 2016 [Documento COM (2016) 28 final].



## El principio de igualdad en el Derecho constitucional europeo

Mariana Rodríguez Canotilho

400 p.  
Editorial Aranzadi, S.A.  
ISBN: 9788490996980  
2017  
42 €

**Resumen:** El libro supera la cada vez más extendida interpretación económica de la constitución, que está minando las bases culturales del constitucionalismo, y formula un modelo de la interpretación constitucional de la crisis, orientada al restablecimiento de los derechos fundamentales y del principio de igualdad en el espacio público europeo.

## Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo

María Dolores Bollo Arocena

242 p.  
Editorial Aranzadi, S.A.  
ISBN: 9788491520740  
2017  
30 €

**Resumen:** Todo Estado tiene derecho a regular las condiciones de entrada y permanencia de los extranjeros en su territorio, y de proceder a su expulsión en caso de su incumplimiento; sin embargo, el Estado carece de una libertad absoluta para hacerlo, sino que se encuentra obligado a respetar toda una serie de derechos y garantías derivadas del derecho internacional y del derecho europeo. Ese es precisamente el objeto y la perspectiva de estudio.

La obra aborda desde una perspectiva ius internacional publicista el estudio de los límites que debe respetar el estado que pretende expulsar a un extranjero.





La obra aborda el objeto de estudio analizando la normativa internacional y europea, también la española, tomando como referente la Jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los órganos de control como el Comité contra la Tortura o el Comité de Derechos Humanos, así como la bibliografía más relevante sobre el tema.



## ¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana

*Encarna Carmona Cuenca; Javier García Roca*

536 p.  
Editorial Aranzadi, S.A.  
ISBN: 9788491521877  
2017  
65 €



THOMSON REUTERS  
ARANZADI

**Resumen:** ¿Hacia una globalización de los derechos?: el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana" es un libro escrito por un amplio equipo de investigadores de referencia de Europa y Latinoamérica, coordinado por los profesores Javier García Roca y Encarna Carmona, que continúa una larga línea de investigación sobre el diálogo entre el sistema europeo y el americano de protección de los derechos. El libro rinde sentido homenaje al Prof. Pablo Santolaya prematuramente fallecido.

Tras analizar la extensa idea anglosajona de "impacto", la investigación incorpora una parte general con algunas herramientas teóricas sobre la estructura de las sentencias convencionales, su autoridad y valor como precedente e interpretación vinculante, trasladando categorías de Derecho Procesal Constitucional al emergente Derecho Procesal Convencional. Asimismo se comparan la construcción americana del control de convencionalidad con la europea de la interpretación conforme como dos caras de la misma moneda, al tiempo, se analizan las medidas de reparación y supervisión en ambos sistemas en un estudio empírico del grado de cumplimiento de las sentencias. Así como los mecanismos procesales para revisar sentencias firmes y otros tipos de garantía, y los distintos incumplimientos de ambos modelos amén de la denuncia del Convenio.

En la parte especial, se estudia el impacto en algunos concretos derechos de especial relevancia. Los derechos humanos en perspectiva de género. Los derechos de los migrantes, ahora de candente actualidad. El controvertido derecho al sufragio activo de los presos y las resistencias a su implementación. Así como las innovaciones creadas por el derecho al goce pacífico de los bienes en Europa y el derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas en América.





**La unidad europea – Aproximaciones a la historia de la Europa comunitaria**  
*Salvador Forner Muñoz y Heidy-Cristina Senante*

197 p.  
Universidad de Alicante  
ISBN: 9788497174367  
2016  
15 €

**Resumen:** El fracaso del tratado constitucional tras el referéndum francés de 2005 y el posterior impacto de la crisis económica desde el año 2008 han marcado una inflexión en la evolución de la Europa comunitaria y en la percepción del proceso integrador. Con diferentes enfoques, se compendian en este libro, atendiendo fundamentalmente a dicha inflexión, diversas aproximaciones a la historia y a la situación actual de la integración europea desde perspectivas historiográficas y de otras ciencias sociales. Salvador Forner y Heidy-Cristina Senante son profesores de Historia Contemporánea de la Universidad de Alicante y desarrollan su actividad académica en el marco de la Cátedra Jean Monnet de Historia e Instituciones Comunitarias.

**PARTICIPA EN EL CLUB DE LECTURA:  
[WWW.JURI-DILEYC.COM](http://WWW.JURI-DILEYC.COM)**

