

DERECHO Y ECONOMÍA DE LA **Integración**



DIRECCIÓN
CARLOS F. MOLINA DEL POZO

Migración laboral

E.F. CARMONA BAYONA

Acuerdo de paz (Colombia)

V. DELGADO RIVERA
J.A. CRUZ BUITRAGO

Parlamentos Regionales

A.M. POLETTI ADORNO

UE/CEDH

J.A. JIMÉNEZ CARRERO

Fake News (Noticias falsas)

R. CIRÉFICE

GLOBALIDAD
X. DÍEZ
DE URDANIVIA

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**.

Normas completas: **juri-dileyc.com**

Diseño gráfico: Daniela Coïc

Créditos fotográficos: Pixabay, Tribunal de Justicia de la Unión Europea

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

Suscripciones anuales:

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

Revista indexada en:



© 2018 Juri-Dileyc, C/ Velázquez 94, 1ª planta, 28006 Madrid (España)

NIF: B87486213

ISSN: 2530-5093

Publicación trimestral

Encuétranos en **juri-dileyc.com** o envíanos un correo electrónico (**info@juri-dileyc.com**)

Todos los derechos reservados

EDITORIAL



Numerosos y variados, puede decirse que son, los acontecimientos que en Europa se vienen produciendo en los últimos meses y el ciudadano de la Unión no puede quedar atónito e inerte en su mera constatación, sino que la actitud a adoptar ha de ser de reacción fulminante, severa y firme ante los mismos.

En efecto, no parece el camino más apropiado el que se ha emprendido en Europa para avanzar por el sendero de una mayor profundización en el proceso integrador conducente a la consecución de una verdadera Unión Política.

El Brexit que continua su peculiar singladura pretendiendo salvar determinadas situaciones bastante incómodas para las partes en la negociación, aunque, hasta el momento presente, tratando de aproximar las divergentes posturas mantenidas inicialmente para lograr una separación bastante amigable o «sui generis».

Las sucesivas elecciones celebradas en distintos Estados miembros, las cuales han servido, en varios casos para manifestar un cada vez mayor grado de virulencia de posiciones populistas expresadas por diferentes formaciones políticas en algunos países, las cuales se han mostrado fuertemente implantadas en el contexto de la sociedad civil de gran parte de los pueblos europeos.

El populismo, orientado hacia el radicalismo, sea de izquierdas o de derechas, ha llegado al territorio de la Unión Europea para instalarse y permanecer durante los próximos años.

No parece lo más aconsejable, en el momento actual y tras empezar a salir de la crisis económica que nos envolvió a lo largo y ancho de la última década, que los partidos políticos jueguen a posiciones populistas que tan nefastas experiencias nos han legado a los europeos.

Es hora de tener las ideas y los comportamientos políticos muy claros por parte de todos, es decir, los Estados miembros de la Unión, las instituciones, los partidos políticos en cuanto partes fundamentales de éstas, la ciudadanía en su conjunto y la propia Unión Europea en tanto que presente y futura estructura supranacional de convivencia política y social de nuestro Continente. Estamos totalmente convencidos de que a todos corresponde la enorme responsabilidad de no incurrir en los mismos errores ya superados en nuestra historia común y cercana.

Repensar los procesos de adopción de decisiones para ajustarlos cada vez en mayor medida al logro de más Europa, con voluntad política mantenida y expresada de alcanzar una verdadera federación europea para el territorio que compartimos.

Un buen momento para intentar dar pasos positivos en la dirección que apuntamos van a ser sin duda, las elecciones al Parlamento Europeo que habrán de celebrarse en el mes de junio del año próximo. Será una gran ocasión para que los Partidos Políticos piensen y actúen por y para conseguir una más amplia y profunda integración en la Unión, abandonando y dejando al margen posturas y planteamientos populistas que no son nada convenientes para la ciudadanía europea. La democracia, la libertad y la paz han de regir por encima de las mismas ideologías.

Sin embargo, consideramos que, para alcanzar los propósitos descritos, es preciso que la propia Unión Europea adopte nuevos planteamientos y, de alguna manera, vuelva a

refundarse sobre la base que le proporcionan las realidades que la rodean en la actualidad, así como de la rica experiencia vivida durante casi setenta años.

Los compromisos respectivos del Presidente francés Macron y de la Canciller alemana Merkel parece que discurren por los derroteros mencionados, pretendiendo conjuntamente ofrecer a la Unión los ritmos e impulsos que resultan imprescindibles para caminar hacia adelante y hacer frente a los desafíos que la convivencia internacional, actualmente, exigen a un grupo tan importante de países como parecen ser los que forman la Unión Europea.

Las expectativas anunciadas por la combinación de formulaciones reavivadoras planteadas por ambos mandatarios, permiten albergar serias y fundadas esperanzas de conseguir reformas necesarias y profundas en la construcción de la Unión. Ya veremos hasta donde son capaces de llegar en el nuevo diseño quienes proclaman y, de hecho poseen, el liderazgo de la futura sociedad europea en la que todos los ciudadanos estamos inmersos y sosteniendo todavía cierta ilusión en el proyecto.

De otro lado, la inconclusa cuestión de la inmigración que, lejos de haber quedado resuelta, ofrece el triste espectáculo al mundo de un pertinaz incumplimiento del vigente Derecho de la Unión por parte de varios Estados miembros que se manifiestan incapaces de cumplimentar ni siquiera aquello que previamente habían decidido y acordado respecto al intento de solución del problema a través de una incipiente y escasamente reflexionada política común en materia de inmigración.

Continúa, por tanto, la violación de las normas del Derecho Comunitario por parte de ciertos Estados miembros y la consiguiente amenaza de tener que acudir a la aplicación, en los casos reseñados, del contenido preciso del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, algo que parece va a ponerse en marcha por vez primera ante la reiterada actitud de algunos países de incumplir el orden jurídico comunitario.

En fin, muchos más serían los aspectos conflictivos que podrían en este momento señalarse en la agenda de la integración europea, aunque en aras a evitar ser excesivamente prolijos en el señalamiento analítico, concluiremos ahora haciendo mención específica de lo que está ocurriendo en el territorio de la Unión con la aplicación de la «euro orden» en el contexto del llamado Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia.

Efectivamente, dicho Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia fue en su día concebido sobre la idea de que todos los Estados miembros de la Unión que lo constituían eran y formaban auténticos sistemas democráticos consolidados y que, por consiguiente, la euro orden podía y debía funcionar con normalidad entre los distintos países y en relación a una serie de delitos acordados. No obstante, la lista de delitos contemplados no es exigua y se vienen observando desajustes en lo que significa el intento de aplicación y uso de la misma por parte de algún Estado y en relación a otros que constituyen el ya citado Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia.

En este mismo orden de ideas, consideramos que el procedimiento presenta errores en la práctica que obstaculizan sensiblemente su normal funcionamiento, por lo que

«El populismo, orientado hacia el radicalismo, sea de izquierdas o de derechas, ha llegado al territorio de la Unión Europea para instalarse y permanecer durante los próximos años».

requiere de urgentes modificaciones que atañen a sus propios principios fundadores, así como a la ampliación de contenidos de lo acordado y en vigor.

En este sentido, consideramos que, para lograr valorizar la euro orden, sobre la base de la aceptación de que todas las partes son democracias consolidadas y estables, se hace imprescindible la ampliación de la famosa lista de delitos con la inclusión de otros delitos que estén asimismo tipificados y recogidos en distintos Estados miembros, si bien esta solución siempre sería difícil de que pudiera evitar situaciones, como las que se vienen produciendo actualmente en el caso Puigdemont (ex Presidente de la Generalitat de Cataluña), en la que no existe, al parecer, coincidencia de tipos delictuales entre Estados miembros, motivo por el cual no puede actuarse la euro orden tal como fue concebida, es decir, como mecanismo preciso de reclamo y puesta a disposición del órgano de la Justicia que lo solicita, de una persona que reiteradamente ha delinquido y posteriormente huido del territorio de un Estado miembro para desplazarse a otro Estado miembro.

Resulta, en efecto, complicado que se den similitudes o identidades entre los delitos que se incluyen en la reiterada lista de cada Estado miembro, motivo por el cual, a no ser que se trate de delitos denominados comunes, será muy difícil lograr la estricta coincidencia y, por tanto, el uso normalizado de la técnica de la euro orden.

La otra opción, que se nos antoja bastante más eficaz para alcanzar los fines previstos, pasaría por un reconocimiento general y mutuo de los tipos delictuales insertos en cada uno de los respectivos Códigos Penales, aplicándose el principio de reciprocidad en su mayor amplitud.

Así, cada Estado perteneciente al Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia reconoce y aplica todos los mecanismos a su alcance existentes y, por consiguiente, la euro orden también, a cualquiera que sea la petición de otro Estado miembro, produciéndose una total y absoluta cooperación judicial en el contexto del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, aunque para que esto pudiese ser como decimos, sería necesario un completo reconocimiento mutuo de todos a todos en lo que respecta a los diferentes Códigos Penales, la utilización de la reciprocidad en tanto que principio que ha sido de gran utilidad y muy válido en otras materias para alcanzar enormes logros, como por ejemplo, el Mercado Interior o Mercado Único Europeo. En otro caso, la desconfianza mutua se apoderará de las posibles relaciones interestatales y el no reconocimiento se convertirá en la tónica general aplicable en los supuestos controvertidos que vayan surgiendo y, con ello, la progresiva renuncia a utilizar la euro orden por los distintos países y, finalmente, la desaparición en su totalidad del tan importante y necesario Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el contexto geográfico de la Unión Europea.

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)

CON LA PARTICIPACIÓN DE:



WWW.IELEPI.ORG

**SUMARIO N.º 5
ENERO-MARZO DE 2018**

EDITORIAL

Carlos F. MOLINA DEL POZO, Director de la Revista p. 3

GLOBALIZACIÓN

Los desafíos políticos y jurídicos de la globalidad p. 11
Xavier Díez DE URDANIVIA

MIGRACIONES

Migración laboral y empleo informal en América Latina: análisis jurídico-laboral p. 23
Erica Florina CARMONA BAYONA

Acuerdo de Paz y política pública sobre migración de retorno ¿Dónde quedan los exiliados colombianos? p. 43
Vanessa DELGADO RIVERA
Jorge Armando CRUZ BUITRAGO

PARLAMENTOS REGIONALES

Los Parlamentos de organizaciones regionales y asociaciones parlamentarias: un debate sobre su rol y el futuro p. 61
Alberto Manuel POLETTI ADORNO

DERECHOS HUMANOS

El proceso de la adhesión de la Unión Europea al CEDH: ¿una batalla perdida? p. 77
Jorge Antonio JIMÉNEZ CARRERO

Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 18 de diciembre de 2014 p. 103

NOTICIAS FALSAS

Regulación jurídica de las «Fake News» en la UE: ¿Un atentado en contra de la democracia? p. 119
Ronan CIRÉFICE

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVAS

Índice temático Jurisprudencia	p. 143
<i>Ayuda de Estado</i> : Tribunal General, EDF/Comisión, 16 de enero de 2018, T-747/15; TJUE, SNCF Mobilités/Comisión, 7 de marzo de 2018, C-127/16 P	p. 145
<i>Competencia</i> : TJUE, F. Hoffmann-La Roche y otros, 23 de enero de 2018, C-179/16; TJUE, Kühne + Nagel International y otros/Comisión, 1 de febrero de 2018, C-261/16 P, C-263/16 P, C-264/16 P, C-271/16 P	p. 145
<i>Derecho institucional</i> : Tribunal General, De Capitani/Parlamento, 22 de marzo de 2018, T-540/15	p.146
<i>Derechos fundamentales</i> : TJUE, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 27 de febrero de 2018, C-64/16; TJUE, Menci, 20 de marzo de 2018, C-524/15, C-537/16, C-596/16 y C-597/16	p. 146
<i>Espacio de libertad, seguridad y justicia</i> : TJUE, Schrems, 25 de enero de 2018, C-498/16; TJUE, F, 25 de enero de 2018, C-473/16; TJUE, Flightright, 7 de marzo de 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16	p. 147
<i>Inversión</i> : TJUE, Achmea, 6 de marzo de 2016, C-284/16	p. 149
<i>Libertad de establecimiento</i> : TJUE, American Express, 7 de febrero de 2018, C-304/16, C-643/16	p. 150
<i>Libre circulación de capitales</i> : TJUE, Jahin, 18 de enero de 2018, C-45/17; TJUE, SEGRO, 6 de marzo de 2018, C-52/16, C-113/16	p. 150
<i>Libre circulación de personas</i> : TJUE, Matzak, 21 de febrero de 2018, C-518/15	p. 151
<i>Libre prestación de servicios</i> : Tribunal de Justicia, Sporting Odds, 28 de febrero de 2018, C-3/17	p. 152
<i>Medio ambiente y consumidores</i> : TJUE, Comisión/Grecia, 22 de febrero de 2018, C-328/16; TJUE, Comisión/Polonia, 22 de febrero de 2018, C-336/16; Tribunal General, TestBioTech/Comisión, 14 de marzo de 2018, T-33/16	p. 153
<i>Propiedad intelectual e industrial</i> : Tribunal General, Shoe Branding Europe/EUIPO - Adidas, 1 de marzo de 2018, T-85/16, T-629/16; Tribunal General, Cinkciarz.pl/EUIPO (€\$), 8 de marzo de 2018, T-665/16; Tribunal General, Crocs/EUIPO - Gifi Diffusion (Chaussures), 14 de marzo de 2018, T-651/16; Tribunal General, La Mafia Franchises/EUIPO - Italie (La Mafia SE SIENTA A LA MESA), 15 de marzo de 2018, T-1/17	p. 153
<i>Relaciones exteriores</i> : TJUE, Western Sahara Campaign, 27 de febrero de 2018, C-266/16	p. 154
<i>Seguridad social de los trabajadores migrantes</i> : TJUE, Altun y otros, 6 de febrero de 2018, C-359/16; TJUE, Blanco Marqués, 15 de marzo de 2018, C-431/16	p. 154
<i>Trabajadores</i> : TJUE, Porras Guisado, 22 de febrero de 2018, C-103/16; TJUE, John, 28 de febrero de 2018, C-46/17	p. 156
Índice temático Legislación	p. 158

CLUB DE LECTURA

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (<i>Fabrice Picod, Sébastien Van Drooghenbroeck</i>)	p. 161
Derecho del comercio eléctrico (<i>Nuria Encinar Arroyo</i>)	p. 161

Derecho sindical y gobernanza europea. Reformas estructurales en la Zona Euro: la respuesta del Derecho laboral internacional (<i>Mireia Llobera Vila</i>)	p. 162
Innovation and future of the legal profession in Europe - L'innovation et l'avenir de la profession d'avocat en Europe (<i>Michel Bénichou</i>)	p. 162
La Proyección exterior de la UE hacia el Mediterráneo Sur tras las Primaveras Árabes (<i>Alberto Priego Moreno, Steffen Bay Rasmussen</i>)	p. 163
Las (in)seguridades de Europa: una perspectiva crítica (<i>Antonio Campillo Meseguer, Carmen Guillén Lorente, Salvador Cayuela Sánchez</i>)	p. 164
Los procedimientos de celebración de acuerdos internacionales por la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa (<i>Manuel Cienfuegos Mateo</i>)	p. 164
Nuevo Reglamento Europeo de protección de Datos versus Big Data (<i>Faustino Gudín Rodríguez-Magariños</i>)	p. 165
Respuestas normativas de la Unión Europea a la amenaza del Estado Islámico (DAESH) (<i>Juan Jorge Piernas López</i>)	p. 166
Theory and practice of the European Convention on Human Rights (<i>Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak</i>)	p. 167

TU OPINIÓN NOS INTERESA

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)

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**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)

Chrysoula ARCHONTAKI (Grecia)

Roxana BALAUR (Rumanía)

Francisco BARQUIN (México)

Ronan CIRÉFICE (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 SOULARD (Francia)

GLOBALIZACIÓN



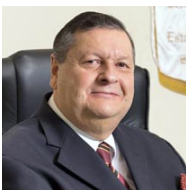
LOS DESAFÍOS POLÍTICOS Y JURÍDICOS DE LA GLOBALIDAD

XAVIER DÍEZ DE URDANIVIA

Doctor en Derecho

*Presidente de la Comisión de los Derechos Humanos
del Estado de Coahuila (CDHEC)*

México



Resumen: Hacia finales del siglo XX se produjo la revolución telemática, que generó efectos inusitados en la expansión de los sistemas sociales, los que dejaron de estar circunscritos a los espacios determinados por las fronteras estatales, para expandirse al ámbito mundial a través del fenómeno conocido generalmente como «globalización». La apariencia inmediata y la celeridad de los cambios en ese terreno han conducido a algunos a pensar que el origen y los principales efectos de la globalización son sólo de naturaleza económica porque ha sido en ese ámbito que primerio y de manera obvia se hizo notar el fenómeno.

Palabras clave: Globalidad, globalización, globalismo.

THE POLITICAL AND LEGAL CHALLENGES OF GLOBALITY

Abstract: Towards the end of the 20th century there was a telematic revolution, which generated unusual effects in the expansion of social systems, which were no longer confined to the spaces determined by state borders, but expanded to the world level through the known phenomenon generally as «globalization». The immediate appearance and speed of the changes in this area have led some to think that the origin and the main effects of globalization are only of an economic nature because it was in this area that the phenomenon was first and obvious to be noted.

Keywords: Globality, globalization, globalism.

LES DÉFIS POLITIQUES ET JURIDIQUES DE LA GLOBALITÉ

Résumé: Vers la fin du XXe siècle, une révolution télématique a produit des effets inhabituels dans l'expansion des systèmes sociaux, qui ne se limitaient plus aux espaces déterminés par les frontières étatiques, mais s'étendaient au niveau mondial à travers le phénomène connu généralement comme «mondialisation». L'apparition immédiate et la rapidité des changements dans ce domaine ont conduit certains à penser que l'origine et les principaux effets de la mondialisation ne sont que de nature économique car c'est dans ce domaine que le phénomène a été le premier et le plus évident.

Mots-clés: Globalité, globalisation, globalisme.

Índice. I. Introducción. II. Acerca de la globalidad, la globalización y el globalismo. III. Efectos y desafíos políticos de la globalidad. IV. Efectos y desafíos jurídicos de la globalidad. V. Reflexión final (a manera de conclusión). VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Hacia finales del siglo XX se produjo la revolución telemática, que generó efectos inusitados en la expansión de los sistemas sociales, los que dejaron de estar circunscritos a los espacios determinados por las fronteras estatales, para expandirse al ámbito mundial a través del fenómeno conocido generalmente como «globalización».

La apariencia inmediata y la celeridad de los cambios en ese terreno han conducido a algunos a pensar que el origen y los principales efectos de la globalización son sólo de naturaleza económica porque ha sido en ese ámbito que primerio y de manera obvia se hizo notar el fenómeno.

A pesar de ello, mi opinión, corroborada largamente con los hechos, es que, a pesar de ser el económico el aspecto más perceptible, no es el único, ni siquiera el más importante, puesto que también los ámbitos de las relaciones y los sistemas políticos y sociales se han visto afectados, y las estructuras jurídicas puestas en jaque, al grado de existir un vacío crítico en cuanto a la estructura jurídica del nuevo sistema global, básicamente porque no existe la previsión necesaria de órganos y procedimientos *ad hoc* para generar normas jurídicas aptas para regular válidamente ese ámbito, dado que el diseño del derecho internacional y las instituciones que a su amparo se han creado se ciñen a las relaciones entre los estados, y lo hace, por regla general, a partir de instrumentos convencionales.

Por razones de método, el presente trabajo se concentrará en los subsistemas político y jurídico, al considerar que si por sistema social se entiende un conjunto de interacciones personales -independientemente de su contenido, extensión o signo- en el que se entrelazan diversos factores físicos, ideológicos, psicológicos, históricos, culturales y de cualquier otro tipo que permitan la acción humana recíproca, cabe sin duda alguna hablar hoy en día de una sociedad global, dada la extensión y naturaleza de las relaciones que en ese nivel de extensión se dan.

«La realidad de los grupos sociales consiste a fin de cuentas en una red de interacciones...» afirma Luis RECASENS SICHES, y ese es un hecho bien acreditado hoy por hoy, mundialmente.

Para delinear apenas los contornos y vislumbrar el fondo de la cuestión planteada en este trabajo es necesario ubicarse en una *perspectiva sistémica*, porque sólo de esa manera será posible detectar los problemas estructurales del sistema social global en los subsistemas político y jurídico.

Es importante, por tanto, dejar sentado que por sistema se entiende aquí todo conjunto de elementos recíprocamente interdependientes, con fundamento en los conceptos de Ludwig von BERTALANFFY (1984) y John P. van GIGCH (1987).

Conviene destacar que es necesario distinguir entre los sistemas cerrados y los sistemas abiertos. Estos últimos, entre los que se encuentran los sistemas sociales, son aquellos que no son inmanentes, sino que, por el contrario, están insertos en un ambiente -compuesto también de sistemas- con el que está relacionado interactivamente. Esta característica es un elemento toral para entender el desempeño de los sistemas sociales en general y, entre ellos, los políticos y jurídicos, que no pueden ser válidamente estudiados, en consecuencia, de manera aislada.

Es de advertirse que, adicionalmente y con el propósito de precisar los conceptos básicos, se hará una breve referencia a las nociones de *globalización*, *globalidad* y *globalismo*, para proceder luego al examen de sus repercusiones en los sistemas sociopolíticos y normativos, a fin de demostrar cómo la *globalización* es un fenómeno integral que afecta no solo a los elementos económicos, sino también, y muy primordialmente, los elementos políticos y jurídicos.

II. ACERCA DE LA GLOBALIDAD, LA GLOBALIZACIÓN Y EL GLOBALISMO

Para mejor entender el fenómeno de la globalización, creo conveniente despojarlo de cargas ideológicas, efecto que, a mi juicio, logra bien Ulrich BECK (1998), quien propone, además, una distinción entre los conceptos de globalismo, globalidad y globalización que a la postre resultará muy útil.

Por globalismo entiende él «la concepción según la cual el mercado mundial desaloja o sustituye al quehacer político; es decir, la ideología del dominio del mercado mundial o la ideología del liberalismo». Por globalidad, el hecho de que «hace ya bastante tiempo que vivimos en una sociedad mundial, de manera que la tesis de los espacios cerrados es ficticia. No hay ningún país ni grupo que pueda vivir al margen de los demás. Es decir, que las distintas formas económicas, culturales y políticas no dejan de entremezclarse [...] Por su parte, la globalización significa los procesos [sic] en virtud de los cuales los Estados nacionales se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios».

Atribuye este autor a la que él llama *ideología del liberalismo* un proceder monocausal y economicista, que reduce la pluridimensionalidad de la globalización a la dimensión económica, a la que, además y como agravante, considera de manera lineal y «pone sobre el tapete (cuando, y si es que, lo hace) todas las demás dimensiones -las globalizaciones ecológica, cultural, política y social- sólo para destacar el presunto predominio del sistema del mercado mundial», lo que ha ocasionado el desplazamiento de la política y el derecho, sus instrumentos, actores y fines, por la economía, o mejor dicho, por los nuevos actores económicos, quienes exigen, cada vez más activa y efectivamente, la supeditación de todas las otras estructuras a los fines propios de su particular afán, que sin importar las actividades diversas a que puedan dedicarse, no es otro, a fin de cuentas, que el *animus lucrandi*.

«La globalización es una verdadera transformación de las sociedades mundiales, cuya expresión quizás más gráfica sea la dilución de las fronteras geográficas entre territorios sometidos al poder de los estados».

BECK (1998) concluye que «la singularidad del proceso de globalización radica (y radicará sin duda también en el futuro) en la ramificación, densidad y estabilidad de sus recíprocas redes de relaciones regionales-globales empíricamente comprobables y de su autodefinición de los medios de comunicación, así como de los espacios sociales y de las citadas corrientes icónicas [sic] en los planos cultural, político, económico [y] militar...», para continuar diciendo que «La sociedad mundial no es, pues, ninguna mega sociedad nacional que contenga -y resuelva en sí- todas las sociedades nacionales, sino un horizonte mundial caracterizado por la multiplicidad y la ausencia de integrabilidad (sic), y que sólo se abre cuando se produce y conserva en actividad y comunicación» (p. 31)¹.

Coincido con BECK en que, a la manera en que la revolución industrial originada en la máquina de vapor produjo las transformaciones sociales, económicas, políticas y hasta ideológicas características de la era industrial, la nueva revolución tecnológica ha detonado una reacción en cadena de transformaciones cualitativas en los sistemas sociales, cuyos alcances no son todavía vislumbrables en su expresión plena.

Es cierto que en la etapa inicial del proceso ha sido el sistema económico el más destacadamente activo y que los más beneficiados han sido en ella las grandes corporaciones transnacionales, pero no pueden pasarse por alto las múltiples muestras de transformación cultural, de integración de redes sociales, de inéditas tensiones políticas y de reacciones que en el nivel mundial suceden cotidianamente.

La globalización es una verdadera transformación de las sociedades mundiales, cuya expresión quizás más gráfica sea la dilución de las fronteras geográficas entre territorios sometidos al poder de los estados.

Se trata del nacimiento de una nueva cultura, de un nuevo modo generalizado de interactuar, de percibir los problemas como comunidad mundial, de reaccionar frente a ellos; se trata, en suma, de una nueva conciencia de pertenencia a una sociedad que ha trascendido todos los límites posibles.

¹ El texto que se ha citado y se tiene a la vista dice *irreversible*, cuando que por el sentido contextual debe entenderse, como ha quedado asentado, *irreversible*. Es, según parece, un error de traducción.

La globalización, en su dimensión sociológica, cuenta con su propia lógica, sus propias dimensiones y sus particulares consecuencias.

Es así que por globalización es de entenderse el *proceso generalizado* que conduce a la configuración de un *suprasistema abierto* (la globalidad) que, en el nivel mundial, está a su vez compuesto de varios sistemas (económico, político, cultural) interactuantes todos entre sí, por lo que no puede ser estudiado alguno de ellos pasando por alto las repercusiones inevitables en los demás.

III. EFECTOS Y DESAFÍOS POLÍTICOS DE LA GLOBALIDAD

En el proceso de globalización se ha propiciado la intensificación generalizada de las relaciones entre los seres humanos, borrando fronteras para casi todo efecto práctico y abriendo cauces inéditos a las comunicaciones entre los individuos, los grupos, las culturas y también entre las instituciones, que no son otra cosa que redes de relaciones.

Con ese fin es necesario discernir las características de todo sistema político, con apoyo en referencias inevitables a los sistemas que componen su ambiente, como lo hace David EASTON (1996), quien propone las siguientes cuatro premisas generales para fundar el análisis político-sistémico:

- a) Es útil -dice- considerar la vida política como sistema de conducta.
- b) Todo sistema se puede distinguir de su ambiente, pero está abierto a influencias procedentes de él.
- c) Las variaciones producidas en los procesos y estructuras internos de un sistema político pueden ser interpretados por los miembros del sistema como esfuerzos alternativos constructivos o positivos para regular o enfrentar las tensiones, no importa si proceden de fuentes internas o de ambientales.
- d) Un sistema político es capaz de subsistir ante una tensión, en función de la información y demás influencias que retroalimentan a los actores de aquél y a quienes en él toman las decisiones (pp. 47 y ss).

Agrega que un sistema se forma cuando las interacciones que lo forman mantienen entre sí una cohesión natural, que es precisamente lo que ha ocurrido tras los intensos procesos de globalización sufridos por los sistemas sociales, y sus subsistemas, en las décadas recientes.

Puede afirmarse, por tanto, según lo hace EASTON, que «...la naturaleza nos proporciona conjuntos de acciones interdependientes tales que cualquier cambio que se produzca en un lugar afectará probablemente lo que ocurra en otra parte. Sólo se incluirán dentro de un sistema las acciones que revelen coherencia y unidad o constituyan un todo».

En otros términos, para definir un sistema político es necesario atender al conjunto de actividades que en verdad interesan para la comprensión de los problemas teóricos que plantea un fenómeno concreto de esa naturaleza, desechando aquellas que sean fútiles. Ello se consigue, dice el autor aludido, cuando «las partes escogidas de la vida política sean relevantes, muestren algún grado de interdependencia y parezcan tener un destino común».

De acuerdo con la proposición de EASTON, serán consideradas aquí políticas *todas aquellas interacciones orientadas predominantemente hacia la asignación autoritaria de valores para una sociedad*, donde se entiende por autoritaria la *orientación hacia un*

destino de conducta respecto de la cual aquellos a quienes se asigna se sienten obligados, acción que claramente denota su vinculación con la noción de poder, y es evidente que el poder que la tradición de los últimos cuatro siglos había hecho descansar en el estado, ha transitado hacia nuevos centros de poder estrictamente globales.

Por esa razón estimo atendible, aunque con alguna reserva, la opinión de Jessica BAÑOS POO (2002): «Hoy en día, aun cuando los Estados-nación siguen siendo los actores centrales en la toma de decisiones en el ámbito internacional, éstos han tenido que transferir amplios poderes hacia

«El viejo paradigma moderno del estado como estructura político jurídica apta para mantener una estructura social coherente y perdurable ha entrado en crisis».

otras esferas. Por una parte, el surgimiento de organizaciones supranacionales ha derivado en la transferencia, hacia arriba, de algunos poderes que antes eran considerados estatales. Los Estados han tenido que aceptar que decisiones que antes eran materia de soberanía estatal, sean hoy tomadas por organismos como la ONU, la OEA, la Unión Europea (UE), la Organización Mundial de Comercio (OMC), entre otras (además de que) el crecimiento del comercio mundial, aparejado al aumento de poder de las empresas transnacionales y del mercado financiero mundial (lo que ha transformado el ámbito de decisión estatal...» (p. 25).

Esa dilución del poder soberano es un factor que mucho influye en la obsolescencia del sistema imperante, pero creo que más importante resulta la transformación -no sólo el desplazamiento- del poder político, que hoy es global y reside en centros diversos del estado, su tradicional detentador durante los últimos trescientos años.

Ya el viejo paradigma moderno del *estado* como estructura político jurídica apta para mantener una estructura social coherente y perdurable ha entrado en crisis, por lo que se hace necesario sustituirlo por uno que responda a la nueva circunstancia del mundo.

¿Cómo diseñarlo para que sea a un tiempo eficaz, legítimo y democrático?

En todo caso, la nueva estructura global tendrá que responder al reto de someter el poder mundial al derecho, y conforme a él ordenar su funcionamiento, para contener sus inevitables tendencias hacia el avance hegemónico y orientarlo en pos de la recuperación de la legitimidad perdida en el horizonte de la circunstancia emergente. Qué se requiere para ello es materia de la que se ocupará el epígrafe subsiguiente. El cómo, será abordado en el capítulo postero, que no contiene propuesta alguna que pretenda ser tajante y definitiva, sino ofrecer una salida, sobre todo metodológica, al intrincado complejo de problemas con que el contexto político de nuestros días desafía a la creatividad y el talento de los seres humanos, en la teoría y en la práctica.

IV. EFECTOS Y DESAFÍOS JURÍDICOS DE LA GLOBALIDAD

Cuando en el contexto global se han diluido los linderos en que la capacidad estatal fue suficiente para garantizar un razonable control de los espacios por él abarcados, sobre todo como garante del interés general dentro de sí mismo, ese efecto estabilizador de las relaciones entre los estados -condición *sine qua non* para la existencia de un orden internacional que de verdad lo sea- desaparece también, y con él la posibilidad,

ontológica y deontológicamente hablando, de generar un orden jurídico legítimo y eficaz.

Hasta hoy, la conjunción de los elementos políticos y jurídicos se había presentado de una manera indisoluble, como expresión de una interacción insoslayable entre subsistemas abiertos que no pueden concebirse unos sin los otros.

En cualquier construcción teórica que tenga al *estado* como base de reflexión, el derecho es una expresión de voluntad imperativa que tiene por función garantizar que los integrantes de un grupo social adoptarán las conductas, individuales y colectivas, predeterminadas por el orden jurídico en vista de los valores prevalentes en un grupo social determinado.

Eso implica varios supuestos: en primer lugar, es necesario que exista un grupo social cuyos perfiles de unidad aporten un cierto grado de identidad que lo haga distinto de otros, en el que las estructuras de vida colectiva sean congruentes con los propios rasgos grupales; en y sobre esa base social, han de existir valores que sean también congruentes con la identidad del grupo, compartidos en su esencia por todos los integrantes de él, de tal manera que orienten en su seno, armónicamente y de la manera más extendida, los comportamientos de todos.

«La necesidad de un orden jurídico estructurador del sistema democrático que reclama como timbre específico del sistema político global es, por lo tanto, palmaria».

Para que esa vía de estructuración social sea efectiva, hace falta que exista un poder social suficientemente arraigado y ampliamente aceptado, capaz, en primer lugar, de expresar esa voluntad colectiva y, en segundo, de imponerla coactivamente, de tal manera que confiera solidez al concierto de conductas socialmente relevantes en el seno del grupo.

En el *estado*, esos presupuestos lógicos son detectables con relativa facilidad. En un contexto *supraestatal*, en el que inclusive el esquema de ordenación denominado *internacional* ha sido rebasado, encontrar respuestas a las interrogantes planteadas por la nueva circunstancia no es tarea fácil.

¿Cómo definir en tales circunstancias los desafíos que se enfrentan globalmente en materia política y también en materia jurídica?

En el fondo y en última instancia, el problema más grave será siempre el de la legitimidad en el acceso y ejercicio del poder, uno que pueda ser construido a partir de los principios de la democracia y salvaguarda de un interés general que no puede, a mi juicio, sino ser definido por la conjunción de las libertades individuales de todos los habitantes del mundo, en un sistema que garantice la armonía de todas ellas.

Hace falta aquello que Elena GARCÍA GUITIÁN (2003) llama *gobernanza global*, es decir, el resultado del conjunto de interacciones que tiene lugar por la confluencia de actores políticos, misma que «describe el sistema de coordinación política (formal e informal) que se da en diferentes niveles (desde lo local a lo global), entre autoridades públicas (Estados y organizaciones gubernamentales internacionales) y agentes privados que intentan cooperar para obtener metas comunes o solucionar problemas colectivos», con el resultado de «un proceso irreversible en el que la autoridad cada vez aparece más desagregada, y ello da lugar a un sistema de gobernanza global compuesto por múltiples

centros de autoridad situados en cada esquina del mundo y en cada nivel de la comunidad» (p. 482).

Un sistema así se caracteriza por la multiplicidad de niveles de agregación sistémica (organismos supraestatales, regionales, los estados, la sociedad civil y las entidades subestatales, como las provincias, los ayuntamientos, etc.); por ser *poliárquico o pluralista*; contar con una *geometría variable* (determinada por las cambiantes relevancia de política y capacidad reguladora de esas instancias, mudable según las materias de que se ocupen y el lugar en que ello ocurra), además de una gran complejidad estructural y un crecimiento constante del papel que juegan los gobiernos estatales como lugares estratégicos para unir todas esas diversas infraestructuras de gobierno y legitimar su actuación.

Ella llama al sistema nacido de esa interacción *demarquía*, que «desde la desconfianza hacia cualquier intento de diseñar una estructura de poder mundial que reproduzca el modelo estatal ante el riesgo de ser instrumentalizada por las potencias mundiales en su beneficio [...] propone un modelo de democracia funcional descentralizado».

Su idea contiene aspectos que creo positivos, aunque no se comparta la perspectiva que apunta hacia autoridades mundiales especializadas «que tratarían problemas concretos y operarían como foros de discusión ciudadana», a los que denomina *comités demárquicos*.

Creo pertinente en este momento retomar la idea de la legitimidad del poder -y se verá claramente una interacción sistémica insoslayable- pues él descansa, en mi opinión, en tres soportes, también interactivos: el interés general (al que algunos se refieren como «bien común»), la democracia y el orden jurídico, cuya validez y eficacia son imposibles de alcanzar en un ámbito rigurosamente global.

¿Qué hacer para, cuando menos, enderezar la proa hacia ese horizonte?

La respuesta no es fácil, pero creo que en lo estructural, una relectura de KANT ayudaría mucho, porque en *La paz perpetua*, anticipó ya, con gran visión, la necesidad de integrar, federativamente y en el nivel mundial, una *federación de naciones* -que no necesariamente de «estados»- sin pretender absurdo alguno como un «gobierno mundial», sino una conjunción en la que cada nación fuera capaz de gobernarse a sí misma y darse su propio derecho, en armonía y con pleno respeto de los valores universales.

Ello naturalmente plantea cuestiones de orden técnico, especialmente para el sistema jurídico, que no será fácil -pero tampoco imposible- resolver, como son, por ejemplo, los mecanismos integradores de los órganos decisorios, el funcionamiento de éstos, la participación social en el proceso de toma de las decisiones o su aprobación, el establecimiento de mecanismos de responsabilidad pública y rendición de cuentas, etc.

Inclusive hay que considerar que hay niveles de actuación política -los más próximos a los ciudadanos- en los que podrían adoptarse sistemas de democracia directa, en los que la participación de ellos sin intermediaciones es cada día más accesible gracias a los medios electrónicos de telecomunicación, aunque en este caso no hay que perder de vista que una de las funciones primordiales -y una de sus virtudes, si bien se cuida- es que la representación permite la integración de órganos capaces de allegarse información suficiente, cualitativa y cuantitativamente, para mejor proveer a las decisiones que haya que tomar, además de que permite, al dar tiempo para la discusión y el diálogo, un nivel de reflexión compartida idealmente mayor.

La necesidad de un orden jurídico estructurador del sistema democrático que reclama como timbre específico del sistema político global es, por lo tanto, palmaria.

No bastaría atender nada más a la instauración de una democracia ajena al interés general y ayuna de juridicidad para resolver el problema.

Por todo lo anterior puede constatarse que la relación entre el poder, su legitimidad y el derecho, es indisoluble, aunque se trate de sistemas diversos, pues ellos no sólo no son sistemas cerrados, sino que están abiertos uno respecto del otro, con gran intensidad de intercambios mutuos.

V. REFLEXIÓN FINAL (A MANERA DE CONCLUSIÓN)

Si el sistema político tiene por función primordial la preservación de los valores colectivos y al sistema jurídico le corresponde fijarlos objetivamente a través de las normas, que son, en sustancia, una expresión de voluntad imperativa y coercible, la vinculación íntima entre ambos es inconcusa.

Contemplada desde una perspectiva exclusivamente jurídica, la expresión *estado de derecho* se antoja tautológica, o cuando menos reiterativa.

Desde el sistema político, en cambio, el derecho es visto como un instrumento que posibilita la realización de actividades y la obtención de fines políticos.

En otros términos, el sistema político requiere imprescindiblemente del jurídico para mantener la validez de los actos políticos, a la vez que puede ser modificada, en tiempo y forma, mediante impulsos políticos.

Por eso LUHMANN (2001) atribuye a la validez jurídica -junto con el dinero proveniente del sistema económico- el carácter de *condición de posibilidad más importante de hacer política*. «Si uno eliminara del pensamiento esta condición, entonces se derrumbaría la política como sistema [...] La política debe la poderosa expansión del campo de sus posibilidades, al derecho y al dinero».

De tal manera, «el sistema político se beneficia con el hecho de que en otra parte (en el derecho) se encuentra codificada y administrada la diferencia entre lo que es conforme a derecho y lo discrepante. A la inversa, el sistema jurídico se beneficia con el hecho de que la paz -la diferencia de poderes claramente establecida y el hecho de que las decisiones se puedan imponer por la fuerza- está asegurada en otra parte: en el sistema político» (p. 36); hay entre ambos una relación *parasitaria*, en el sentido de que uno y otro cuentan con posibilidades de crecer gracias a la fuerza, externa de sí, proveniente del sistema complementario.

La existencia de un sistema político mundial, en términos generales conformado y guiado por la evidente pretensión de imponer valores supeditados al elemento económico, se ha hecho incapaz de encontrar la necesaria legitimidad que, para decirlo con palabras de Francesc de CARRERAS SERRA (1996), no es otra cosa que «asegurar la libertad y la igualdad del hombre o, dicho con más precisión, garantizar la ‘igual libertad’ de todos los hombres» (p. 4).

La que HELD (1966) llama *democracia cosmopolita* pretende la creación de nuevas instituciones políticas, que puedan coexistir con el sistema basado en los estados, pero de tal manera que se ubique en un plano supraestatal, con una clara definición de esferas de actividad, en la que tales esferas cuenten con un demostrable carácter transnacional o internacional por sus consecuencias. Se trata, en principio, de la construcción de vías más amplias de participación ciudadana en los procesos de toma de decisión en los

niveles regional y global, y no simplemente de nuevas instituciones democráticas (pp. 354 y ss).

Todo ello sin olvidar que la sustancia democrática de que deben estar insufladas las instituciones y orientada la conducta de los actores es, sin duda, la garantía de esas «libertades» iguales a que se refirió CARRERAS.

La construcción del sistema jurídico idóneo requerirá, en todo caso, de contar con cualidades que lo hagan factible en términos prácticos, lo que significa que deben existir medidas que, siendo susceptibles de llevarse a la práctica, garanticen la coercibilidad sin la que el derecho es entelequia, al tiempo en que ofrezcan garantías y recursos viables y accesibles para que las personas, sin más limitaciones que las legítimamente impuestas, puedan hacer valer sus derechos ante y contra los órganos del poder.

Para concluir, vale decir con Pedro DE VEGA GARCÍA (1998) que «si bien sin libertad no cabe hablar de democracia, sin democracia -como supuesto estructural y político de la libertad- no cabe tampoco hablar de libertad».

Ninguna de ellas, ni la legitimidad a la que le son indispensables, es viable sin un orden jurídico que estructure el sistema social que las prohíje y estimule, al mismo tiempo que proporcione coherencia, estabilidad, certidumbre y justicia al nuevo orden mundial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BAÑOS POO, Jessica (2002), «Las nuevas estructuras transnacionales y el problema de la justicia global», *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 20, Madrid: UNED, pp. 25-44.

BECK, Ulrich (1998), *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización* (traducción de Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás), Barcelona: Paidós, 226 p.

BERTALANFFY, Ludwig von (1984), *Teoría General de los Sistemas* (traducción de Juan Almela), 4ª reimpresión de la primera edición, México: Fondo de Cultura Económica, 356 p.

CARRERAS SERRA, Francesc de (1996), *El Estado de Derecho como sistema*, Cuadernos y debates, serie minor, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 26 p.

DE VEGA GARCÍA, Pedro (1998), «Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 100, Madrid, pp. 13-56.

EASTON, David (1996), *Esquema para el análisis político*, 7ª reimpresión de la primera edición en castellano (1969), Buenos Aires: Amorrortu editores, 192 p.

GARCÍA GUITIÁN, Elena (2003), «Sociedad transnacional y democracia cosmopolita», en Aurelio ARTETA, Elena GARCÍA GUITIÁN y Ramón MÁIZ (editores), *Teoría política: poder, moral, democracia*, Madrid: Alianza Editorial, pp. 478-487.

GIGCH, John P. Van (1993), *Teoría General de Sistemas*, 3ª reimpresión de la segunda edición en español (1987), México: Trillas.

HELD, David (1966), *Models of Democracy*, 2ª edición, Stanford: Stanford University Press, 400 p.

KANT, Manuel (2000), *La paz perpetua* (traducción de F. Rivera Pastor), reimpresión de la 1ª edición (1972), Colección «Sepan Cuantos...», México: Porrúa.

LUHMANN, Niklas (2001), *Poder, política y derecho* (traducción de Javier Torres Nafarrete), *Metapolítica*, Vol. 5, n.º 20, México.

COMENTA ESTE ARTÍCULO

**EDITORIAL JURÍDICA
100 % DIGITAL**

JURI-DILEYC.COM



INFO@JURI-DILEYC.COM

MIGRACIÓN: EMPLEO INFORMAL

MIGRACIÓN LABORAL Y EMPLEO INFORMAL EN AMÉRICA LATINA: ANÁLISIS JURÍDICO-LABORAL¹ERICA FLORINA CARMONA BAYONA²*Doctora en Derecho**Profesora de Derecho Laboral**Universidad Santiago de Cali (Colombia)*

Resumen: Los trabajadores migrantes constituyen un grupo poblacional vulnerable. Asimismo, esta población puede tener más posibilidades de vincularse a un empleo informal cuando tiene un bajo nivel de escolaridad e incluso cuando los Estados de destino adoptan medidas legales que restringen la migración amparados en un enfoque de protección de la seguridad nacional. Estas situaciones aumentan las posibilidades de los trabajadores migrantes de vincularse a empleos informales que se

¹ Este artículo es resultado del proyecto de investigación de la Universidad Santiago de Cali (Colombia) titulado «La segmentación del mercado de trabajo colombiano: una mirada desde la teoría de los mercados segmentados», identificado con código DGI-COCEIN-No.421-621116-D84. El trabajo se presentó como ponencia libre en el V Congreso Iberoamericano y Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social «Las Migraciones y su Transversalidad», que se celebró en la Universidad de Alcalá (España), los días 9 y 10 de noviembre de 2017.

² Miembro del grupo de investigación GICPODERI de la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali (Colombia).

caracterizan por bajas retribuciones y desconocimiento de los derechos laborales. En atención a ese contexto nos proponemos abordar la migración laboral en Latinoamérica atendiendo a la relación que existe entre esta y el empleo informal desde una perspectiva jurídico-laboral.

Palabras clave: Migración laboral, empleo informal, Latinoamérica, Derecho del Trabajo.

LABOR MIGRATION AND INFORMAL EMPLOYMENT IN LATIN AMERICA: LEGAL-LABOR ANALYSIS

Abstract: Migrant workers constitute a vulnerable population group. Likewise, this population may have more possibilities of joining an informal employment when it has a low level of schooling and even when the States of destination adopt legal measures that restrict migration protected by a focus on the protection of national security. These situations increase the possibilities of migrant workers to link to informal jobs characterized by low pay and ignorance of labor rights. Considering this context, we propose to address labor migration in Latin America, taking into account the relationship between this and informal employment from a legal-labor perspective.

Keywords: Labor migration, informal employment, Latin America, Labor Law.

MIGRATION DE TRAVAIL ET EMPLOI INFORMEL EN AMÉRIQUE LATINE: ANALYSE LÉGALE-MAIN-D'ŒUVRE

Résumé: Les travailleurs migrants constituent un groupe de population vulnérable. De même, cette population peut avoir plus de possibilités d'accéder à un emploi informel lorsqu'elle a un faible niveau de scolarité et même lorsque les États de destination adoptent des mesures légales limitant les migrations protégées en mettant l'accent sur la protection de la sécurité nationale. Ces situations augmentent les possibilités pour les travailleurs migrants de se lier à des emplois informels caractérisés par de faibles salaires et une ignorance des droits du travail. À la lumière de ce contexte, nous proposons d'aborder la question de la migration de main-d'œuvre en Amérique Latine, en tenant compte de la relation entre cet emploi et l'emploi informel du point de vue légal du travail.

Mots-clés: Migration de main-d'œuvre, emploi informel, Amérique latine, droit du travail.

Índice. I. Introducción. II. Migración laboral y derecho del trabajo. III. El empleo informal como un problema jurídico-laboral. IV. La migración en Latinoamérica y el empleo informal. IV.1. La inmigración laboral y el empleo en República Dominicana: el caso de los haitianos. IV.2. La inmigración laboral y el empleo informal en la Argentina. IV.3. El empleo informal de los migrantes venezolanos en Colombia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno migratorio es a escala global y de carácter complejo, pues, las personas cambian de país atendiendo a varias causas, dentro de las que se encuentra la laboral.

Las personas deciden o se ven obligadas a movilizarse a otro país para trabajar en él y así mejorar sus condiciones de vida y las de su núcleo familiar. El análisis de la perspectiva laboral de las migraciones es necesario, atendiendo a que el ejercicio del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas incide en el bienestar de la población y tiene repercusiones en la competitividad y productividad de un Estado.

Los trabajadores migrantes constituyen un grupo poblacional vulnerable, sobre todo cuando tienen bajos niveles de escolaridad e incluso cuando provienen de un país con niveles de pobreza superior al país de destino. Por tanto, son susceptibles de ser discriminados en el acceso al empleo o en las condiciones de trabajo, si se comparan con los trabajadores nativos o de otros Estados con mejor nivel de desarrollo. El trabajador migrante que cumple con ese perfil suele ser objeto de prejuicios. Muchas veces se considera que vienen al país de empleo a arrebatar el trabajo a los nativos y a abaratar los salarios, aceptando frecuentemente remuneraciones bajas, especialmente cuando tienen la necesidad de asistir económicamente a su familia. Además, empleadores poco escrupulosos prefieren aprovechar esta mano de obra barata que supone una disminución de costes. Lo antes descrito conlleva casi necesariamente a que los inmigrantes tengan más probabilidades de vincularse a empleos informales.

En este contexto nos proponemos estudiar la relación entre la migración laboral en América Latina y el empleo informal. Puesto que, una gran proporción de trabajadores migrantes se dedican a hacer trabajos por cuenta ajena en relaciones de subordinación que se encuentran en la economía informal. Para lograr nuestro objetivo, en primer lugar, analizamos documentos de la OIT sobre la migración laboral en Latinoamérica para identificar las relaciones con el empleo informal. En segundo lugar, interpretamos las normas internacionales y nacionales sobre la materia. En particular, detallamos las leyes migratorias de República Dominicana y La Argentina, por ser los países con mayor proporción de migrantes en empleos informales. El estudio de esas regulaciones se hace para identificar si las distintas normativas propician la informalidad o propenden por el tratamiento de la migración bajo un enfoque de protección de los derechos. Finalmente, analizamos el caso de los migrantes venezolanos en Colombia e identificaremos las circunstancias que podrían propiciar la realización de trabajos informales.

II. MIGRACIÓN LABORAL Y DERECHO DEL TRABAJO

La Organización Internacional de las Migraciones (en adelante OIM) define la migración laboral como «el movimiento de personas desde el país de origen al país de destino con el objeto de trabajar» (sf., p. 1). Su principal finalidad consiste en poder obtener los medios de subsistencia necesarios para mejorar la calidad de vida tanto del trabajador como de su familia. Ahora bien, es cierto que esas consideraciones económicas suelen prevalecer en ese tipo de situaciones, pero no siempre es el punto determinante. Otros factores tales como lograr unas aspiraciones personales o un proyecto de vida deben tomarse en consideración. En ese sentido, y siguiendo a Roldán Dávila, la migración laboral vendría determinada por la decisión tomada por la persona migrante tras un análisis de costo-beneficio: permanecer en el país de origen o explorar nuevas oportunidades en un país que necesita mano de obra, que retribuye el trabajo con mejores salarios o que es la única opción ante la situación social y económica que vive (2012).

El fenómeno migratorio laboral puede ser abordado desde diversas áreas del conocimiento. Por ejemplo, los economistas han estudiado sus causas, refiriéndose a la

necesidad de las economías desarrolladas de aprovechar la mano de obra migrante barata y la incapacidad del mercado laboral del país de origen de colocar a esos trabajadores (ROLDÁN DÁVILA, 2012, p. 89). Debido a que nuestro ámbito de estudio es el Derecho del Trabajo, nos proponemos destacar la relación que existe entre migración laboral y Derecho del Trabajo.

Las normas internacionales del trabajo definen al trabajador migrante como la «persona que emigra de un país otro a ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta» (OIT, convenios 97, 143 y Recomendación n.º 86). Además, tendrán esa calidad los admitidos como tales en el país de destino. Ahora bien, el fenómeno migratorio es de carácter transnacional y global (OIT, 2016, p. 79) mientras el Derecho del Trabajo es de carácter local, aunque se nutre de normas internacionales y sufre procesos de transformación como consecuencia de la mundialización de la economía (SANGUINETI RAYMOND, 2013, pp. 39-43). No obstante, cuando el trabajador migrante llega al lugar de destino será sujeto de aplicación del derecho nacional. Este sistema normativo estará armonizado con las normas internacionales que sean de aplicación directa en el país de destino, como los Principios y Derechos fundamentales en el Trabajo (OIT, 1998) y los convenios de la OIT que haya ratificado ese Estado, especialmente los números 97 y 143 relativos a los trabajadores migrantes.

«Los trabajadores migrantes constituyen un grupo poblacional vulnerable, sobre todo cuando tienen bajos niveles de escolaridad e incluso cuando provienen de un país con niveles de pobreza superior al país de destino».

Una de las notas características del Derecho Laboral es que regula el trabajo por cuenta ajena, en contraposición con el trabajo por cuenta propia. Al respecto, MONTOYA MELGAR sostiene que el trabajo es por cuenta ajena «en el sentido que la utilidad patrimonial del trabajo se atribuye a persona distinta del propio trabajador», esto es, al empleador (2013, p. 39). La utilidad que genera el trabajo no la percibe el empleado de forma directa, sino que la aprovecha el empleador quien solo le retribuye una parte de esa utilidad al trabajador en forma de salario (MONTOYA MELGAR, 2013, p. 39). La definición de trabajador migratorio, citada en el párrafo anterior, excluye como tal a quien realice el trabajo por su propia cuenta. En ese sentido, se identifican como trabajadores migrantes a los sujetos que emigran a un país distinto al suyo y en él realizan la actividad personal a favor de un tercero, quien se beneficia de la utilidad personal del trabajo y solo remunera al trabajador una parte de ella.

En la teoría laboralista, el trabajo objeto de regulación, además de ser por cuenta ajena, debe ser un trabajo personal, voluntario y subordinado. La subordinación jurídica se concibe como la nota de mayor relevancia en lo que respecta a la delimitación conceptual, y por tanto a la identificación práctica del trabajo asalariado (MALDONADO MONTOYA, 2017). La referencia específica que hacen los convenios de la OIT respecto a que se considera trabajador migrante a quien no ocupará un empleo por su propia cuenta nos permite inferir que estas personas podrán realizar actividades remuneradas reguladas por el Derecho del Trabajo.

Es preciso destacar que la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias* (1990) contiene una definición más amplia del trabajador migratorio. El artículo 2 define como trabajador

migratorio a «toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional». Por tanto, reconoce como tales a los trabajadores fronterizos, a los trabajadores por temporada, al trabajador marino, al trabajador en una estructura marina, al trabajador itinerante, al trabajador vinculado a proyecto y al trabajador con empleo concreto. La Convención admite, en las modalidades de trabajador migratorio marino, en una estructura marina, trabajador vinculado a proyecto y trabajador con empleo concreto, la existencia de una relación laboral dado que se reconoce que estos estarán a cargo de un empleador.

Por otra parte, el texto señalado considera como trabajador migratorio a quien «realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad, trabajando normalmente solo o junto con sus familiares, así como todo otro trabajador migratorio reconocido como trabajador por cuenta propia por la legislación aplicable del Estado de empleo o por acuerdos bilaterales o multilaterales» (art. 2.h). De la interpretación de esta norma se desprende que aquellos trabajadores migrantes que realicen actividades por cuenta ajena tendrán o deberán tener un contrato de trabajo, regulado por la normativa laboral del país de destino.

III. EL EMPLEO INFORMAL COMO UN PROBLEMA JURÍDICO-LABORAL

Según datos de la OIT la informalidad laboral representa un 46,8% del empleo de América Latina y del Caribe (OIT, 2014a, pp. 53 y 54)¹. De esta información se desprende que un porcentaje importante de la fuerza de trabajo de la región está empleada en trabajos poco productivos, que se caracterizan por percibir remuneraciones bajas. Sin lugar a duda, esta situación impacta muy negativamente en el desarrollo económico y social latinoamericano.

En el estudio del fenómeno del empleo informal se utilizan diversas terminologías, como lo es la economía informal. Este concepto toma en consideración directamente el empleo sin atender al sector en que se desarrolle el trabajo. En ese sentido, la Recomendación n.º 204 de la OIT del año 2015, *sobre la transición de la economía informal a la economía formal*, la define como aquella que «hace referencia a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que -en la legislación o en la práctica- están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto».

Según la anterior definición, en la categoría de empleo informal se agrupan las distintas situaciones en el empleo que pueden presentarse en la economía informal, dentro de las que encontramos a los sujetos que poseen y explotan unidades económicas en la economía informal, que pueden ser, los trabajadores por cuenta propia, los empleadores, los miembros de las cooperativas y de unidades de economía social solidaria (OIT, 2013, pp. 55 y 56)² y los hogares (parte I. 4 de la Recomendación) (OIT, 2017, p. 12).

¹ Los datos excluyen el empleo agrícola y se refiere a 14 países.

² En la 17.ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo se expuso que se consideran con empleo informal «Los trabajadores por cuenta propia y los empleadores dueños de sus propias empresas del sector del sector informal (...). La situación en el empleo de los trabajadores por cuenta propia y de los empleadores es casi indisoluble del tipo de empresa de la que son propietarios. La naturaleza informal de esos puestos de trabajo es, pues, consecuencia directa de las características de la empresa». Por su parte, respecto de los trabajadores miembros de las cooperativas de productores informales, se sostiene que «La naturaleza informal de sus puestos de trabajo se desprende directamente de las características de la cooperativa de la que son miembros».

También se enmarcan en esa categoría a los trabajadores asalariados con empleo informal, cuya «relación de trabajo no se rige por la legislación laboral común, no tributan, ni gozan de protección social o de determinadas prestaciones relacionadas con el empleo (preaviso al despido, indemnización por despido, vacaciones anuales pagadas o licencia por enfermedad, etc.)» (TOKMAN, 2007, p. 98; OIT, 2003, p. 56). Es importante aclarar que estos trabajadores pueden prestar sus servicios tanto en empresas formales como en unidades económicas de la economía informal. En el mismo orden de ideas, se incluyen en esa misma categoría a los trabajadores que trabajen para esas empresas o unidades económicas de la economía informal. Al respecto, la Recomendación n.º 204 de la OIT incluye, como ejemplos, a los trabajadores subcontratados, los que hacen parte de las cadenas de suministro, los que trabajan en hogares como trabajadores domésticos remunerados y los trabajadores cuyas relaciones de trabajo no están reconocidas o reguladas [Parte I, punto 4. c) y d)].

Como bien podemos observar, este fenómeno significa, en gran medida, la exclusión de la aplicación del Derecho del Trabajo a un grupo sustancial de trabajadores, puesto que no están «*reconocidos ni protegidos dentro de los marcos jurídicos reglamentarios*» (OIT, 2002, p. 3). La legislación laboral y de Seguridad Social no se aplica a esas personas o no se hace cumplir (OIT, 2002, p. 6). Por tanto, analizar la informalidad laboral como un problema jurídico implica reconocer la falta de efectividad de las normas que regulan el trabajo asalariado.

La efectividad jurídica, sostiene JEAMMAUD (1984), «se concibe como la aplicación efectiva, real, de las reglas vigentes a los casos concretos que regulan». Además, añade el autor, que el concepto de efectividad carece de claridad, situación que dificulta medir o estudiar la efectividad del derecho. No obstante, existen situaciones en las que es patente la ineffectividad de algunas instituciones jurídicas. En ese sentido, la magnitud del empleo informal en Latinoamérica (46,8%) demuestra claramente la ineffectividad de la institución jurídico-laboral del trabajo asalariado como objeto de regulación y protección por el Derecho del Trabajo.

La tasa de informalidad de la región está compuesta por un 30,5%, que corresponde a los trabajadores que ocupan empleos informales en el sector informal³. Por otra parte, el 11,4% representa al empleo informal en el sector formal, en el que se encuentran las empresas creadas y registradas conforme a la legislación. Las causas de esta informalidad permiten comprobar aún más la ineffectividad del Derecho del Trabajo, pues viene dada, principalmente, por el incumplimiento de las normas, que tiene como causa el desconocimiento de la ley, motivado por la incapacidad económica o por la debilidad de la institucionalidad de los Estados. Finalmente, encontramos, con un 4,9%, el empleo informal en los hogares constituido principalmente por trabajadores del servicio doméstico (OIT, 2014a, p. 11).

Los datos de informalidad laboral para América Latina y el Caribe presentan importantes diferencias entre los países: Guatemala es el país con mayor porcentaje de empleo informal (73,6%). Le sigue Honduras (72,8%), El Salvador (65,6%), Perú (64,1%), Paraguay (63,8%), Colombia (54,4%), México (53,7%) y República Dominicana (51,2%). En cambio, Costa Rica tiene la menor tasa de informalidad (30,7%), seguido por Uruguay (33,1%), Brasil (36,4%), Panamá (40,4%), Argentina

³ En el sector informal están los empleadores y trabajadores por cuenta propia, los asalariados de unidades de producción no registradas. Estas últimas se caracterizan porque son pequeñas, de poco capital y operan a pequeña escala (OIT, 2014a, p.11).

(46,7%) y Ecuador (49,3%) (OIT, 2014a, pp. 53 y 54). Como podemos observar, la ineffectividad del Derecho Laboral es patente, aunque se debe relativizar en atención a la variación del porcentaje de informalidad en cada país.

IV. LA MIGRACIÓN EN LATINOAMÉRICA Y EL EMPLEO INFORMAL

IV.1. Características generales

Las guerras que se vivieron en el mundo durante los siglos XIX y XX, así como las persecuciones de diferentes colectivos, principalmente por situaciones políticas, tuvieron como consecuencia para los países latinoamericanos una importante recepción de inmigrantes (CEPAL-OIT, 2017, p. 16). Los flujos migratorios han variado y se han fortalecido corredores intrarregionales, que, en todo caso, coexisten con los corredores extrarregionales como los que tienen como destino Estados Unidos y España (OIT, 2016).

En el estudio *La migración laboral en América Latina y el Caribe. Diagnóstico, estrategia y líneas de trabajo de la OIT en la región* (2016), la Organización Internacional del Trabajo identifica los principales corredores migratorios intraregionales y sus características. Al respecto, expone que existen nueve corredores migratorios intrarregionales: i) los nicaragüenses, panameños y centroamericanos a Costa Rica; ii) los centroamericanos a Panamá; iii) los centroamericanos a Belice; iv) los haitianos a República Dominicana; v) los caribeños a Trinidad y Tobago; vi) los bolivianos, paraguayos, peruanos y ecuatorianos a Argentina; vii) haitianos y paraguayos a Brasil; viii) peruanos y argentinos a Chile; ix) y colombianos y ecuatorianos a Venezuela⁴.

La OIT destaca que ha existido un incremento de la feminización del trabajador migrante (2016, pp. 67-68). El 55,7% de las mujeres migrantes participan en la fuerza laboral de América Latina y el Caribe (OIT, 2016, p. 68). Según datos de la CEPAL-OIT, 2010-2013), las inmigrantes son mayoría en Uruguay con un 55,4%, en Chile con un 54,6%, en Argentina con un 54,0%, en Costa Rica con un 51,9%, en Paraguay representan el 50,9% y en Venezuela el 50,5%. Por su parte, en la República Dominicana y Brasil la representación por sexo es mayoritaria para los hombres (61,5% y 59,65 respectivamente) (2017, p. 18).

El incremento de la participación de la mujer en las migraciones se puede constatar en los flujos hacia Chile, país en el que la población inmigrante de sexo femenino supera el 51% (LUPICA, 2016)⁵. Además, existe una gran necesidad de trabajadores para realizar las tareas domésticas y de cuidado a las que no se están dedicando los trabajadores nacionales. Al ser estas unas labores muy feminizadas, son las mujeres inmigrantes quienes se encargan, mayoritariamente, de estos trabajos (OIT, 2016, p. 48).

Otra de las características destacables de los flujos migratorios se refiere a que la mano de obra migrante se emplea con mayor facilidad en trabajos informales. El hecho de que estén más predispuestos que la población nativa a vincularse a un empleo informal tiene su explicación en varios aspectos concurrentes. Por un lado, debemos partir del tratamiento, desde la perspectiva de la seguridad nacional, que han dado los Estados a las migraciones internacionales. Más precisamente, la falta de gestión hace

⁴ Respecto a este último debemos destacar que la crisis política, económica y social que vive Venezuela ha cambiado la tendencia. Ahora los venezolanos están migrando hacia Colombia, su vecino directo.

⁵ La autora citada destaca que la participación es del 51,9%. En el informe de la CEPAL-OIT, referenciado en el texto, se señala que corresponde al 54,6%.

que no se aborde la dimensión laboral de la migración, trayendo como consecuencia que sea débil o nula la actuación Estatal tendiente a lograr la inserción laboral decente de los inmigrantes (OIT, 2016).

Además, esta inacción incide en que la ciudadanía nativa tenga prevenciones, rechazo e incluso animadversión hacia la persona inmigrante. Asimismo, las restricciones de los Estados, respecto al ingreso a su territorio de los inmigrantes, se ve reflejado en las regulaciones migratorias poco flexibles cuyo incumplimiento pone al migrante ad portas de la informalidad. De lo anterior resulta que el migrante ingresa a un empleo informal, aunque su situación migratoria sea regular. Nos referimos a casos tales como los familiares del trabajador migrante a quien no se le reconoce permiso de trabajo, estudiantes migrantes con permiso de trabajo a tiempo parcial, solicitantes de asilo sin permiso de trabajo (OIT, 2016, p. 72).

«En los corredores migratorios intrarregionales, los países con mayor flujo de inmigración laboral son Argentina, Costa Rica y República Dominicana».

Por otro lado, también ayuda a explicar la predisposición de los inmigrantes a ingresar en la informalidad laboral los bajos niveles de formación. La persona que carece de formación o cuyo nivel es bajo tiene mayores dificultades para ingresar a un empleo formal por los requisitos que se exigen. En cambio, tiene más posibilidades de encontrar un empleo informal por su baja productividad. Asimismo, cabe resaltar que en la economía informal no se exigen conocimientos especializados por cuanto usan tecnologías de «trabajo-intensivas» (GALLART, 2005, p. 134), que se basan en tareas repetitivas. Esta relación entre bajos niveles de formación y empleo informal, se explica, a su vez, en las falencias de los Estados en brindar servicios de enseñanza de calidad a la población (SAAVEDRA & TOMMASI, 2007, p. 316), que podrían constituir una oportunidad de mejora de sus circunstancias.

De todo lo anterior se desprende que los trabajadores migrantes, más vulnerables por su propia condición, reciben con frecuencia tratos discriminatorios. Ante esta realidad las normas internacionales intentan proteger a esta población: por ejemplo, el convenio 137 de la OIT, se refiere, entre otros, a la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias (1990), se refiere específicamente en el art. 7 a la no discriminación en el reconocimiento de derechos, en particular, a la igualdad de trato respecto a la remuneración, las condiciones de trabajo y empleo (art. 25).

En los corredores migratorios intrarregionales, los países con mayor flujo de inmigración laboral son Argentina, Costa Rica y República Dominicana (CEPAL-OIT, 2017, p. 26). Asimismo, son estos países, especialmente República Dominicana (VI.2) y Argentina (IV.3) los que tienen mayor proporción de trabajadores inmigrantes en la informalidad. Por ejemplo, la magnitud de la informalidad alcanza en República Dominicana el 83,6% en el sector agrario y el 90% en el de la construcción, mientras que en Argentina esa tasa representa un 67,4% (OIT, 2015, p. 57; CEPAL-OIT, 2017, p. 26).

En contraste con los datos expuestos en el párrafo anterior, la tasa de informalidad de los inmigrantes en Costa Rica, representados mayoritariamente por nicaragüenses, es

menor: para el año 2013 era de 29% (CEPAL-OIT, 2017, p. 26); para el año 2014 representaba el 11% (INEC), caracterizándose por ser trabajadores dependientes que laboran en el sector «primario, comercio, construcción y en mayor medida actividades de los hogares como empleadores» (INEC, 2015, p. 18).

La tasa de informalidad de los trabajadores inmigrantes en Costa Rica tiene una fuerte relación con la tasa de informalidad general. En su estudio temático sobre *Transición a la formalidad en América Latina y el Caribe*, la OIT destaca a Costa Rica como el país con la menor informalidad de la región con un 30,7% (2014, pp. 53 y 54). Sin embargo, esta tasa aumentó durante el IV trimestre de 2014, quedando en un 45% (INEC, 2015, p. 14). Finalmente, las tendencias y el empleo informal en Colombia realizado por los migrantes venezolanos, bien regulares, bien irregulares, merecen igualmente que nos detengamos en su análisis. Destino temporal o permanente de muchos venezolanos, la migración venezolana en Colombia está propiciando una situación sin precedente para su vecino (VI.4).

IV. 2. La inmigración laboral y el empleo en República Dominicana: el caso de los haitianos

El 87,7% de la inmigración laboral proviene de Haití: el 83,6% labora en la informalidad en el sector agrario, y un 90% está vinculado en empleos informales en el sector de la construcción (OIT, 2016, p. 33; CEPAL-OIT, 2017, p. 26). Precisamente, este sector es el que más concentra empleos informales en el país, dato que ha aumentado un 10,4% de 2009 a 2013, pasando de un 74,9% a un 85,3% (OIT, 2014, pp. 69 y 70).

Los inmigrantes haitianos suelen tener bajos niveles de formación. Según datos de 2012, el 47,8% tiene un nivel básico o primario, el 21,6% un nivel secundario y un porcentaje muy reducido del 5,7% tiene estudios universitarios y de posgrado. Asimismo, el 22,3% carece de un nivel de escolaridad (ANTEZANA RIMASA, 2013, p. 16). Además, estos inmigrantes ingresan de forma irregular (OIT, 2016, p. 33; ANTEZANA RIMASA, 2013, p. 5). Sin lugar a duda, estos factores favorecen su inserción en empleos informales.

La ley migratoria dominicana n.º 285-2004, de 15 de agosto de 2004, y su Reglamento n.º 631-2011, de 19 de octubre de 2011, priorizan la migración laboral controlada con el fin de que ingresen «los recursos humanos que requiera el desarrollo del país» (art. 3, Ley 285). Este control es acorde a la Constitución (2010), que prevé en su disposición relativa al derecho al trabajo, que es de «alto interés la aplicación de las normas laborales relativas a la nacionalización del trabajo» (art. 62.10). En ese sentido, el objetivo es permitir el ingreso de inmigrantes cualificados, siempre y cuando se respeten las cuotas de nacionales, que son mínimo el 80% del número total de trabajadores de una empresa (art. 135 del Código del Trabajo, Ley 16-92).

En cuanto a los derechos laborales, la norma migratoria dominicana restringe el reconocimiento efectivo de los derechos derivados del trabajo solo a quienes están en situación regular. El art. 26 de la Ley 285-2004 prevé que «Los extranjeros habilitados para trabajar según su categoría o subcategoría de ingreso, gozarán de la protección de las leyes laborales y sociales». *A contrario sensu* se interpreta que quienes no estén autorizados para trabajar, aunque trabajen, no podrán reclamar sus derechos laborales y el acceso a la protección social. Sin duda alguna, esta norma fomenta la informalidad al excluir al empleador, que aprovecha el trabajo de un inmigrante irregular, de la sujeción a las normas sociales. También un sector importante de la doctrina ha cuestionado dicha regulación por cuanto «contradice el principio constitucional de igualdad, el principio de territorialidad de las leyes laborales que consagra el código de Trabajo y el principio

de igualdad, que también recoge el Código de Trabajo» (ANTEZANA RIMASSA, 2013, p. 29).

De otro lado, la ley migratoria solo regula una subcategoría de trabajadores temporeros que permite a los trabajadores con poco o nula formación realizar oficios de forma temporal. Según la norma, los trabajadores temporeros se conciben como «todos aquellos extranjeros que ingresan al territorio nacional para prestar sus servicios laborales por un tiempo determinado, y bajo contrato, de forma individual o formando parte de contingentes, por personas físicas o morales que explotan en el país unidades económicas de producción, distribución de bienes y servicios, y de acuerdo a las asignaciones de cuotas y planes de política migratorias que elabore el Consejo Nacional de Migración» (art. 36.5 Ley 285-2004). En esta subcategoría podrían ubicarse un porcentaje importante de inmigrantes haitianos, caracterizados por sus bajos niveles de formación.

A pesar de que la norma prevé una situación de empleo regular (los trabajadores temporeros), al tiempo propicia el empleo informal debido que estos trabajadores no cotizan para obtener una pensión de vejez (SECRETARÍA DE ESTADO DE ECONOMÍA, PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO, BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, BANCO MUNDIAL, 2007, p. 29). La anterior conclusión tiene como sustento que la subcategoría de trabajadores temporeros hace parte de la categoría de los no residentes quienes, a su vez, están excluidos de la aplicación de la ley de seguridad social. Esto debido a que el artículo 5 de la Ley 87-2001 regula de forma expresa que «Tienen derecho a ser afiliados al Sistema Dominicano de Seguridad Social (SDSS) todos los ciudadanos dominicanos y los residentes legales en el territorio nacional». Así, al no ser residentes, están excluidos del derecho a la protección social.

Siguiendo con esta modalidad de empleo, la autoridad migratoria dominicana sostiene que en el permiso que otorga a la persona indicará el empleador, el tipo de trabajo y la zona geográfica donde prestará el servicio personal. Esta situación, crea una relación de «sujeción al empleador», que restringe la libertad de locomoción del trabajador, lo que podría favorecer un aprovechamiento por parte de «empleadores inescrupulosos» (ANTEZANA RIMASSA, 2013, p. 26). Además, esta regulación restringe la libertad de trabajo al no otorgarle un plazo para buscar un nuevo empleo o una prórroga al término del contrato. Se produce un cambio automático de estatus, pasando a ser trabajador irregular, susceptible de sanción.

La regulación de los trabajadores temporeros en la ley migratoria incentiva claramente la vinculación del trabajador a un empleo informal. El cambio de estatus de trabajador regular a irregular se presenta cuando cambien de empleador, realicen trabajos en zonas no autorizadas para trabajar o realicen actividades laborales distintas para las que fueron contratados (art. 56 Ley 285-2004). Si bien, no está demostrada la relación causa-efecto entre la migración irregular y el empleo informal, la condición de migrante irregular constituye «un factor determinante que impida el paso a la formalidad en el empleo según las políticas y prácticas migratorias de cada país» (OIT, 2016, p. 71). Por tanto, el migrante irregular tendrá, ciertamente, más opciones en el sector informal que en el formal.

IV. 3. La inmigración laboral y el empleo informal en Argentina

La tasa de informalidad laboral en Argentina está entre las cinco más bajas de Latinoamérica, correspondiendo al 46,7% (OIT, 2014, p. 53). Sin embargo, cuando se observa con más detalle la situación, se encuentra que, a pesar de esos datos, existe una espectacular participación en el empleo informal de los trabajadores inmigrantes

latinoamericanos con un 67,4%, frente a un 41,7% de no migrantes (OIT, 2015, p. 57). La política migratoria argentina contenida en la Ley migratoria 25.871 le da un tratamiento basado en el respeto y la promoción de derechos. Además, reconoce de forma expresa que «El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad» (art. 4). En materia de relaciones de trabajo, ello implica garantizar a los extranjeros y sus familias acceso igualitario al empleo y a las condiciones de trabajo (art. 6).

En todo caso, únicamente el migrante regular podrá trabajar en actividades remuneradas por cuenta propia o ajena (art. 53 Ley 25.871). Tendrán esa condición quienes ingresen en calidad de residente permanente (art. 22),

«La tasa de informalidad laboral en Argentina está entre las cinco más bajas de Latinoamérica».

residente temporario en la subcategoría de trabajador migrante (art. 23) y los residentes transitorios en la subcategoría de trabajadores migratorios estacionales (art. 24). En estos dos últimos casos, el trabajador puede permanecer en el territorio durante el plazo autorizado y sus prórrogas. Un aspecto destacable de la regulación frente a los derechos laborales consiste en que, a pesar de que el trabajador no esté en una situación administrativa regular, se le reconocen los derechos nacidos de la relación de trabajo que haya iniciado pese a no estar autorizado (art. 56). Claramente, esta disposición no estimula el aprovechamiento de la mano de obra inmigrante en empleos informales con una precaria o nula retribución, pues el empleador deberá reconocer y pagar al trabajador todos los derechos que se hayan causado. Además, podrá ser sancionado por contratar a un trabajador migrante irregular (art. 59).

Este tratamiento es acorde a los derechos que se reconocen a los trabajadores en los convenios fundamentales de la OIT ratificados por el país y en las normas internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, el enfoque de respeto y promoción de los derechos de los trabajadores migrantes es conforme a la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la ONU, el 18 de diciembre de 1990 y ratificada por el órgano legislativo argentino mediante Ley 26.202 promulgada el 10 de enero de 2007, con posterioridad a la ley migratoria de 2004.

La participación de los trabajadores inmigrantes latinoamericanos en el empleo informal argentino no está determinada por la situación migratoria irregular, al contrario del mercado de trabajo dominicano (respecto de los migrantes haitianos irregulares). En un estudio sobre migraciones laborales en Argentina se constata que «la elevada incidencia de la informalidad en el caso de los trabajadores inmigrantes (...) no tiene su principal causa en la irregularidad migratoria» (OIT, 2015, p. 60). Precisamente, el 89% de los inmigrantes latinoamericanos tiene documento de identificación nacional -DNI-, de los cuales, el 96% de los que trabajan en empleos formales cuentan con la documentación y un 86% de los que están vinculados en empleos informales tienen una situación migratoria regular, puesto que poseen dicho documento (OIT, 2015, pp. 60 y 61).

Ahora bien, es preciso aclarar que el DNI solo se entrega a los inmigrantes con residencia permanente y con residencia temporaria (art. 30 Ley 25.871). Por tanto, se excluyen a los trabajadores migratorios estacionales, por corresponder a una modalidad de residente transitorio. Sin embargo, la tendencia de los inmigrantes latinoamericanos a

vincularse en empleos informales si tiene relación con condicionantes sociales y económicas. Existe un perfil sociodemográfico que caracteriza al trabajador informal: jóvenes, mujeres, bajo nivel educativo y la vinculación en los sectores con mayor tasa de empleo informal, tales como el trabajo doméstico, en la construcción y en la industria textil. Además, a este perfil se debe añadir la calidad de inmigrante, sin consideración a su situación administrativa (OIT, 2015).

Existen dos explicaciones interrelacionadas para esta situación. En primer lugar, existe un problema estructural en el mercado de trabajo argentino. En efecto, el desarrollo económico no ha tenido repercusión en la creación de empleo de calidad en unos sectores ocupacionales concretos (construcción, industria textil y servicios domésticos). Además, existe debilidad institucional del Estado en cuanto a vigilar y sancionar las prácticas de contratación en empleos informales. A estas circunstancias se debe añadir que el perfil del trabajador de los sectores ocupacionales con mayor tasa de informalidad coincide con el perfil de los inmigrantes latinoamericanos. Aspecto en el que se destaca el bajo nivel de escolaridad: el 57% no ha terminado los estudios de secundaria (2015, p. 66).

En segundo lugar, los trabajadores migrantes asalariados necesitan ingresos para su mantenimiento y el de su familia, lo que conlleva a la aceptación de empleos informales. Al respecto, la OIT destaca como causa relevante los prejuicios y el trato discriminatorio hacia los inmigrantes latinoamericanos. Esta situación claramente promueve el desconocimiento de los derechos laborales y fortalece el empleo informal, pues la discriminación viene dada porque se asume que son sujetos de no derecho y una mano de obra barata que se puede aprovechar (OIT, 2015, pp. 69 y 70). Es claro que, en Argentina, el problema de la vinculación de los inmigrantes al empleo informal requiere de la adopción de medidas económicas y sociales de promoción de derechos que logren hacer efectivos los derechos legalmente reconocidos.

IV.4. El empleo informal de los migrantes venezolanos en Colombia

Los flujos migratorios han aumentado hacia Colombia como consecuencia de la crisis económica, política, social y humanitaria que vive Venezuela (CASTRO, 2017). La magnitud de la situación es tal que, según Jozef Merckx representante de ACNUR en Colombia, confluyen casos de refugiados y migrantes, lo que conlleva una obligación de analizar cada situación de forma individual para determinar sus particularidades (15 de febrero de 2018). Ante esta realidad, debemos identificar las situaciones que podrían propiciar que los migrantes venezolanos, regulares e irregulares, realicen trabajos informales, más aún cuando sabemos que Colombia es un país con una tasa muy representativa de empleo informal. Así, según el Departamento Nacional de Estadística (en adelante DANE) el porcentaje de empleo informal correspondió al 48,1% en el trimestre noviembre de 2017-enero de 2018 (DANE, 9 de marzo de 2018).

En sus datos estadísticos, la autoridad de vigilancia y control migratorio, Migración Colombia⁶, deja en evidencia el flujo migratorio de venezolanos hacia Colombia por los puestos regulares desde el año 2012. Así, en el año 2012, entraron al país, 251.471 y salieron 238.084; en 2013 entraron 261.264 y salieron 248.921; en 2014 entraron 291.539 y salieron 274.739; en 2015 entraron 329.478 y salieron 314.666; en 2016 entraron 378.965 y salieron 311.252; y, entre enero y junio de 2017 entraron un total de

⁶ Creada como Unidad Administrativa Especial con funciones de autoridad de vigilancia y control migratorio y de extranjería del Estado Colombiano, mediante el Decreto 4062 de 31 de noviembre de 2011.

263.331 venezolanos, de los cuales han salido 228.380⁷. Al respecto, afirma Christian Krüger Sarmiento, director del organismo estatal, que a diciembre de 2017 existían en el país más de 550.000 venezolanos, entre regulares e irregulares (MIGRACIÓN COLOMBIA, 31 de diciembre de 2017).

La problemática es muy compleja, puesto que pone a prueba la capacidad institucional y financiera colombiana, que no está nada entrenada para atender flujos migratorios considerables. Además, supone un reto para su mercado de trabajo, pues debe tener la capacidad de colocar a todos los demandantes de trabajo del país vecino. Sin embargo, se corre el riesgo de que los migrantes encuentren oportunidades de trabajo, de subsistencia, en la economía informal. Ello podría estar determinado por la situación administrativa en la que se encuentran. Así, a pesar de existir ingresos regulares al territorio colombiano, la Autoridad migratoria colombiana reconoció, en agosto de 2017, que se encuentran 50 mil ciudadanos venezolanos regulares frente a 153 mil irregulares que se les ha vencido el permiso temporal de permanencia. Además, existen 50 mil ciudadanos venezolanos a quienes próximamente se les vencería ese permiso (MIGRACIÓN COLOMBIA, 16 de agosto de 2017), lo que tendría como consecuencia que pasarían a una situación irregular.

La amenaza de la irregularidad y de un empeoramiento de las condiciones de vida de los migrantes venezolanos trajo como consecuencia que el Gobierno colombiano adoptara una medida para regularizar la situación de muchos afectados y así, evitar la vulneración de sus derechos. La medida consistió en la creación del Permiso Especial de Permanencia⁸ (en adelante PEP) con el fin de normalizar el estatus de los cerca de 50 mil venezolanos que estaban próximos a considerarse como migrantes irregulares (MIGRACIÓN COLOMBIA, 16 de agosto de 2017).

El PEP es un «mecanismo de facilitación migratoria» que permite a los «nacionales venezolanos permanecer en Colombia de manera regular y ordenada» (Resolución n.º 5797 de 2017, de 25 de julio), siempre que cumplan con los requisitos que se definen en la norma. Esto es, que se encontraran en el territorio colombiano en fecha 28 de julio de 2017; que hayan ingresado de manera regular al territorio colombiano, que no tengan antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional y que no tengan una medida de expulsión o deportación vigente (Art. 1 de la Resolución 1272 de 2017, de 28 de julio). La resolución fijó un plazo para solicitarlo, desde el 28 de julio hasta el 31 de octubre de 2017. Asimismo, la norma ha previsto que el permiso tenga una vigencia de 90 días que puede prorrogarse de manera automática por periodos iguales hasta el término máximo de 2 años (Art. 3 de la Resolución 1272 de 2017, de 28 de julio). El PEP fue otorgado a cerca de 69.000 ciudadanos venezolanos (MIGRACIÓN COLOMBIA, 31 de diciembre de 2017), lo que les permite trabajar de forma regular en el país.

⁷ Los boletines migratorios se pueden revisar en el siguiente link: <http://migracioncolombia.gov.co/index.php/es/component/content/article?id=718> y fueron consultados en octubre de 2017 (Migración Colombia, 16 de agosto de 2017). Sin embargo, es preciso advertir que de la revisión que hemos hecho en marzo de 2018 encontramos que no aparece el dato por nacionalidades de los extranjeros que han salido del país, por ello no podemos hacer las discriminaciones de entradas y salidas que habíamos hechos con los datos anteriores.

⁸ Creado mediante la Resolución n.º 5797 de 2017, de 25 de julio, del Ministerio de Relaciones Exteriores e implementado por la Resolución n.º 1272 de 2017, de 28 de julio, de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, *por medio de la que implementa el Permiso Especial de Permanencia (PEP) creado mediante Resolución 5797 del 25 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se establece el procedimiento para su expedición a los nacionales venezolanos.*

Otra medida adoptada por Colombia consistió en la expedición de la Tarjeta de Movilidad fronteriza (TMF), para los ciudadanos venezolanos que viven en las zonas de frontera y hacen ingresos constantes al territorio nacional. Aunque este documento no autoriza a trabajar en el territorio nacional (Art. 11 Resolución 1220 de 2015, de 12 de agosto⁹). La TMF pretende que la migración sea «ordenada, regulada y segura» (MIGRACIÓN COLOMBIA, 16 de febrero de 2017). Sin embargo, ante la llegada continua de venezolanos a Colombia el Gobierno tuvo que adoptar nuevas medidas. En este caso, ha fijado un nuevo plazo para solicitar el PEP. La Resolución 0740 de 2018, de 5 de febrero de 2018, establece que los venezolanos que se encuentren en el territorio colombiano a 2 de febrero de 2018, y cumplan con los demás requisitos que ya se habían previsto en la anterior resolución, podrán solicitarlo en el plazo de 4 meses que va desde el 7 de febrero hasta el 7 de junio de 2018. A la fecha, no existen datos parciales disponibles sobre las solicitudes y su otorgamiento. La creación del PEP es un buen mecanismo para evitar la explotación laboral de los migrantes (MERKX, 15 de febrero de 2018). Así mismo, constituye un posible obstáculo para que trabajen en un empleo informal.

A pesar de los esfuerzos del ejecutivo por regularizar a un número importante de venezolanos, se estima que existen en el país 140 mil irregulares, que no han entrado por los pasos migratorios autorizados (MIGRACIÓN COLOMBIA, 16 de agosto de 2017). Estos ciudadanos extranjeros no podrán solicitar el PEP ya que la norma que lo crea exige como requisito, entre otros, que hayan ingresado al territorio colombiano por los puestos de control migratorio con su pasaporte. En su conjunto, existe en Colombia una oferta de mano de obra estimada de cerca de 140.000 personas¹⁰, que podrían realizar trabajos informales de subsistencia. Además, la medida adoptada en febrero de 2018 de detener la expedición de las Tarjetas de Movilidad Fronteriza, que servía como documento válido para el ingreso a Colombia, dificulta la posibilidad de los venezolanos de ingresar de forma regular. En efecto, no debemos olvidar que en Venezuela es difícil acceder a un documento básico como el pasaporte (MERKX, 15 de febrero de 2018).

Los datos que proporciona el DANE sobre informalidad laboral en Colombia no discriminan la nacionalidad de los trabajadores. Por tanto, no se puede tener información precisa de los venezolanos en el empleo informal. Sin embargo, sí indican las áreas geográficas con mayor informalidad. El área metropolitana de Cúcuta, ciudad ubicada en el departamento fronterizo de Norte de Santander, tiene la tasa de informalidad laboral más alta de Colombia, con un 72,2% (DANE, 2018). El gobierno local ha asegurado que un porcentaje importante de venezolanos trabajan como vendedores ambulantes en el centro de la ciudad (SECRETARIA DE GOBIERNO DE CÚCUTA, 2017), actividad económica de subsistencia que, claramente, se enmarca en la informalidad laboral.

De forma concomitante a la regulación de un periodo adicional para solicitar el PEP, el Gobierno colombiano anunció la creación del Grupo Especial Migratorio (GEM), en el que participan Migración Colombia, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la Policía Nacional y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF). El objetivo del GEM es realizar procedimientos para «controlar la migración irregular, garantizar la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes,

⁹ Por la cual se establecen los Permisos de Ingreso y Permanencia, Permisos Temporales de Permanencia y se reglamenta el Tránsito Fronterizo en el territorio nacional.

¹⁰ No tenemos datos de las edades, pues Migración Colombia solo da un estimativo. Sin embargo, nos referimos al dato total atendiendo a que podrán ser potenciales trabajadores informales.

trabajar en materia de seguridad y recuperación del espacio público, así como apoyar la lucha contra el contrabando» (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 22 de febrero de 2018).

La composición del GEM demuestra cómo uno de los objetivos en el tratamiento de la migración venezolana es propender por la seguridad nacional, con excepción del manejo de protección de derechos para los menores y adolescentes. No es criticable que se actúe para proteger esa materia, sobre todo en una frontera tan extensa y con muchas complicaciones por la presencia de grupos armados. Sin embargo, se enfatiza poco en la protección de los derechos laborales, aunque la persona tenga una condición de migrante irregular. Esta situación demuestra una actitud contraria a las obligaciones internacionales asumidas por Colombia tras la ratificación de la Convención internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias¹¹, en la que se indica que los Estados parte deben adoptar las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de sus derechos laborales a causa de la irregularidad en su permanencia o empleo (Art. 25.3).

«Es una realidad que el empleo informal absorbe más rápidamente a las personas que se encuentran en una situación migratoria irregular».

En la ciudad de Cúcuta el GEM ha «adelantado más de 50 operativos en parques y centros comerciales, realizando más de 2 mil 500 verificaciones, sancionando a 139 personas, deportando a 7, expulsando a 3». Además, ha realizado el «acompañamiento humanitario a más de mil ciudadanos venezolanos quienes, voluntariamente, decidieron regresar a su país, al ser encontrados incumpliendo la normatividad migratoria» (PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 22 de febrero de 2018). Si bien, se anuncia por el gobierno que se han sancionado a los empleadores que contratan a los inmigrantes irregulares (HOLGUÍN, María Ángela, 1 de febrero de 2018), no se ha dispuesto una ruta de atención para la reclamación de sus derechos laborales. Consideramos que esto es un aspecto necesario, sobre todo para los migrantes irregulares que deben poder reclamar sus derechos sin el temor a que la institucionalidad los identifique y sancione por ser irregulares.

Es una realidad que el empleo informal absorbe más rápidamente a las personas que se encuentran en una situación migratoria irregular. Podrían existir dificultades para que los migrantes regulares accedan a un empleo decente, recordemos que en Colombia existe una gran precarización del empleo (ENS, 2017; LÓPEZ CAMARGO, 2015). Y la cualidad de migrante venezolano podría constituir una condición discriminatoria, que obstaculiza el acceso a un empleo de calidad. Consideramos que es necesario un trabajo articulado y automático entre la autoridad migratoria y el Servicio Público de Empleo (SPE) para colocar a los migrantes en el mercado laboral. Esto es, que Migración Colombia remita la información de los inmigrantes regulares y se les invite a participar en la ruta de inserción laboral para que pongan a disposición la información que se requiera. De otro lado, las dificultades económicas de muchos migrantes, que mantienen a sus familias en el país de origen, para pagar los costos de la convalidación de los títulos profesionales en Colombia impiden que ejerzan (por un periodo importante) su profesión y, asimismo, que el mercado de trabajo colombiano absorba nuevos talentos y personal con distintas cualificaciones.

¹¹ Aprobado mediante la Ley 146 de 1994, de 13 de julio.

Colombia está haciendo un gran esfuerzo por atender de la mejor manera posible a los migrantes venezolanos. Así lo podemos constatar, además, con la regulación en la Ley 1873 de 2017, de 20 de diciembre¹² de la decisión de adoptar una «política integral de atención humanitaria» (art. 140), en atención a la «emergencia social que se viene presentando en la frontera con Venezuela» (art. 140). Los primeros pasos para poder adoptar esa política de atención humanitaria se han dado con la expedición del Decreto 542 de 2018, de 21 de marzo, que crea un registro administrativo de migrantes venezolanos en Colombia, para que sirva como insumo para crear la política humanitaria de atención integral. El registro está a cargo de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD).

El registro tiene efectos, meramente, informativos, por tanto, «no otorga ningún tipo de estatus migratorio, no constituye autorización de permanencia o regularización, no reemplaza los documentos de viaje vigentes, no genera derechos de orden civil o político, ni el acceso a planes o programas sociales u otras garantías diferentes a las dispuestas en la oferta institucional de las entidades del Estado» (art. 2). Este registro comenzó a realizarse el pasado 6 de abril y se extenderá por el plazo de dos meses. Esta iniciativa crea grandes expectativas frente a la futura Política integral de atención humanitaria a favor de los migrantes venezolanos. Esperamos que tome en consideración los problemas de informalidad y precariedad del mercado de trabajo colombiano, que, claramente afecta a los venezolanos, sobre todo si son irregulares. En todo caso, confiamos que se fortalezca el acompañamiento para la reclamación administrativa y judicial de los derechos de los trabajadores sin consideración a su situación administrativa, pues se evidencia una falencia en ese sentido, y ello, estimula la contratación informal y los tratamientos discriminatorios.

V. CONCLUSIONES

1. Las migraciones laborales representan un reto para el Derecho del Trabajo. En la inmensa mayoría de los casos son asalariados a los que se les debe aplicar las normas laborales del país de destino. En ese sentido, la regulación migratoria de cada Estado puede permitir la aplicación del Derecho del Trabajo a los migrantes siempre que reconozca los derechos laborales sin consideración a la situación migratoria del trabajador. Una regulación en ese sentido permitirá que la persona trabajadora pueda solicitar, administrativa y judicialmente, el reconocimiento y pago de sus derechos laborales, a pesar de su situación administrativa. Con todo, esta opción solo es viable cuando los Estados promocionan la migración laboral con un enfoque de garantía de los derechos laborales.

2. Las condiciones económicas de los Estados de empleo, así como la regulación legal migratoria inciden en que el trabajador migrante se vincule a un empleo informal. Por un lado, ello viene dado por la incapacidad de los mercados de trabajo formales de absorber ocupaciones tradicionalmente realizadas por trabajadores informales. Por otro lado, esto también se estimula por legislaciones migratorias rígidas que restringen la migración laboral atendiendo a fines de seguridad nacional y no a un enfoque de derechos.

3. La problemática que vive la sociedad venezolana supone un desafío para Colombia, que se ha visto avocada a recibir, tanto de forma regular como irregular, a una cantidad

¹² Por la cual se crea el presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018. Diario Oficial n.º 50.453 de 20 de diciembre de 2017.

importante de migrantes. Esta situación genera un impacto en el mercado de trabajo colombiano, que presenta muchas deficiencias frente a la creación de empleo decente, esto es, que respete los derechos fundamentales en el trabajo (igualdad de oportunidades y no discriminación, libertad sindical, negociación colectiva, abolición del trabajo infantil y abolición del trabajo forzoso). Asimismo, la inexistencia de una regulación migratoria, en la que se enfatice y especifiquen las rutas de acción para la reclamación de sus derechos, especialmente, los relacionados con el trabajo, debilita aún más la protección de esta población vulnerable. En todo caso, quedamos a la expectativa de lo que será la Política integral de atención humanitaria para la población migrante venezolana.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ANTEZANA RIMASSA, Paula (2013), «Análisis del reglamento de aplicación de la Ley de Migración n.º 285-04, desde una perspectiva de género y de derechos», OIT. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_249030.pdf.

CARACOL CÚCUTA (2017), «Venezolanos aumentan cifra de informalidad en Cúcuta», *Caracol.com.co*, 20 de diciembre. Recuperado de: http://caracol.com.co/emisora/2017/12/20/cucuta/1513782936_759900.html.

CASTRO, A. (2017), «Migrantes venezolanos: ¿cuántos son, que efectos tienen y cómo deben ser tratados por Colombia?», *Razón Pública*, 28 de agosto. Recuperado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/internacional-temas-32/10497-migrantes-venezolanos-cu%C3%A1ntos-son,-que-efectos-tienen-y-c%C3%B3mo-deben-ser-tratados-por-colombia.html>.

CEPAL-OIT (2017), «La inmigración laboral en América Latina», *Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe*, n.º 16. Recuperado de: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41370/1/S1700342_es.pdf.

DANE (9 de marzo de 2018), *Boletín técnico. Medición de empleo informal y seguridad social. Trimestre móvil noviembre 2017-enero 2018*. Recuperado de: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_ech_informalidad_nov17_ene18.pdf.

ENS (2017), *Informe de coyuntura laboral y sindical 2017. Objetivos de Desarrollo Sostenible estratégicos para la consecución de trabajo decente*. Recuperado de: <http://www.ens.org.co/wp-content/uploads/2017/05/Resumen-informe-nacional-coyuntura-laboral-y-sindical-2017.pdf>.

ENS (2015), *8.º Informe de Trabajo Decente y seguimiento de gestión del Ministerio de Trabajo 2014. Los retos de Colombia por el Trabajo Decente*, Tangarife, C.L. (Coord.), Medellín: ENS. Recuperado de: <http://www.ens.org.co/wp-content/uploads/2017/09/Informe-Trabajo-Decente-2014.pdf>.

GALLART, María Antonia (2005), «Empleo, informalidad y formación. Segmentación de oportunidades laborales y formación», *Revista de Trabajo*, n.º 1, 2005, pp. 133-139. Recuperado de: http://www.trabajo.gov.ar/left/estadisticas/descargas/revistaDeTrabajo/2005n01_revistaDeTrabajo/2005n01_a08_mGallart.pdf.

HOLGÍN, María Ángela (2018), «Sancionan a 600 empresas colombianas por contratar irregularmente a venezolanos» [Declaración ante periodistas], *El País*, 1 de febrero.

Recuperado de: <http://www.elpais.com.co/colombia/sancionan-600-empresas-nas-por-contratar-irregularmente-a-venezolanos.html>.

INEC (2015), *Encuesta Continua de Empleo. El sector informal en Costa Rica: caracterización al IV trimestre 2014*. Recuperado de: http://www.inec.go.cr/sites/default/files/documentos-biblioteca-virtual/receempleo_informal01.pdf.

JEAMMAUD, Antoine (1984), «En torno al problema de la efectividad del derecho», *Critica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, n.º 1, 1984. Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/2862/2664>.

LUPICA, Carina (22 de junio 2016), *Migración Laboral en Chile. Oportunidades y desafíos para el trabajo decente*, Santiago de Chile: OIT-Taller de sensibilización en migración y trabajo decente para los funcionarios de la DT Metropolitana Poniente. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-santiago/documents/genericdocument/wcms_495288.pdf.

LÓPEZ CAMARGO, Enrique (2014), «Precariedad laboral en Colombia 1990-2013. Enfoques teóricos y consecuencias socioeconómicas», *In Vestigium Ire*, Vol. 7, pp. 40-55. Recuperado de: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/ivestigium/article/view/964/934>.

MALDONADO MONTOYA, Juan Pablo (2017), «Revisión de la nota de subordinación», en Martha MONSALVE CUÉLLAR (Coord.), *El futuro del trabajo. Análisis jurídico y socioeconómico*, Cuenca, España: Alderabán, pp. 137-149.

MERKX, Jozef (15 de febrero de 2018), *Hay que ponerle rostro a la migración para evitar la xenofobia*. [entrevista]. Recuperado de: <https://aa.com.tr/es/mundo/acnur-hay-que-ponerle-rostro-a-la-migraci%C3%B3n-para-evitar-la-xenofobia/1064735>.

MONTOYA MELGAR, Alfredo (2013), *Derecho del Trabajo*, Madrid: Tecnos.

MIGRACIÓN COLOMBIA (31 de diciembre de 2017), *Radiografía Migratoria. Colombia-Venezuela*. Recuperado de: file:///H:/CIEDTSS/Radiografi%CC%81a_migratoria_Col-Ven-31-12-2017.pdf.

MIGRACIÓN COLOMBIA (16 de agosto de 2017), *Radiografía de venezolanos en Colombia*. Recuperado de: <http://migracioncolombia.gov.co/index.php/es/prensa/multimedia/5199-radiografía-de-venezolanos-en-colombia>.

MIGRACIÓN COLOMBIA (16 de febrero de 2017), *Comunicado de prensa n.º 14. Migración Colombia lanza pre-registro en línea de tarjeta de movilidad fronteriza (TMF) para ciudadanos venezolanos en zona de frontera*. Recuperado de: <http://www.migracioncolombia.gov.co/index.php/es/prensa/comunicados/comunicados-2017/febrero-2017/4034-migracion-colombia-lanza-pre-registro-en-linea-de-tarjeta-de-movilidad-fronteriza-tmf-para-ciudadanos-venezolanos-en-zona-de-frontera>.

OIM (sf), *La migración Laboral*. Recuperado de: http://publications.iom.int/system/files/pdf/labour_migration_infosheet_sp.pdf.

OIT (2017), *Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 2005 (núm. 204) Guía para los trabajadores*, Ginebra: Oficina de Actividades para los Trabajadores.

OIT (2016), *La migración laboral en América Latina y el Caribe. Diagnóstico, estrategia y líneas de trabajo de la OIT en la región*, Lima: oficina regional para América Latina y el Caribe.

OIT (2015), *Migraciones laborales en Argentina: Protección social, informalidad y heterogeneidades sectoriales*, Buenos Aires: Oficina de País de la OIT para la Argentina. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_379419.pdf.

OIT (2014), *Panorama laboral temático: Transición a la formalidad en América Latina y el Caribe*, Lima: Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

OIT (2003), Decimoséptima Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, Ginebra.

OIT (2002), *El trabajo decente y la economía informal*, Ginebra.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (22 de febrero de 2018), *Migración Colombia presentó resultados positivos tras dos semanas de medidas para atender situación migratoria en frontera con Venezuela*. Recuperado de: <http://es.presidencia.gov.co/noticia/180222-Migracion-Colombia-presento-resultados-positivos-tras-dos-semanas-de--medidas-para-atender-situacion-migratoria-en-frontera-con-Venezuela>.

ROLDÁN DÁVILA, Genoveva (2012), «Una aportación ignorada de la teoría neoclásica al estudio de la migración laboral», *Migración y Desarrollo*, Vol. 10, n.º 19, pp. 61-91. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=66025384003>.

SAAVEDRA, Jaime & TOMMASI, Mariano (2007), «'Informalidad', Estado y contrato social en América Latina. Estudio preliminar», *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 126, n.º 3-4, pp. 315-349.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2013), *Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas*, Lima: Grijley.

SECRETARÍA DE ESTADO DE ECONOMÍA, PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO, BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, BANCO MUNDIAL (2007), *La informalidad en el mercado laboral urbano de la República Dominicana*, Santo Domingo: Subdirección de impresiones y publicaciones del Banco Central de la República Dominicana. Recuperado de: https://www.bancentral.gov.do/publicaciones_economicas/otros/mercadolaboral_informalidad.pdf.

TOKMAN, Víctor E. (2007), «Informalidad, inseguridad y cohesión social en América Latina», *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 126, n.º 1-2, 2007, pp. 93-120.

COMENTA ESTE ARTÍCULO



Rights and Science/R&S



Volume 0 (2017)
Issue 0



OPEN JOURNAL ACCESS

RIGHTSANDSCIENCE.JURI-DILEYC.COM

MIGRACIÓN: ACUERDO DE PAZ



ACUERDO DE PAZ Y POLÍTICA PÚBLICA SOBRE MIGRACIÓN DE RETORNO ¿DÓNDE QUEDAN LOS EXILIADOS COLOMBIANOS?*



VANESSA DELGADO RIVERA **
Abogada / Magister en Derecho
Universidad Santiago de Cali
(Colombia)

*El presente capítulo es producto de la investigación realizada en el marco del proyecto denominado: «Migración de Retorno, Derechos Humanos y Posconflicto», presentado por el Centro de Estudios e Investigaciones en Derecho (CEIDE), a partir de la Convocatoria Interna N° 01-2016. Proyecto aprobado y financiado por la Dirección General de Investigaciones (DGI) de la Universidad Santiago de Cali, con código de radicación No. 421-621116.

** Abogada de la Universidad Santiago de Cali, Magister en Derecho con Énfasis en Derecho Público de la Universidad Santiago de Cali, Colombia. Integrante del semillero de investigación en Derecho Internacional Público SIDIP, coordinado por el Mg. Jorge Armando Cruz Buitrago, del grupo de investigación «GICPODERI». Contacto: Vanedelgado01@gmail.com



JORGE ARMANDO CRUZ BUITRAGO ***
Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad Santiago de Cali
(Colombia)

Resumen: En el 2016, se firmó el *Acuerdo de Paz* con la FARC-EP, lo que generó una sensación de cambio en la visión que se tiene al interior y exterior de nuestro país, que puede tener como consecuencia un escenario diferente, quizá óptimo, para el retorno de muchos colombianos que han abandonado el país; puesto que Colombia se ha caracterizado por ser un país emisor y de tránsito de migrantes, siendo la principal consecuencia el conflicto armado interno, es por ello que, con este escenario se pretende estudiar los esfuerzos del gobierno colombiano por conformar una Política Pública que permita proteger los derechos de los connacionales retornados.

Palabras clave: Política Pública, migración de retorno, acuerdo de paz y víctimas.

PEACE AGREEMENT AND PUBLIC POLICY ON RETURN MIGRATION. WHERE ARE THE COLOMBIAN EXILES?

Abstract: In 2016, the Peace Agreement was signed with the FARC-EP, which generated a sensation of change in the vision that exists inside and outside of our country, which may have as consequence a different, perhaps optimal, scenario for the return of many Colombians who have left the country; since Colombia has been characterized as an issuing and transit country of migrants, the main consequence being the internal armed conflict, which is why, with this scenario, it is intended to study the efforts of the Colombian government to create a Public Policy that will protect the rights of returned nationals.

Keywords: Public Policy, return migration, peace agreement and victims.

ACCORD DE PAIX ET POLITIQUE PUBLIQUE SUR LA MIGRATION DE RETOUR. OU SONT LES EXILÉS COLOMBIENS?

Résumé: La signature, en 2016, de l'accord de paix avec les FARC-EP a généré une sensation de changement dans la vision, tant interne qu'externe, de la Colombie. La fin du conflit armé permet notamment d'envisager le retour de nombreux nationaux, qui ont dû quitter le pays. C'est dans ce cadre que s'inscrit cet article, dont le but est d'étudier les efforts du gouvernement colombien pour créer une véritable politique publique en faveur des exilés colombiens.

Mots-clés: Politique publique, migration de retour, accord de paix et victimes.

*** Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Magister en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid. Director y Profesor del Departamento de Derecho público. Jefe del Área de Derecho Internacional Público, Universidad Santiago de Cali. Integrante del Grupo de Investigación, GICPODERI y coordinador del semillero de investigación en Derecho Internacional Público, SIDIP. Contacto: Jorge.cruz00@usc.edu.co

Índice. I. Introducción. II. Acuerdo General para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera - Migrantes retornados. III. Marco normativo sobre Migración de Retorno III.1. Resolución 3131 De 2004: El Programa Colombia Nos Une 2004. III.2. Plan Retorno 2009. III.3. Política Integral Migratoria (PIM). Documento CONPES 3603 de 2009. III.4. Ley 1565 de 2012 y Decreto Reglamentario 1000 de 2013. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En la Casa de Piedra, Cuba, el 26 de agosto de 2012 inició el proceso de diálogos para la terminación del conflicto armado entre el gobierno de Colombia y las FARC-EP, proceso que culminó con un Nuevo Acuerdo Final el pasado 24 de noviembre en el teatro Colón de Bogotá. El *Acuerdo* se construyó sobre 6 Puntos que las partes consideraron fundamentales: 1. Reforma rural integral, 2. Participación Política, 3. Fin del Conflicto, 4. Solución al problema de las drogas ilícitas, 5. Víctimas, 6. Implementación, verificación y refrendación (ANUARIO DE PROCESO DE PAZ, 2016).

En lo que respecta a estas páginas, nos interesa de manera particular establecer un vínculo entre el fenómeno migratorio de miles de los colombianos exiliados que se vieron obligados a cruzar las fronteras en razón del conflicto armado -sin la pretensión de ser una investigación que aborde de manera precisa el fenómeno del exilio-, el Punto Quinto sobre Víctimas del *Acuerdo* y las Políticas Públicas que, desde la perspectiva de los derechos humanos, viene elaborando el gobierno Nacional con la finalidad de brindar ciertas garantías a los migrantes que retornan. Lo anterior nos permitirá señalar un vacío jurídico que existe en la calificación de las víctimas del conflicto que se encuentran en el exterior y que pretenden regresar; específicamente, aquellas personas que no tienen el estatus de refugiados ni asilados, es decir, que no son consideradas como personas con protección internacional, como es el caso de los exiliados.

En virtud de lo anterior, tomaremos como referente, en primer lugar, el Acuerdo Final de Paz donde se le otorga un desarrollo principal, central, a los derechos de las víctimas del conflicto armado. La discusión sobre los derechos de las víctimas constituye uno de los ejes principales en cualquier proceso de transición de la Guerra a la Paz. En este punto, conviene resaltar los esfuerzos que recientemente viene adelantando el Centro Nacional de Memoria Histórica¹ que, a partir de diversas investigaciones (que se encuentran en su primera fase) como: «Memorias del exilio colombiano: huellas del conflicto más allá de las fronteras»; la campaña: «Me haces falta» y el documental: «Voces De Refugiadas. Relatos Y Propuestas Para La Paz De Colombia», buscan visibilizar a esa otra parte de las víctimas que un día se vieron obligadas a abandonar el país.

En segundo lugar, se abordarán las acciones del gobierno colombiano a través de la puesta en marcha de políticas públicas sobre migración de retorno. Políticas encaminadas a construir una tipología de migrantes que retornan y el tipo de ayuda a la que pueden tener acceso. El análisis de estas políticas públicas nos permitirá mostrar que, dentro de las diversas tipologías de migrantes sobre las cuales se han construido dichas políticas, brillan por su ausencia políticas encaminadas al retorno de miles de exiliados.

¹ El Centro Nacional de Memoria Histórica es una de las entidades públicas creadas como parte del compromiso adquirido por el Estado dentro de la Ley de Víctimas y Restitución de tierras, Ley 1448 de 2011.

En este sentido, merece especial atención el Marco normativo que será objeto de análisis y crítica. Desde luego, partiremos de la columna vertebral que es la Constitución Política de Colombia (artículo 24), continuaremos con el estudio de la Resolución 3131 de 2004 con la que se crea el *Programa Colombia Nos Une (El Plan Retorno)*, abordaremos de manera específica, la Política Integral Migratoria (Documento CONPES 3603 de 2009) y, finalmente, la Ley 1565 de 2012 y su Decreto Reglamentario 1000 de 2013 (donde se establecen por primera vez las categorías e incentivos de retorno).

II. ACUERDO GENERAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA - MIGRANTES RETORNADOS

El 24 de agosto de 2016 se firmó el *Acuerdo Final* para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP), en el que se decidió poner fin al conflicto armado que ha durado por más de cincuenta años. El *Acuerdo* fue sometido al mecanismo constitucional de refrendación popular llamado plebiscito con la siguiente pregunta: ¿Apoya usted el acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera? Para sorpresa de muchos colombianos y de la comunidad internacional, la mayoría de votos fueron por el NO. Un total de 6.377.482 votaron por el SÍ y un total de 6.431.376 votaron por el NO.

Sin embargo, con anterioridad, la Corte Constitucional en sentencia C-379 de 2016 manifestó que los efectos de la consulta no tendrían un efecto jurídico sobre lo acordado en la Habana, señaló el máximo tribunal constitucional que el plebiscito tendría un efecto político y vinculante solo para el presidente de la República y no para los demás poderes públicos. En este sentido TARAPUÉS SANDINO (2016) afirmó que:

El plebiscito no es pues un instrumento para realizar reformas legales o constitucionales, como el referendo. Al ser un mecanismo para indagar en la voluntad ciudadana sobre un tema de política que le compete al presidente de la República, sus efectos se circunscriben al plano social y político, pero no pasan al plano de lo jurídico.

Dicha votación tuvo en efecto político que llevó a las partes y a la oposición del gobierno a sentarse nuevamente en la Habana para discutir algunos puntos sobre los que ciertos sectores de la sociedad no estaban de acuerdo. En este contexto de incertidumbre y polarización política se firmó el 26 de noviembre de 2016 en el teatro Colón el *Nuevo Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de la paz estable y duradera*.

El Nuevo Acuerdo Final se firmó teniendo presente que el artículo 22 de la Constitución Política colombiana consagra la Paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento. Dicho Acuerdo, vale la pena afirmarlo, permite terminar un conflicto armado, el más antiguo del mundo, que durante muchos años ha causado violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Desde esta perspectiva, las víctimas ocupan un lugar fundamental en la reconstrucción de la memoria individual y colectiva. De esta manera se llegó a dos acuerdos centrales: 1. «Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición» y 2. «Compromiso con la promoción, el respeto y la garantía de los derechos humanos».

En el *Nuevo Acuerdo Final* no se hicieron cambios sustanciales a los derechos de las víctimas en el extranjero. Muestra de lo anterior, es la referencia casi que accidental que se encuentra en un apartado titulado: «Procesos colectivos de retornos de personas en situación de desplazamiento y reparación de víctimas en el exterior». Cabe mencionar que en el *Acuerdo* se estipula que a las víctimas del conflicto armado se les deben garantizar los derechos a la verdad, justicia, reparación y la no repetición, contemplados en la Ley 1448 de 2011 conforme al artículo 28 de la misma. En esta Ley se establecen medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno. Esta Ley en su artículo 3 señala que son víctimas:

(...) aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas Internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

La anterior definición, *ratione temporis*, entonces, no incluiría como víctimas a los refugiados, asilados y exiliados que antes de esta fecha salieron huyendo del país. En este punto, resulta necesario recordar que con la aplicación del Decreto 1923 conocido como el Estatuto de Seguridad durante el gobierno de Julio César Turbay (1978-1982), muchos colombianos: artistas, intelectuales, líderes sindicales, campesinos, estudiantiles y defensores de derechos humanos tuvieron que abandonar el país por las amenazas de muerte que rodearon esa parte de nuestra historia que estamos llamados a reescribir (JIMÉNEZ JIMÉNEZ, 2009).

No obstante, el artículo 3 en su Parágrafo 4º establece una excepción que merece un análisis particular. Al respecto señala que:

Las personas que hayan sido víctimas por hechos ocurridos antes del 1º de enero de 1985 tienen derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas.

El Parágrafo establece una diferencia entre quienes han sido víctimas antes y después del 1 de enero de 1985. Aquellas personas que fueron víctimas antes de esta fecha solo tendrán derecho a una reparación simbólica, lo que quiere decir que no tendrán derecho a una indemnización. Evidentemente se establece una discriminación que no cubre a miles de colombianos que sufrieron de manera directa la violencia institucional, particularmente, aquellos que se vieron obligados a atravesar las fronteras en busca de protección en la época del Estatuto de seguridad.

La reparación integral a las víctimas, tan urgente en el *posacuerdo*, conlleva tanto una indemnización monetaria o la restitución de unos bienes, además de un acompañamiento del Estado que permita restituir su dignidad, memoria, recobrar la verdad y establecer condiciones para que dichas acciones no se vuelvan a repetir (UNIDAD PARA LAS VÍCTIMAS, 2015).

Por otro parte, la Ley 1148 de 2011 establece por primera vez el *Derecho a Retornar*, con el objetivo de dar inicio a las medidas para garantizar el retorno y las reubicaciones tanto colectivas como individuales. El artículo 28 numeral 8 prevé lo siguiente:

Derecho a retornar a su lugar de origen o reubicarse en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad, en el marco de la política de seguridad nacional.

La Ley no es precisa en cuanto a qué tipo de migrantes forzados hace referencia. Al respecto se requiere construir un marco normativo que abarque todas las *figuras en fuga* (MEZZADRA, 2005) que han tenido que huir de sus lugares de origen, ya sea cambiando de ciudad, como es el caso de los desplazados o, saliendo del país, como es el caso de los refugiados, asilados y exiliados.

Por otro lado, en el *Nuevo Acuerdo Final* se vuelve a discutir sobre el estatus de las víctimas en el extranjero y se aborda la temática del retorno de manera general, al establecer que le compete al Gobierno Nacional poner en marcha programas colectivos y Políticas Públicas, especificando el retorno y reubicación de personas en situación de desplazamiento; asimismo, de planes de retorno acompañado y asistido para las *víctimas en el exterior*; de igual manera, es tarea del gobierno buscar el fortalecimiento del trabajo mancomunado a nivel territorial con la implementación del Acuerdo llamado: «Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral» (ACUERDO DE PAZ, 2016, p. 182).

Ahora bien, estas condiciones van a permitir que, de acuerdo al Centro Nacional de Memoria Histórica, más de 5 millones de colombianos que viven en el exterior puedan retornar a su lugar de origen. Aunque el

«Estas condiciones van a permitir que más de 5 millones de colombianos que viven en el exterior puedan retornar a su lugar de origen».

artículo citado anteriormente, no especifica de qué tipo de retorno ni a quiénes está dirigida la disposición normativa (desplazados, refugiados, asilados, exiliados), dicha disposición sirve de criterio para trazar la ruta que permita la formación de una Política Pública de Reparación Integral, en un escenario que tome de manera particular a las víctimas que se encuentran en el exterior.

De esta manera, el proceso de migración de retorno debe contar con el acompañamiento de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, cumpliendo tres principios fundamentales. En primer lugar, *voluntariedad*, en el cual la persona manifiesta libremente su decisión de retornar o de reubicarse, teniendo conocimiento de las condiciones de dicho territorio. En segundo lugar, *seguridad*, puesto que se debe garantizar la integridad física de la persona que pretende retornar o reubicarse. De igual manera, se debe garantizar la reparación a partir de derecho a la propiedad y, por supuesto, de los modos de vida que se requieren en el proceso de reintegración y estabilización socioeconómica. Desde luego esta es una tarea pendiente del Estado colombiano quien es el responsable de crear espacios y condiciones de seguridad con el fin de garantizar la vida e integridad personal de las víctimas del exterior que pretenden retornar. Por último, la *dignidad*, que involucra la restitución de los derechos vulnerados, permitiendo el acceso efectivo a los planes, programas y proyectos orientados a la atención integral de las víctimas, con el objetivo de ayudar al goce efectivo de los derechos (UNIDAD PARA LAS VÍCTIMAS, 2017).

Cabe resaltar que en el *Acuerdo* se hace énfasis en la existencia de víctimas que han tenido que salir del país por causa del conflicto armado. De ahí que se debe fortalecer el programa de reconocimiento y reparación de víctimas en el exterior, vinculando a los refugiados, asilados y exiliados victimizados a causa del conflicto, por medio del desarrollo de planes de «retorno acompañado y asistido». Como bien lo afirma el grupo de trabajo de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento - CODHES (2017, p. 6):

La implementación del Acuerdo Final de Paz solo tendrá éxito en tanto garantice los derechos de las víctimas en el exterior, se fortalezcan las garantías de no repetición y se faciliten soluciones duraderas para este significativo universo de víctimas, como es el caso de la integración local en los países de acogida y el retorno.

En cuanto al retorno asistido de víctimas en el extranjero, el *Acuerdo* impulsa el retorno al país con el objetivo de brindar posibilidades en la construcción de proyectos de vida, en donde quien retorna tenga condiciones dignas en el proceso de admisión por medio de la coordinación de estos planes que permita, a través de las instituciones, garantizar sucesivamente el acceso a los derechos básicos (salud, vivienda, trabajo, educación, entre otros). Se menciona que dicha reubicación se podrá realizar tanto en la zona de origen o en las que les brinde el Gobierno, siendo esta una decisión de la víctima (ACUERDO DE PAZ, 2016, p. 183).

Finalmente, el *Acuerdo* representa un punto de partida para el reconocimiento de los derechos de las víctimas que se encuentran en el exterior como son los exiliados. Sin embargo, se requiere de una serie de medidas tendientes a articular lo estipulado en el Acuerdo de Paz con la Ley de Víctimas (1148 de 2011). En cuanto a la modificación normativa es preciso construir una categoría precisa del exiliado como sujeto de derecho teniendo en cuenta el *hecho victimizante*, el *acceso a reparación* y el acompañamiento en el proceso de retorno (CODHES, 2017, p. 8).

En las páginas siguientes, abordaremos las Políticas públicas que se han elaborado en materia de migración de retorno para evidenciar la insuficiencia de las mismas respecto a los exiliados como víctimas del conflicto armado.

III. MARCO NORMATIVO SOBRE MIGRACIÓN DE RETORNO

El derecho a migrar o *ius migrandi* (VITALE, 2006) se encuentra establecido en la Constitución Política de Colombia de 1991:

Artículo 24. Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y permanecer y residenciarse en Colombia.

El Gobierno Nacional podrá establecer la obligación de llevar un informe de residencia de los habitantes del territorio nacional, de conformidad con la ley estatutaria que se expida para el efecto (2015, p. 16).

El derecho a la libre circulación comprende tanto la facultad de los colombianos de desplazarse por todo el territorio nacional, así como de entrar y salir (emigrar) de él cuando lo decidan. También incluye el derecho de residencia en donde se brinda la facultad de determinar el lugar donde se desea vivir, igualmente del asiento principal de sus negocios (BARRETO & SARMIENTO, 1997, pp. 86-87).

Este derecho constitucional se construye sobre la base de quien sale (emigrante) y quien llega (inmigrante). De igual manera, se puede inferir de lectura de este artículo de manera que implícita se encuentra el derecho de *retornar* (entrar) al país. Sin embargo, quienes han salido por las violaciones sistemáticas a los derechos humanos o por infracciones al derecho internacional humanitario, requieren de condiciones sociopolíticas distintas que incentiven el retorno. La categoría tradicional del migrante retornado que, desde la perspectiva de las ciencias sociales, ha sido objeto de análisis, es la de aquellos migrantes exitosos que salieron de manera voluntaria en busca de mejores

oportunidades y que regresan con capital económico. Aún las personas que emigran en condiciones de irregularidad, hacen parte de esta categoría de migrantes que comparte junto con las mercancías y capitales el mismo campo de análisis (CONSTITUCIÓN Y CIUDADANÍA, 2007). Lo anterior es importante tomarlo en cuenta, dado que, si tenemos construida una tipología de migrantes que retornan por fuera del marco del conflicto armado, entonces, se estaría desconociendo que muchos colombianos han salido del país sin que medie la voluntad, es decir, obligados por las condiciones socio políticas propias del conflicto armado. Luego, las primeras políticas públicas toman como referente al migrante exitoso tal como lo veremos en las siguientes páginas.

En lo que sigue, se estudiará el desarrollo normativo de las políticas públicas que se han elaborado en materia de migración y, en especial, de migración de retorno.

III.1. Resolución 3131 De 2004: El Programa Colombia Nos Une 2004

De los primeros esfuerzos del gobierno colombiano por el tema migratorio, surge la Resolución 3131 de 2004, que da vida al programa *Colombia nos Une*, donde el gobierno colombiano conforma un equipo dedicado exclusivamente a la ejecución y al desarrollo de la Política Migratoria del país. El programa reconoce el transnacionalismo como el eje fundamental de articulación entre las comunidades en el exterior y el país. Este programa busca facilitar y promover los vínculos entre los colombianos residentes fuera del territorio nacional con sus familias, sus regiones de origen y de manera extensa con Colombia. *Colombia Nos Une* reconoce la importancia de gestionar mecanismos de vinculación que cobijen los diferentes ámbitos en que se desarrolla la cotidianidad de los migrantes, a saber: regiones/ países de origen y de destino (CANCELLERÍA, 2014).

De igual manera, se crea el Grupo Interno de Trabajo *Colombia Nos Une*, adscrito a la Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano; grupo que desarrolla sus actividades a través de cinco ejes de trabajo encaminados a: 1. el fortalecimiento de la comunidad colombiana en el exterior; 2. la adecuación de servicios y beneficios que contribuyen a elevar la calidad de vida de los colombianos en el exterior; 3. el acompañamiento a los migrantes que retornen al país; 4. la gestión de iniciativas para la migración ordenada de colombianos al exterior; 5. la identificación y establecimiento de contacto con los colombianos residentes en el exterior que se distinguen por sus logros como empresarios, académicos o artistas, y la vinculación entre colombianos en diferentes partes del mundo. Como puede observarse el *Programa Colombia nos* tiene un perfil macroeconómico que busca potenciar bienes y servicios creados por los migrantes en el extranjero. Ahora, aunque en el Punto 3 se establece *el acompañamiento a los migrantes que retornen al país*, la Resolución no especifica a qué tipo de migrantes hace referencia, lo que nos permite evidenciar que la normatividad se dirige hacia un sector específico de las diversas categorías de migrantes: el exitoso.

III.2. Plan Retorno 2009

Es en el año 2009 que se empieza a construir una tipología más precisa de migrantes retornados. El Ministerio de Relaciones Exteriores ha venido ejecutando desde el año 2009 el *Plan retorno*, que permite que se brinden alternativas y acompañamiento a los migrantes colombianos que regresan al país en situación de vulnerabilidad, para que tengan alternativas de inserción laboral, productiva y atención inmediata en el momento de retornar a Colombia.

De este programa se han beneficiado 3.723 colombianos en su regreso al país, como resultado de las alianzas con entidades a nivel nacional, departamental y municipal, y con empresas del sector público y privado. Del *Plan Retorno*, se conoce que se han beneficiado en el año 2009 a 274 colombianos; en el 2010, 679; en el 2011, 1.319, y en 2012 entre enero y noviembre un total de 1.451 (CANCILLERÍA, 2014); para un total de 3.723 colombianos que regresan al país (CANCILLERÍA, 2017).

Para resumir, después de la creación de *Colombia Nos Une*, se continuó con la generación de iniciativas orientadoras de la Política Integral Migratoria, entre las que se destaca: el Decreto 1239 de 2003 dando creación a la Comisión Nacional Intersectorial de Migración; el Decreto 110 de 2004 en el que se definen funciones y responsabilidades frente a los temas de migración por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores; el Decreto 4000 de 2004 que trata el control de extranjeros; el Plan de Desarrollo 2006-2010 cuyo objetivo se basa en fortalecer la política estatal migratoria; el *Plan Exterior* Colombiana 2006-2010 en el que uno de sus objetivos propone diseñar una política integral de migraciones; el *Plan Comunidad en el Exterior* en el que principalmente se busca acercar a los colombianos a los consulados y embajadas de cada país; el *Proyecto Redes Colombia* busca establecer un sistema de redes sociales para los colombianos por medio del Centro de Estudios para la Migración Internacional (CEMIC) (JIMÉNEZ & TRUJILLO, 2010, pp. 425-426).

Es evidente que se vienen haciendo esfuerzos positivos en materia de migración de retorno por parte del Estado colombiano, pero en estos documentos normativos también es evidente el carácter instrumental de las normas al estar dirigidas a cierto *capital humano*, como si los colombianos en el extranjero fueran mercancías.

III.3. Política Integral Migratoria (PIM). Documento CONPES 3603 de 2009

Para el periodo de 2014 - 2018 se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo, a través de la Ley 1753 de 2015, que abarca el fenómeno migratorio. En cuanto a la movilidad social, uno de sus objetivos es el de generar alternativas para crear empleos de calidad y acceder al aseguramiento ante la falta de ingresos y los riesgos laborales. De igual manera, se pretende aumentar la formalización y calidad del empleo -siendo unos de sus puntos el promover acciones frente a la migración laboral-, quedando a cargo del Ministerio del Trabajo crear la Política de Migración Laboral, que permita fomentar acciones encaminadas a que los trabajadores migrantes tengan garantías de igualdad de oportunidades.

El proceso de institucionalización de la Política Integral Migratoria se concretó a partir de la elaboración, aprobación y seguimiento del Documento CONPES 3606/09 (BEDOYA, 2015, p. 82). El documento aborda las diferentes dimensiones del desarrollo de la población migrante, las reformas institucionales necesarias para su correcta implementación; se detallan los productos, actividades, presupuesto asociado y recomendaciones que tienen el propósito de ser ejecutadas para cumplir con los lineamientos que se exponen en la PIM (DOCUMENTO CONPES, 2009, p. 1).

Lo anterior, trae como consecuencia el surgimiento de la «Política Integral Migratoria» donde por primera vez el gobierno decide analizar la situación real del colectivo emigrante y los inmigrantes que residen en Colombia. En este aspecto el gobierno junta dos fenómenos que merecen marcos normativos diferentes porque no es igual el contexto en el que salen los colombianos y las razones que motivan a los extranjeros a residenciarse en Colombia. En otras palabras: la mayoría de colombianos emigran con motivo del conflicto armado, lo que no sucede con los inmigrantes que viven actualmente en Colombia.

En la Política Migratoria se evidencia la insuficiencia de mecanismos para enfrentar el fenómeno de las migraciones en el país (por la falta de distinción, tipología y comprensión del fenómeno). Desde luego, algo importante a señalar es la apuesta (así sea en términos retóricos) por parte del gobierno de reconocer como fundamental bienestar de los colombianos en el exterior y de sus familias que residen en Colombia (JIMÉNEZ & TRUJILLO, 2010, p. 424).

El Documento CONPES, entonces, tiene como eje central: la defensa, protección y garantía de los derechos de todas las personas involucradas en los procesos migratorios. En términos generales y abstractos se habla de la creación de escenarios que beneficien la decisión de migrar bajo condiciones de libertad en las que los ciudadanos construyan su propio destino con el acompañamiento y protección del Estado².

Se realiza, igualmente, un diagnóstico sobre el fenómeno migratorio colombiano y se registran históricamente tres olas comprendidas en los periodos de la década de los años sesenta (mayoritariamente hacia Estados Unidos, primera ola), la década de los años ochenta (dirigido a Venezuela, segunda ola) y la década de los años noventa (en rutas hacia España, tercera ola) (DOCUMENTO CONPES, 2009, pp. 27-28).

III.4. Ley 1565 de 2012 y Decreto Reglamentario 1000 de 2013: tipología del migrante retornado

El 31 de julio de 2012 se aprueba la Ley 1565 en la cual se dictan disposiciones y se fijan incentivos para el retorno de los colombianos residentes en el extranjero. Disposiciones de carácter aduanero, tributario y financiero que establecen una condición para quienes quieren regresar: tener capital financiero para poder realizar la inversión en Colombia. Esto solamente es aplicable en una ocasión y no beneficia a personas que tengan condenas vigentes en Colombia o en el exterior³. De igual manera, la Ley ofrece un acompañamiento integral para los colombianos que voluntariamente retornen al país.

Merece la pena resaltar el artículo 3 de la Ley 1565 de 2012 donde se establece por primera vez una tipología de migración de retorno: 1. el retorno solidario; 2. el retorno humanitario o por causa especial; 3. el retorno laboral y 4. el retorno productivo.

En este sentido y de acuerdo a la información proporcionada por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el Registro Único de Retornado (RUR), un total de 5.942 connacionales han recibido el certificado de beneficiarios de la Ley 1565 de 2012 desde noviembre de 2013 a marzo de 2017, retornando principalmente del país vecino Venezuela con un total de 1.906, España 1.283, Estados Unidos 1.092 siendo los tres países con el mayor número de retornados. Al respecto es importante señalar dos cuestiones que consideramos imprescindibles. En primer lugar, las cifras alarmantes de «venezolanos» que está llegando al país como resultado de la crisis económica, no son en estricto sentido ciudadanos venezolanos, son también colombianos que, sin importar las condiciones de su proceso migratorio, han decidido regresar a Colombia. En segundo lugar, los colombianos que proviene de España, han retornado por causa de la crisis económica en dicho país y por las políticas del gobierno español enfocadas en incentivar el retorno de colombianos.

² El Documento reconoce cinco principios con los cuales se pretende abordar la dinámica migratoria y las políticas que se implementan para la búsqueda de alternativas de solución a la deficiente atención que se les da a los fenómenos migratorios. En tal sentido los principios son: coherencia, integralidad, concordancia, de plena observancia de garantías individuales y de focalización.

³ Por delitos relacionados con el tráfico y trata de personas, lavado de activos, tráfico de estupefacientes, tráfico de armas, violaciones al Derecho Internacional Humanitario o a personas que hayan sido condenados por delitos contra la Administración pública.

En este orden de ideas veamos en qué consiste la tipología de migrantes retornados construida por el gobierno colombiano para establecer si en alguna de éstas caben los exiliados como víctimas del conflicto armado y si esta arquitectura jurídica ha sido realmente efectiva:

- a. *Retorno solidario*: es aquel realizado por colombianos víctimas del conflicto armado interno, así como los *pobres de solemnidad*, tal como lo establece la Unidad para la Atención y Reparación Integral de Víctimas (UARIV) en la Ley 1448 de 2011⁴.

En cuanto a esta tipología, según la Unidad para la Reparación de Víctimas, existen 10 países desde donde se han recibido la mayor cantidad de declaraciones en el que se ha dejado constancia de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que ocurrieron en el momento del hecho victimizante, siendo Ecuador con 1.979 peticiones el país desde el que se han hecho la mayor cantidad de declaraciones; segundo Venezuela con 1.390; tercero Canadá con 1.202; cuarto Estados Unidos con 1.031; quinto España con 782; sexto Panamá con 386; séptimo Costa Rica con 277; octavo Chile con 207; noveno Suecia con 79 y, por último Francia con 75 solicitudes. Al respecto surge una pregunta respecto a la territorialidad de la Ley, es decir a la aplicación *ratione loci*, en este sentido: ¿los exiliados son víctimas del conflicto armado sin importar que residen el exterior? En la actualidad se han recibido 7.090 solicitudes de inscripción en el Registro Único de Víctimas desde 43 países.

«Se ha prestado atención humanitaria a 8.114 personas que retornaron a Colombia en situación de vulnerabilidad de conformidad con lo mencionado en el Retorno Humanitario».

- b. *Retorno humanitario o por causa especial*: Es el retorno que realiza el colombiano por alguna situación de fuerza mayor o causas especiales⁵.

En este tipo de retorno se especifican las causas especiales, es decir, se hace referencia al riesgo en la integridad física, social, económica, personal y/o la de sus familiares, además se toma en cuenta el abandono o muerte de familiares radicados con el migrante en el exterior. Aquí cabe preguntarse si la situación de crisis mundial que ha obligado a

⁴ El *Retorno solidario* contiene a su vez la modalidad de ser declarado *pobres de solemnidad*, pero el Registro Único de Víctimas indica que no es factible identificar cuáles de los beneficiarios del *retorno solidario* son pobres de solemnidad, en cambio sí indican que de acuerdo a la Organización de Naciones Unidas (ONU), un *pobre de solemnidad* es la persona que sobrevive con menos de un (1) dólar americano al día. Ahora bien, en Colombia a través de la encuesta SISBEN, se clasifica a la población de acuerdo con sus condiciones socio económicas, siendo el puntaje del SISBEN la forma que utilizan para identificar de manera rápida y objetiva a la población en situación de pobreza y vulnerabilidad (MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, 2017, p. 7).

⁵ El *Retorno por causa especial* pretende que en situaciones de medidas administrativas migratorias o por razones de fuerza mayor se siga la siguiente ruta: 1. se realice la atención humanitaria de emergencia para garantizar derechos fundamentales, a través del trabajo mancomunado entre entidades públicas y privadas; 2. se garantice el retorno a redes de apoyo en donde se pueda comenzar el proceso de recuperación; 3. se apoye la recuperación temprana de retornados con alto grado de vulnerabilidad. Con el objetivo de complementar la atención al ciudadano que retorna en estas condiciones, se deben tener en cuenta criterios transversales, como la garantía de derecho de unidad familiar, establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 16 en el numeral 3, siendo el Estado y la sociedad los encargados de proteger dicho derecho.

regresar se puede considerar como una situación de fuerza mayor o causa especial. Debido a que los procesos migratorios son mixtos (voluntarios y forzados), por razones económicas dichas familias se fragmentan. Por tal razón la normatividad se enfoca en asegurar la protección de la unidad familiar sin que conlleve ninguna clase de discriminación de sexo, raza, nacionalidad y/o género (MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, 2017, p. 4).

Por otro lado, en la plataforma del Registro Único de Retornados (RUR) se puede encontrar gran cantidad de personas que han obtenido el certificado como beneficiarios por departamentos de *retorno humanitario o por causa especial*, población que retorna sobre todo de los países fronterizos (MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, 2017, p. 7)⁶.

El Ministerio de Relaciones Exteriores a través del programa *Colombia Nos Une*, en articulación con la Cruz Roja Colombiana y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), desde noviembre del año 2013 hasta mayo del año 2017, documentan que se ha prestado atención humanitaria a 8.114 personas que retornaron a Colombia en situación de vulnerabilidad de conformidad con lo mencionado en el *Retorno Humanitario* establecido en la Ley 1565 de 2012, lo que representa el 99,4% de atención a población proveniente de Venezuela y Ecuador, cifras que coinciden con los beneficiarios por departamentos enunciados anteriormente.

En el proceso de atención humanitaria a migrantes desde el 2013 a 2017, los tres departamentos con mayor atención son: Norte de Santander, La Guajira y Arauca, los cuales están ubicados en zona fronteriza con la República Bolivariana de Venezuela. Según el Ministerio de Relaciones Exteriores, este es el mayor punto de ingreso de población y además cuenta con una alta situación de vulnerabilidad económica.

- c. *Retorno Laboral*: es el realizado por los colombianos que retornan a sus lugares de origen con el objetivo de emplear sus capacidades, saberes, oficios y experiencias de carácter laboral adquiridas en el exterior y en Colombia.

Esta tipología es una extensión de la normatividad anteriormente analizada en la que prevalece la figura del migrante exitoso. En cuanto a las estadísticas, el Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo a la información contenida en el Registro Único de Retornado, señala que un total de 2.193 personas han obtenido el certificado de beneficiario de la Ley 1565 de 2012, estos datos han sido recolectados entre noviembre de 2013 a marzo de 2017⁷. Un dato que resulta ser llamativo es que hay un total de 241 personas que no reportan su departamento de origen.

Por su parte, la Cancillería inició en el 2016 mediante el Convenio No. 016 del 31 de octubre, la implementación de una estrategia de atención entre el Ministerio de Trabajo y el Registro Único de Retornados, con el objetivo de promover, articular y monitorear

⁶ Norte de Santander con 622, Cundinamarca con 148, Valle del Cauca con 92, Antioquia con 62, Atlántico con 53, Risaralda con 49, Quindío con 23, Santander con 19, Caldas con 12, Magdalena con 10, Nariño con 9, Bolívar con 8, Cesar 8, Boyacá con 5, Huila con 5, Cauca con 4, Sucre con 4, Tolima con 4, Caquetá con 2, Córdoba con 2, Meta con 2, Distrito Capital con 1, Guajira con 1. Los departamentos con zona fronteriza con la República Bolivariana de Venezuela y Ecuador tienen mayor cantidad de beneficiarios

⁷ Al respecto, Cundinamarca tiene 789, Valle del Cauca 257, Antioquia 217, Risaralda 187, Atlántico 113, Caldas 68, Quindío 61, Santander 60, Bolívar 45, Norte de Santander 27, Tolima 26, Magdalena 22, Boyacá 16, Huila 16, Cauca 11, Nariño 7, La Guajira 6, Meta 6, San Andrés y Providencia 4, Córdoba 3, Arauca 2, Casanare, Putumayo y Sucre.

las iniciativas de orientación y acompañamiento en este tipo de retorno con los departamentos que presentaron mayor flujo migratorio⁸.

- d. *Retorno Productivo*: es el realizado por los colombianos para cofinanciar proyectos productivos vinculados al plan de desarrollo de su departamento y/o municipio de reasentamiento, con sus propios recursos o subvenciones de acogida migratoria

De acuerdo a la información contenida en el Registro Único de Retornados un total de 1.777 connacionales han obtenido el certificado de beneficiarios de la Ley 1565 de 2012, conforme a la información proporcionada por el Ministerio de Relaciones Exteriores entre noviembre de 2013 a marzo de 2017⁹.

«El gobierno colombiano debe aclarar la ruta de los y las personas que retornan desde el exterior y asumir las garantías que conlleva realizar este proceso».

El Ministerio de Relaciones Exteriores argumenta que al 2 de mayo de 2017 se han implementado un total de 126 proyectos productivos con los departamentos de Nariño, Norte de Santander, Chocó, Atlántico, Risaralda, Quindío, Caldas, Valle del Cauca, Antioquia y Cundinamarca, de tipo asociativo e individual.

Entre los proyectos asociativos con el departamento de Nariño, se han implementado un total de 12 proyectos productivos, con un número de beneficiarios directos de 610; en Chocó en el municipio de Juradó se realizó un proyecto productivo beneficiando a 100 ciudadanos; en Norte de Santander se han realizado 4 proyectos productivos que han beneficiado a 99 personas¹⁰. Resulta importante mencionar que la Ley 1565 de 2012 en su artículo 4, enuncia los incentivos y el acompañamiento que, según la citada Ley debe ser integral a los diversos tipos de retorno. De igual modo, el artículo 5 enuncia los incentivos tributarios, en donde quedarían exentos del pago de todo tributo y de los derechos de importación que graven el ingreso al país.

Por otra parte, el Decreto 1000 de 2013, que reglamenta la Ley 1565 de 2012, crea la Comisión Intersectorial para el Retorno, cuyo objetivo es coordinar las acciones tendientes a brindar atención integral a la población migrante colombiana en situación de retorno; Comisión que articula la participación de varios ministerios. En este sentido,

⁸ Según datos de Registro Único de Retornados con: Risaralda, Cundinamarca, Valle del Cauca, Atlántico, Antioquia y Santander. De acuerdo a los datos de Registro Único de Retornados fueron un total de 1.201 personas por departamento, en donde lograron contactar a 662 personas, de las cuales 384 personas manifestaron estar interesadas en que se le diera orientación y acompañamiento al retorno laboral y 250 no estaban interesadas en beneficiarse del Convenio. 545 personas no se pudieron contactar.

⁹ Cundinamarca es el departamento con mayor índice con un total de 345 beneficiarios, no siendo mucha la diferencia con Risaralda con un total de 326, mientras que con Valle del Cauca se presentan 205, Quindío 176, Caldas 160, Antioquia 142. Atlántico presenta una gran diferencia respecto de los anteriores con 50, Santander con 41, Norte de Santander 41, Bolívar 22, Tolima 20, Cauca 13, Magdalena 13, Huila 11, Boyacá 8, Meta 8, Nariño 8, Sucre 6, Córdoba 5, La Guajira 2. Caquetá, Casanare y Choco presentan un beneficiario. Se presenta la misma situación con otros tipos de retorno. 179 personas no se enmarcaron en un departamento específico siendo en blanco su respuesta.

¹⁰ En cuanto a los proyectos individuales, el Ministerio de Relaciones Exteriores no informa la cifra de las personas beneficiadas con los proyectos. Más bien da cuenta de la cantidad de proyectos: en el departamento de Atlántico 1, en el Valle del Cauca se han implementado 16, en Quindío 24, Caldas 18, Cundinamarca 13, Antioquia 13 y Risaralda 25. En cuanto a este aspecto estadístico, el Ministerio de Relaciones Exteriores no brinda información específica de cada proyecto, es decir: ni el tipo de población ni el número de beneficiados por sexo, ni los tiempos de la realización y el enfoque de cada proyecto.

el Ministerio de Relaciones Exteriores será el encargado de la coordinación de las acciones de acompañamiento al retorno, actuando como Secretaría Técnica.

Finalmente, se puede afirmar que la preocupación del gobierno nacional en aras de garantizar los derechos de los migrantes y de quienes retornan es muy reciente y aún se encuentra poco consolidada. Existe, por otro lado, un desconocimiento por parte de los colombianos en el extranjero del todo el tejido normativo que se ha construido para hacer posible el sueño del retorno. En este punto es evidente la poca difusión, la ausencia de apoyo y el acompañamiento en la ruta del retorno por parte del gobierno nacional (BEDOYA, 2015, p. 95).

Si bien es cierto, tal como se ha dejado claro, existen una arquitectura jurídica para el retorno de miles de colombianos, también es cierto que existe vacíos normativos respecto a los exiliados como categoría individualizada; vacíos que surgen en primer lugar porque los exiliados no son personas protegidas internacionalmente y, en el contexto nacional, aún no son tomados de manera expresa y específica como víctimas del conflicto armado. La anterior tipología sirve de base porque articula diversos tipos de personas en fuga, fenómenos migratorios que obedecen a un contexto particular de nuestra cruda realidad. Sin embargo, en la medida en que no se reconozca a los exiliados como sujetos de derecho, no podrán hacer uso de las pocas garantías que analizamos en este texto.

IV. CONCLUSIÓN

Colombia es un país donde la población en el exterior asciende a cerca de 4,7 millones de connacionales. Muchos colombianos no emigraron de manera voluntaria o por razones eminentemente económicas como lo tratan de demostrar algunos estudios estadísticos reduccionistas del fenómeno. En el caso de los exiliados colombianos, han sido las circunstancias propias del conflicto armado las que han empujado a muchos a tomar el camino de la huida, de la supervivencia ante lo inevitable.

En este sentido, los refugiados, asilados y exiliados conforme al Acuerdo de Paz y el marco normativo objeto de análisis, también representan un eslabón de la cadena de víctimas del conflicto armado. En este orden de ideas, el presente texto nos permitió establecer los límites que aún existen en materia normativa como es el caso que presenta la Ley 1448 de 2011 en cuanto a los exiliados como víctimas y la fecha de aplicación de la Ley. Desde esta perspectiva, es necesario facilitar mecanismos y estrategias para que los exiliados retornados puedan integrarse como sujetos de derecho, como ciudadanos de primera clase, que sean partícipes en la construcción de la Política Pública de Retornados (CNMH, 2016, pp. 16-17).

De esta forma, el gobierno colombiano debe aclarar la ruta de los y las personas que retornan desde el exterior y asumir las garantías que conlleva realizar este proceso. Luego, resulta urgente crear Políticas Públicas y rutas institucionales que faciliten a los retornados la inmersión a la sociedad, la política y la economía. Desde luego que se requiere realizar una modificación en la Ley 1448 de 2011 que permita la inclusión en un apartado especial de los exiliados como víctimas o en su defecto de una ley que involucre la problemática de forma integral. Además, el gobierno debe ingresar a la ruta de atención a la población retornada con enfoque diferencial que contemple las necesidades reales de este grupo de personas (2016, p. 18).

En cuanto a la Ley 1565 de 2012, tal como lo señalamos, crea un sistema de incentivos, pero para aquellos migrantes que retornan con determinado capital

financiero. En fin, esta Ley se crea para el migrante exitoso. Por otro lado, la búsqueda de una política enfocada a las migraciones llevó a la creación de la Política Integral Migratoria (PIM) Documento CONPES 3603 de 2009. Resulta curioso ver cómo la PIM parte del reconocimiento de la «limitada atención a los fenómenos migratorios por parte del Estado colombiano», en donde en primera instancia no se aclara cuál es la situación real que vive Colombia en materia migratoria. En cualquier caso, los esfuerzos realizados para la creación de una PIM ya es un avance significativo. Aunque faltan mecanismos y acciones específicas que generen cambios y aumento de facilidades a los migrantes colombianos en el exterior. Igualmente, se establecen diversas actividades entre diferentes entes gubernamentales cuyos recursos destinados para la aplicación son escasos en comparación con las metas propuestas. En este aspecto, se ha fallado como se establece en la PIM en la consolidación de una Política Pública en materia de migración de retorno (JIMÉNEZ & TRUJILLO, 2010, p. 427).

Al respecto, aún existe una brecha para que la PIM se convierta en una Política Pública que pueda darles garantías reales a los colombianos residentes en el exterior y para quienes retornan. Para ello se debe identificar en qué estado se encuentra la problemática de las migraciones en Colombia, con el fin de fortalecer a los actores que intervengan en ella (JIMÉNEZ & TRUJILLO, 2010, p. 427).

Por último, conforme a los pronunciamientos del Centro Nacional de Memoria Histórica, el gobierno colombiano debe realizar seguimiento a los decretos, a las Políticas Públicas (internas y externas), a la jurisprudencia sobre desplazamiento, a la figura de la protección internacional, puesto que existen vacíos de protección sobre todo cuando no se tiene protección internacional como es el caso de los exiliados. De igual modo, se recomienda, para efectos de construir una nación incluyente en la etapa del *posacuerdo*, realizar un diagnóstico sobre la población exiliada donde se tome, de manera integral, políticas públicas de reconocimiento e integración en materia económica, social y cultural.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACUERDO DE PAZ (2016), *Acuerdo General Para La Terminación Del Conflicto Y La Construcción De Una Paz*. Recuperado de: <http://www.acuerdodepaz.gov.co/>.

BARRETO, Manuel & SARMIENTO, Libardo (1997), *De los derechos, las garantías y los deberes*, Constitución Política de Colombia, comentada por la Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá.

BEDOYA BEDOYA, María Rocío (2014), «El papel de las políticas públicas de migración y retorno en Colombia en el marco de la crisis económica mundial: los casos del Eje Cafetero, Cali, Medellín y Bogotá», *Estudios Políticos*, 46, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, pp. 79-99. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=16433765005>.

CANCELLERÍA (2014). Recuperado de: <http://www.cancilleria.gov.co/footer/join-us/work/plan>.

CANCELLERÍA (2017) Recuperado de: <http://www.colombianosune.com/noticia/PlanRetornoBeneficiado3723Colombianos>.

CENTRO DE MEMORIA HISTORICA (2016), *Informe Técnico Talleres de Memoria «Exilio, retorno y éxodo transfronterizo»*. Proyecto «Las memorias del exilio

colombiano: huellas del conflicto armado más allá de las fronteras», Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.

CENTRO DE MEMORIA HISTÓRICA (2017). Recuperado de: <http://centrodehistoriahistorica.gov.co/vocesdelexilio/index.php/noticias/item/88-me-haces-falta-campana-por-los-exiliados-colombianos>.

CONSTITUCIÓN Y CIUDADANÍA (2007), *Derecho de Circulación y Residencia: Artículo 24*, Recuperado de <http://blogjus.wordpress.com/2007/05/07/derecho-a-circular-libremente-articulo-24/>.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (2015). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>.

CORTE CONSTITUCIONAL (2016), *Sentencia C-379/16*, referencia: expediente PE-045. Bogotá, D.C., 18 de julio. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>.

CONSULTORÍA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO - CODHES (2017), «Víctimas en el exterior, población exiliada y refugiada: garantías para los derechos en el marco de la implementación del acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC-EP». *Papeles para la Incidencia No. 10*, Bogotá: CODHES-USAID.

DOCUMENTO CONPES 3603 (2009), «Política Integral Migratoria», Consejo Nacional de Política Económica y Social, República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá D.C. Recuperado de: <http://www.colombiaemb.org/files/docs/CONPES%203603%20%20Política%20Integral%20Migratoria.pdf>.

JIMÉNEZ JIMÉNEZ, Catalina (2009), «Aplicación e instrumentalización de la doctrina de seguridad nacional en Colombia (1978-1982): efectos en materia de derechos humanos», *Colección*, núm. 20, pp. 75-105.

JIMÉNEZ, Magda Catalina & TRUJILLO, Silvia María (2010), «La migración: de la agenda pública a una política pública». En: *Más Allá de la Seguridad Democrática. Agenda hacia nuevos horizontes*, Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, pp. 421-430.

LEAL BUITRAGO, Francisco (2003), «La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur», *Revista de Estudios Sociales*, n.º 15, pp. 74-87.

MEZZADRA, Sandro (2005), *Derecho de fuga: migraciones, ciudadanía y globalización* (trad. de Miguel Santucho), Madrid: Traficantes de sueños.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2017), Respuesta a Derecho de Petición. Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano, Grupo interno de trabajo Colombia Nos Une. S-GCNU-17-034746, Cancillería, pp. 1-13.

OSORIO TORRES, Aura Ximena (2008), «Los Derechos de los Colombianos en el Extranjero y de los Extranjeros en Colombia. En Mora en un Enfoque Integral», *Vniversitas*, n.º 117, Universidad de Bogotá, pp. 357-376.

PLAN NACIONAL DE DESARROLLO, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (2014). Recuperado de:

<https://www.dnp.gov.co/Pol%C3%ADticasdeEstado/Visi%C3%B3nColombia2019.aspx>.

TARAPUÉS SANDINO, Diego (2016), «El plebiscito para la paz: jurídicamente innecesario, políticamente indispensable», *Razón Pública* (Colombia), *INEJ* (Nicaragua). Recuperado de: <https://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/9631-el-plebiscito-para-la-paz-jur%C3%ADdicamente-innecesario,-pol%C3%ADticamente-indispensable.html>.

UNIDAD PARA LAS VÍCTIMAS (2015), *Orientaciones generales para colombianos/as víctimas en el exterior sobre el acceso a medidas de atención, asistencia y reparación en el marco de la Ley 1448 de 2011*. Bogotá D.C. Recuperado de: <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/orientacion-es-generales-victimas-en-el-exterior.pdf>.

UNIDAD PARA LAS VÍCTIMAS (2017), *Ruta de Retornos y Reubicaciones Individual*. Recuperado de <http://www.unidadvictimas.gov.co/es/ruta-de-retornos-y-reubicaciones-individual/282>.

VISIÓN COLOMBIA II (2019). Recuperado de http://archivo.cepal.org/pdfs/GuiaProspectiva/visionColombiaIIcentenario_2019comple.pdf.

VITALE, Ermanno (2006), *Ius Migrandi. Figuras errantes a este lado de la cosmópolis* (trad. de Piero Dal Bon y Isabel Fernández G.), España: Melusina.

COMENTA ESTE ARTÍCULO

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

Trimestral - n.º 2, Abril de 2017

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)

JURI-DILEYC

Trimestral - n.º 3, Agosto de 2017

DERECHO Y ECONOMÍA DE LA Integración



DIRECCIÓN
CARLOS F. MOLINA DEL POZO

Muslim Migrations in Europe
(M. GRADOLI)

Derecho Social Comunitario
(J.E. LÓPEZ AHUMADA)

Brexit y Fiscalidad
(D. CARBAJO VASCO)

Derecho de la Competencia
(B. HERNÁNDEZ BATALLER)

**Despido / Influencia de los
pronunciamientos del TJUE**
(R.K. APARICIO ALDANA)

**DOSSIER
ESPECIAL
MIGRACIONES**
(M.T. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ)

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

JURI-DILEYC

SUSCRIPCIONES:

*General:

50 € sin IVA (anual)

*Estudiante:

25 € sin IVA (anual)

NÚMERO SUELTO:

15 € (sin IVA)

ARTÍCULO SUELTO:

5 € (sin IVA)

JURI-DILEYC.COM

PARLAMENTOS REGIONALES



LOS PARLAMENTOS DE ORGANIZACIONES REGIONALES Y ASOCIACIONES PARLAMENTARIAS: UN DEBATE SOBRE SU ROL Y EL FUTURO

ALBERTO MANUEL POLETTI ADORNO*

Doctor en Derecho

*Profesor de la Universidad Columbia
(Paraguay)*



Resumen: El número de asambleas legislativas de organizaciones regionales de integración ha ido expandiéndose a medida que dichos organismos internacionales han sentido la necesidad de crear estructuras para el encuentro de sus parlamentarios o para la realización de actividades legislativas de sus organizaciones. Pese a ampliarse considerablemente el número de entidades, no son pocas las voces que critican su utilidad, pues más allá de que son pocas las asambleas que cuentan verdaderamente con facultades legislativas, se ha mencionado que sus costos, estructura

* Abogado egresado de la Universidad Nacional de Asunción. Egresado de la Escuela Judicial Paraguaya. LL.M. en Derecho Francés y Europeo y Doctor en Derecho en la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne. Investigador externo del Dpto. de Derecho Político de la UNED en España. Es Abogado independiente y profesor de la Universidad Columbia del Paraguay. Las opiniones aquí vertidas son de exclusiva responsabilidad del autor. Correo-e: alberto_poletti@hotmail.com.

y funciones ameritan una revisión. Pero más allá de las críticas que puedan hacerse, el sistema de relacionamiento entre organizaciones políticas y países no pasa actualmente solo por los gobiernos sino también compromete a los congresos de los países.

Palabras clave: Parlamento, asamblea legislativa, procesos de integración, partidos políticos, distribución de bancas, principio de subsidiariedad, cooperación regional.

PARLIAMENTS IN REGIONAL ORGANIZATIONS AND PARLIAMENTARY ASSOCIATIONS: A DEBATE ABOUT THEIR ROLE AND FUTURE

Abstract: The number of legislative assemblies of regional organizations has been growing since these international bodies have felt the necessity to create structures for the meetings of the members of their parliaments or for complying with legislative activities. In spite of increasing the number of these entities, there are many voices that criticize its usefulness, because beyond the fact that there are few assemblies that truly count on legislative faculties, it has been mentioned that its costs, structure and functions merit a revision. But beyond the critics that may arise, the current system of relationships between political organizations does not pass only by the governments but also compromise the congress of the countries.

Keywords: Parliament, legislative assembly, process of integration, political parties, distribution of seats, principle of subsidiarity, regional cooperation.

LES PARLEMENTS DES ORGANISATIONS RÉGIONALES ET LES ASSOCIATIONS PARLEMENTAIRES: UN DÉBAT SUR LEUR RÔLE ET LE FUTUR

Résumé: Le nombre des assemblées législatives des organisations internationales d'intégration se sont développés au fur et à mesure que ces organisations internationales ont ressenti le besoin de créer des structures pour la réunion de leurs parlementaires ou pour la réalisation des activités législatives desdites organisations. Il y a beaucoup de voix qui critiquent son utilité, parce qu'au-delà du fait qu'il y a peu d'assemblées qui comptent vraiment sur les facultés législatives, il a été mentionné que ses coûts, leur structure et leurs fonctions méritent une révision. Mais au-delà des critiques que l'on peut faire, le système des relations entre organisations politiques et pays passe non seulement par les gouvernements mais engage aussi les congrès des pays.

Mots-clés: Parlement, assemblée législative, procès d'intégration, partis politiques, distribution des sièges, principe de subsidiarité, coopération régional.

Índice. Los parlamentos y su reconocimiento a nivel regional. I. Los parlamentos regionales, foros de intercambio de representantes de los países. A. La composición: elección frente a designación. B. Las funciones y la complementariedad/subsidiariedad. II. Reflexiones sobre la modernización de los parlamentos regionales. A. Nuevos desafíos: efectividad y presencia en la vida de las personas. B. La ética y la eficacia en la función legislativa. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

LOS PARLAMENTOS Y SU RECONOCIMIENTO A NIVEL REGIONAL

La etimología de la palabra parlamento da cuenta que el término se refería inicialmente a la asamblea de los representantes populares de un pueblo donde se discuten y resuelven los asuntos públicos, pasando luego a ser un cuerpo consultivo y un órgano legislativo¹. Aparece propiamente en el Reino Unido en 1658 y se establece definitivamente en 1668. Más allá del sistema presidencialista o parlamentarista que puedan seguir los Estados, lo cierto es que la mayoría de los organismos creados en procesos de integración utilizan el término parlamento, siendo pocos los que se refieren a una asamblea legislativa.

Para situarnos en el tema, hemos optado por hacer una lista rápida y no exhaustiva. Hemos decidido clasificar a las organizaciones censadas en base a criterios geográficos y de acción, incluyendo tanto aquellas oficiales como también a las organizaciones privadas e iniciativas que vinculan a la actividad parlamentaria.

Ámbito universal:

- Unión interparlamentaria: establecida en 1889, es la organización internacional que reúne los parlamentos de diferentes países. Se trata de organización que representa a la rama legislativa de los gobiernos en una escala mundial. Los miembros de la UIP son en la actualidad 144 parlamentos nacionales. La misión de la UIP está definida en el artículo 1 de los Estatutos: «*luchar por la paz y la cooperación entre los pueblos y por el firme establecimiento de instituciones representativas. Dentro de ese amplio mandato, la organización trabaja para fortalecer la estructura de la democracia parlamentaria en todo el mundo*»². Es importante notar que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Parlamento Andino, Parlamento centroamericano, Parlamento europeo y el Parlamento latinoamericano son miembros asociados³.
- Iniciativa parlamentaria para las Naciones Unidas: dentro de la discusión de la reforma de la mencionada organización internacional existe un proyecto llevado adelante por diferentes sectores: parlamentarios, organizaciones no gubernamentales y ciudadanos que promueve la representación democrática de los ciudadanos del mundo en las Naciones Unidas señalando que dicha iniciativa podría brindarle a los representantes electos por los ciudadanos, no solamente a los estados, un rol directo e influyente en la política global. Según informaciones, actualmente miembros de parlamentos de 122 países apoyan esta iniciativa⁴. Durante una semana (a finales de octubre de 2017) se realizó una petición global de apoyo a la iniciativa⁵.

Alcance limitado a zonas geográficas o determinadas acciones:

- Unión interparlamentaria árabe (<http://www.arabipu.org>);
- Asamblea interparlamentaria de la francofonía (<http://apf.francophonie.org>);
- Asociación Parlamentaria de la Mancomunidad Británica de Naciones (www.cpahq.org);

¹ Etimología del Parlamento (<http://etimologias.dechile.net/?parlamento>).

² Unión interparlamentaria. Folleto de información, p. 1 (http://archive.ipu.org/PDF/publications/IPU_info_sp.pdf).

³ Unión interparlamentaria, *op. cit.* p. 5

⁴ UNPA Campaign. Campaña para una asamblea parlamentaria en la ONU, p. 1 (<http://es.unpacampaign.org/>).

⁵ World Parliament now (<http://www.worldparliamentnow.org/es/>).

- Conferencia de Parlamentarios de la Región Ártica (<http://www.arcticparl.org>);
- Diálogo Interparlamentario Asia-Europa;
- Unión Parlamentaria de Asia y del Pacífico;
- Asociación de Parlamentarios Europeos para África;
- Consejo interparlamentario en contra del antisemitismo;
- Asamblea Parlamentaria de la iniciativa Centro-Europa;
- Asociación Parlamentaria de la Cooperación Euro-Árabe;
- Asamblea parlamentaria de la Cooperación Económica del Mar Negro;
- Organización global de parlamentarios contra la corrupción (organización privada fundada en 2002 con secciones en 50 países, <http://gopacnetwork.org>).

África:

- Parlamento panafricano (<http://www.panafricanparliament.org/>);
- Unión Parlamentaria africana (<http://www.africanpu.org>);
- Parlamento africano de la sociedad civil (<http://parlementafricain.org>);
- Consejo Consultivo de la Unión del Magreb Árabe.

América:

- Parlamento Amazónico (<https://parlamaz.wordpress.com>);
- Parlamento Andino (<https://parlamentoandino.org>);
- Parlamento Centroamericano (<http://www.parlacen.int>);
- Confederación Parlamentaria de las Américas (<http://www.copa.qc.ca>);
- Parlamento latinoamericano y del Caribe - PARLATINO (<http://parlatino.org>). Es probable que este organismo se convierta en la Asamblea Legislativa de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC)⁶;
- Parlamento del Mercado común del Sur (<https://www.parlamentomercosur.org>);
- Parlamento de la Unión de naciones sudamericanas (UNASUR): con sede en Cochabamba, Bolivia y previéndose que entre en funcionamiento en un futuro próximo.

Asia:

- Asamblea Interparlamentaria del ASEAN (<http://www.aipasecretariat.org>);
- Parlamentarios de ASEAN para los derechos humanos (<https://aseanmp.org>);
- Encuentro de la Asociación Sur Asiática de Cooperación regional (<http://saarc-sec.org>);
- Asamblea Interparlamentaria de naciones miembros de la Mancomunidad de Estados Independientes (<https://iacis.ru>).

Europa:

- Parlamento europeo (<http://www.europarl.europa.eu>);
- Asamblea báltica (<http://www.baltasam.org>);
- Asamblea Interparlamentaria de Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo - BENELUX (<https://www.beneluxparl.eu>);
- Asamblea parlamentaria europea sobre ortodoxia (<http://eiao.org>);
- Consejo Nórdico (<http://www.norden.org/en/nordic-council>);
- Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa (<http://assembly.coe.int>);

⁶ PARLATINO encaminado a ser Asamblea legislativa de CELAC, 3 de junio de 2011 (<http://parlatino.org/parlatino-encaminado-a-ser-asamblea-legislativa-de-celac/>).

- Asamblea parlamentaria de la Organización para la seguridad y la cooperación en Europa - OSCE (<https://www.oscepa.org>);
- Asociación Parlamentaria de la cooperación en el sureste de Europa (<http://www.rcc.int>).

Se discute en la actualidad la creación de una asamblea parlamentaria para los miembros del Grupo Visegrad (compuesto por Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Ucrania y Rumania)⁷.

A esta lista, Stelios STAVRIDIS (2002) le agrega otras asociaciones:

- Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en el Mediterráneo interparlamentaria;
- Presidentes de Parlamentos de los Países Euro mediterráneos;
- Mujeres parlamentarias;
- Jóvenes parlamentarios euro mediterráneos;
- Asambleas Parlamentarias de la OTAN.

Realizar un análisis de tantas organizaciones se presenta como un desafío. Más allá de la diversidad de objetivos, funciones y estructura de los llamados parlamentos regionales, intentaremos encontrar los aspectos comunes (I) para centrarnos luego en los debates generados sobre los desafíos y problemas que enfrentan en el ejercicio de sus funciones y que se vinculan a la posibilidad de cumplir funciones parlamentarias a nivel internacional cuando no existe un marco similar al ámbito interno (II).

I. LOS PARLAMENTOS REGIONALES, FOROS DE INTERCAMBIO DE REPRESENTANTES DE LOS PAÍSES

Más allá de que el término «Parlamento» pueda ser correctamente utilizado ya que no se trata de un órgano del sistema parlamentarista, vemos que existen elementos comunes con la actividad legislativa interna del país.

A. La composición: elección frente a designación

Algunos órganos como el Parlamento Europeo y en menor medida el Parlamento del MERCOSUR proceden a elegir sus representantes por elección directa. Ello pues en este último organismo hasta el momento solo Paraguay y Argentina⁸ los han elegido directamente, Uruguay y Brasil junto con Venezuela (miembro actualmente suspendido) siguen designándolos de entre los miembros elegidos dentro del Congreso de su país. Según informaciones, recién en 2020 en el Uruguay⁹ y en Brasil¹⁰ se elegirán a los miembros por votación popular.

⁷ «Poland initiates the creation of the Assembly for Visegrad Group with Romania and Ukraine», *Visegradpost*, June 27, 2016. Recuperado de: <https://visegradpost.com/en/2016/06/27/poland-initiates-the-creation-of-the-assembly-for-the-visegrad-group-with-romania-and-ukraine/>.

⁸ Ley 27.120/2014

⁹ «En 2020 uruguayos votarán al PARLASUR», *El País*. Recuperado de: <http://www.elpais.com.uy/informacion/uruguayos-votaran-parlasur.html>.

¹⁰ «PARLASUR adia eleições diretas de parlamentários para 2020», *Câmara dos deputados do Brasil* (Wilson SILVEIRA y Regina CELI ASSUMPCAO, 2013). Recuperado de: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/RELACOES-EXTERIORES/458455-PARLASUL-ADIA-ELEICOES-DIRETAS-DE-PARLAMENTARES-DO-MERCOSUL-PARA-2020.html>.

En el mismo sentido: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/9470/1/parlasur/congreso-brasilero-aprueba-reglas-para-la-eleccion-de-integrantes-del-parlasur.html>.

En la Unión Europea, un día cada cinco años los Estados miembros proceden a elegir a sus miembros en forma simultánea. La primera elección se realizó en 1979 y la última en 2014. El sistema actual prevé la votación de listas o mediante el sistema de voto único transferible, de tipo proporcional (artículo 1 de la Decisión 2002/772 del Consejo). Es importante mencionar igualmente que en estas elecciones, la mayor parte de los Estados miembros se constituyen en circunscripciones únicas. Sin embargo en cinco países (Bélgica, Irlanda, Francia, Italia y el Reino Unido) se han creado circunscripciones regionales a los efectos de la elección. También debe destacarse que existen normas especiales para el voto de los nacionales de un país que residen en el extranjero y de los extranjeros que residen en un país miembro¹¹. Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tiene derecho a votar en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (artículo 22 del TFUE). Sin embargo, para el caso de los nacionales residentes en el extranjero que quieran votar en su país de origen se aplican las disposiciones de este último Estado, que pueden legislar al respecto.

«Algunos órganos como el Parlamento Europeo y en menor medida el Parlamento del MERCOSUR proceden a elegir sus representantes por elección directa».

La designación de participantes del PARLATINO y de numerosos órganos se da por decisión de sus miembros, sin intervención popular. En la elección no existen normas idénticas en lo que se refiere a la composición y cantidad de representantes.

Así, la Unión europea elige 751 diputados que representan a más de 508 millones de personas y se rige por el principio de proporcionalidad, siendo la nación más poblada (Alemania) la que cuenta con mayor cantidad de representantes (96) y los países menos poblados cuentan con 6 representantes¹².

En el MERCOSUR, la comisión parlamentaria del MERCOSUR fue creada en 1994 previéndose dos reuniones por año y estando integrada inicialmente por 16 países. Sus funciones principales eran las de acelerar los procedimientos internos para la entrada en vigor de las normas adoptadas por los órganos del MERCOSUR y ayudar en la armonización de legislaciones. En 2007 fue sustituido por el Parlamento del MERCOSUR y este órgano carece aún de funciones legislativas propias, desempeñando principalmente un papel político y consultor ya que sus decisiones no son vinculantes. Nótese por ejemplo que conforme al tratado constitutivo, puede producir dictámenes, proyectos de normas, declaraciones, recomendaciones e informes, debiendo reunirse una vez por mes y pudiendo realizar sesiones virtuales, sin presencia física de los parlamentarios en un mismo lugar. Luego de la composición paritaria inicial, se prevé igualmente la integración proporcional de acuerdo a la población y se prevé que Brasil tenga 75 miembros, Argentina 43, Venezuela 32 y 18 miembros de Paraguay y Uruguay, debiendo preverse igualmente la participación de representantes bolivianos.

¹¹ El parlamento europeo: modalidades de elección. Recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.3.4.html.

¹² El nuevo parlamento europeo: distribución de escaños por país. Recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/spain/es/sala_de_prensa/comunicados_de_prensa/pr-2014/pr-2014-may/dato9.html.

En el PARLACEN los diferentes Estados cuentan con 22 miembros cada uno. Es importante destacar que, más allá de las características similares en cuanto a extensión y población de los países, no existe distinción entre los Estados fundadores (Honduras, El Salvador, Guatemala y Nicaragua) y los que se adhirieron posteriormente (Panamá y República Dominicana).

Conforme al artículo 5 del Protocolo al acta constitutiva de la Unión africana relativa al Parlamento panafricano, el parlamento nacional u órgano deliberante debe elegir, fuera de sus miembros, cinco representantes por país, previéndose la renuncia al parlamento nacional si un miembro del cuerpo legislativo es electo para el órgano regional (art. 5.6)¹³. Al menos un representante debe ser de la oposición.

El artículo 9 del Estatuto de la Asamblea Interparlamentaria de la ASEAN prevé reuniones anuales con la asistencia de un máximo de 15 miembros de cada país encabezados por el Presidente o persona que ocupa el puesto, previéndose que al menos 3 asistentes sean parlamentarias del sexo femenino¹⁴.

A tenor de lo expuesto, podemos concluir que la designación de miembros sigue siendo la regla en la mayoría de los casos y la elección popular, la excepción. Puede notarse también que el debate sobre la paridad de la representación se va profundizando a medida que se va avanzando en el proceso de integración. Los países con población numerosa buscan obtener mayor cantidad de representantes.

Es dable mencionar que si bien se garantiza la participación de grupos minoritarios (oposición, mujeres) el déficit democrático en la designación hace que muchos órganos no tengan suficiente peso en la vida diaria de los ciudadanos. Ello pues más allá de la participación en eventos, sus recomendaciones (o decisiones) no pueden ser introducidos en el debate de los países ante la falta de conexión entre las agendas políticas de los países y de los representantes de las organizaciones regionales. Si bien muchos de los participantes buscan incluir las recomendaciones en las agendas parlamentarias nacionales, no existe un cronograma o mecanismo de seguimiento de las mismas fuera del informe que los delegados puedan realizar ante las instancias regionales y las recomendaciones internacionales que, con fuerza política, poco pueden influir en una instancia nacional.

Como comentario final, merece destacarse que la contraposición entre elección y designación se da también fuera del MERCOSUR. En la parte final del artículo 227 de la Constitución de Colombia se establece que por ley puede preverse la elección directa de parlamentarios de dicho país para el Parlamento latinoamericano y para el Parlamento Andino. La Ley Estatutaria 1157 de 2007 por la cual se desarrolla el artículo 227 de la Constitución Política de Colombia con relación a la elección directa de Parlamentarios Andinos en su artículo 2º estableció: «Mientras se establece un régimen electoral uniforme en el marco de la Comunidad Andina, para el período que inicia el 20 de julio de 2014, los Representantes de la República de Colombia ante el Parlamento Andino serán designados por el Congreso de la República de entre sus Congresistas y conforme a las reglamentaciones internas que sobre el particular se establezcan, de tal manera que se garantice en todo momento la participación de la

¹³ Protocolo del Parlamento panafricano. Recuperado de: http://archive.au.int/collect/charters/import/French/PROTOCOL_CONSTITUTIVE%20ACT_PAP_F.pdf

¹⁴ Asamblea interparlamentaria de ASEAN. Recuperado de: <http://serveraipasecretariat.org-tto.cloud.revoluz.io/webassets/file/AIPA-Statute-2017-Update.pdf>

República de Colombia en ese órgano del Sistema Andino de Integración»¹⁵. El Estado plurinacional de Bolivia conforme al artículo 266 de su Constitución ha elegido sus representantes por votación popular en 2015 para el Parlamento Andino¹⁶. Se ha sostenido que el Parlamento presenta limitaciones en sus funciones en el proceso de integración de la Comunidad Andina de Naciones, al carecer de funciones propias de un Órgano Legislativo Supranacional y de representación de los pueblos que componen la Comunidad Andina (AGAMEZ MARTINEZ, 2016, p. 13).

Puede notarse que la forma de designación tiene relación más o menos directa con las funciones que están llamados a cumplir los representantes de los países en estos organismos.

B. Las funciones y la complementariedad/subsidiariedad

El parlamento africano, creado en 2001 como órgano de la Unión africana, se limita a cumplir funciones meramente consultivas y de estudio de proyectos de ley sin facultad decisoria (artículo 8). Tanto es así que sus miembros han indicado que desean tener un rol mayor (KOUAGNE, 2017). Sus homólogos del MERCOSUR¹⁷, del Parlamento Andino¹⁸ y del Parlamento Centroamericano¹⁹ cumplen funciones similares y no están exentos de críticas. Sin lugar a dudas esta es la constante en muchos organismos y en particular, un reclamo popular frente a problemas que son cada vez más presentes.

El caso de la Unión europea parece ser la excepción a la regla existente dado que además de las funciones consultivas, ha alcanzado un rol de colegislador con otros órganos, teniendo influencia no solo en el análisis sino también para la adopción de normas comunitarias. Tanto es así que en agosto de 2017, un miembro del parlamento panafricano hizo una propuesta de que el parlamento regional africano pueda estar al mismo nivel que su homólogo europeo, señalando que los africanos debían decidir de su suerte y de los recursos naturales y humanos del continente. El Presidente del Parlamento panafricano señaló que el «Parlamento no va a legislar sobre las constituciones de los países sino sobre los intereses comunes de los Estados miembros» y principalmente sobre «el terrorismo, la crisis económica, las cuestiones de migración, el cambio climático» (KOUAGNE, 2017).

¹⁵ Derogada por Ley 1729/2014. Actualmente se designan dos representantes del Senado y de tres de la Cámara de Representantes, por votación secreta. Recuperado de: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=1687365>.

¹⁶ «Nueva representación boliviana juramenta en parlamento andino», *La República*, Bolivia, 5 de marzo de 2015. Recuperado de: <http://larepublica.pe/politica/860769-nueva-representacion-boliviana-juramenta-en-parlamento-andino>.

¹⁷ «Parlamentarios del MERCOSUR, carga para el contribuyente», *Diario ABC Color*, 13 de agosto de 2016. Recuperado de: <http://www.abc.com.py/edicion-impres/politica/parlamentarios-de-mercosur-carga-para-el-contribuyente-1508136.html>.

En el mismo sentido: «El programa de Lanata mostró cuánto ganan y que poca tarea tiene un diputado del Parlasur», *Los Andes*, 27 de julio de 2015. Recuperado de: <http://www.losandes.com.ar/articulo/el-programa-de-lanata-mostro-cuanto-ganan-y-que-poca-tarea-tiene-un-diputado-del-parlasur>.

¹⁸ DELTA GARCIA: «La existencia del Parlamento Andino genera debate», *Diario Correo* (Perú), 31 de enero de 2016. Recuperado de: <https://diariocorreo.pe/politica/la-existencia-del-parlamento-andino-genera-debate-650347/>.

¹⁹ «Llueven críticas sobre el parlamento regional», *La Nación*, 28 de enero de 2004. Recuperado de: <http://www.nacion.com/el-mundo/llueven-criticas-sobre-parlamento-regional/VFKFOGT4JBEENMX6S2RYQPCPE4/story>.

Recientemente NAVAS, Lucía (2016), «PARLACEN buscará tener más garra», *La Prensa* (Nicaragua), 22 de diciembre de 2016. Recuperado de: <https://www.laprensa.com.ni/2016/12/12/politica/2148757-parlacen-buscara-mas-garra>.

Sin duda, muchas organizaciones consideran a la UE como un organismo rector en materia de integración. Hoy en día, pese a sus desafíos se presenta aún como un modelo en varios aspectos. Podemos citar algunos elementos que podrían frenar, en diversos países, cualquier calco del sistema de integración europeo: los costos de funcionamiento de las instituciones, las transferencias de soberanía y el sistema de multilingüismo empleado. Habría entonces que ver si dentro de otras organizaciones regionales, los países están dispuestos a asumir dichos costos y adoptar el sistema comunitario.

Las decisiones en esta materia podrán ser adoptadas en algunos países por los gobiernos pero en la mayoría involucrarán también a órganos legislativos. Se ha mencionado en el caso del Parlamento Andino que los Estados han interpretado el artículo 14 del Tratado Constitutivo y en la práctica,

«Muchos sectores no distinguen que, más allá de los problemas nacionales, existen problemas cuya solución involucra a varios países y hasta parece normal que se creen instancias legislativas internacionales».

consideren a las resoluciones del Parlamento de carácter diplomático y por ende, se estimó necesario que los destinatarios inicien el proceso de interpretación según el método teleológico de las atribuciones del Parlamento para efectuar una interpretación dinámica del tratado y favorecer el proceso de integración (BLANCO ALVARADO, 2012, pp. 369-371).

Así, muchos sectores no distinguen que, más allá de los problemas nacionales, existen problemas cuya solución involucra a varios países y hasta parece normal que se creen instancias legislativas internacionales, tal como ocurre con los numerosos tribunales internacionales en el ámbito del derecho de la integración, derechos humanos, marítimo, penal, entre otros.

Se estima que, debido a la ausencia de funciones en ámbitos determinados, se observa poca incidencia de los órganos legislativos regionales en las instancias gubernamentales de los países. Así, lejos de la distribución de competencias entre la Unión europea y los países miembros, en los demás órganos legislativos no existe una lista de tareas que claramente puedan ser definidos y tratados con fuerza de ley por los participantes de estos órganos.

Un ejemplo interesante de interacción se da en el Parlamento de la Unión BENELUX. Si bien formalmente las competencias fueron determinadas por una Convención del 5 de noviembre de 1955, el citado cuerpo legislativo ha adoptado un Reglamento Interior que tuvo en cuenta la modificación efectuada por los países en la Convención del 20 de enero de 2015 (que debe aún entrar en vigor). Nótese que el Parlamento tiene competencia para tratar temas vinculados con la cooperación transfronteriza, el mantenimiento y desarrollo de la unión económica, el desarrollo durable, la cooperación en el ámbito de justicia, política exterior y asuntos europeos entre otros. Pero en el ejercicio de estas facultades, pueden dirigirse no solo a órganos del grupo (como el Comité de Ministros) sino también a los gobiernos de los tres países, además de tratar otros temas de interés con el consentimiento de dos tercios de sus miembros²⁰.

²⁰ El Parlamento BENELUX. Marco jurídico. Recuperado de: <https://www.beneluxparl.eu/fr/le-parlement-benelux>.

El artículo 189 del tratado de las comunidades europeas (derogado por el Tratado de Lisboa) dispuso que el Parlamento Europeo se compone de «representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad» y ya en 2003, se discutió su origen estatal y no supraestatal al señalar que los representantes electos representaban a los distintos Estados y no al pueblo europeo que no existe como tal (MATIA PORTILLA, 2003). Hoy en día el artículo 14.2 del Tratado de Lisboa dispone que el Parlamento está compuesto de representantes de los ciudadanos de la Unión.

También el tratado de Lisboa prevé en los artículos 12, 48, 49, 69 al 71 entre otros y el Protocolo 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión europea que proyectos de actos legislativos dirigidos al Parlamento Europeo y al Consejo se transmitirán a los Parlamentos nacionales. Conforme al artículo 3 del Protocolo mencionado «Los Parlamentos nacionales podrán dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado sobre la conformidad de un proyecto de acto legislativo con el principio de subsidiariedad, con arreglo al procedimiento establecido por el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad»²¹. Así, los parlamentos nacionales pueden oponerse a la elaboración de proyectos legislativos a nivel regional e incluso impugnarlos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sin duda, hoy en día en la mayoría de los otros casos pueden realizarse contactos oficiales entre los organismos internacionales y los Ministerios de Relaciones Exteriores de los países. Pero más allá de los contactos oficiales, la posibilidad de presentación de consultas sobre medidas adoptadas o a adoptarse a los órganos legislativos de un país se funda en que los Estados miembros de una organización y en particular de un parlamento regional deciden voluntariamente participar y ello permitirá avanzar en la agenda común y la reflexión sobre el estado de la integración ante problemas comunes en las agendas de los países. Ello sin perjuicio de discutir que en ciertos casos, existen medidas que deben ser coordinadas globalmente pero que debe dejarse en libertad a los países para que adopten las disposiciones internas para que sus instituciones procuren alcanzar los objetivos fijados globalmente.

En consecuencia, difícilmente podrá prescindirse de instancias legislativas nacionales e internacionales. Y ello nos lleva a reflexionar sobre los mecanismos para hacer frente a las nuevas necesidades.

II. REFLEXIONES SOBRE LA MODERNIZACIÓN DE LOS PARLAMENTOS REGIONALES

Congeniar intereses de diversos sectores: sociedad civil frente empresarios, gobierno frente a oposición y cooperación internacional frente a intereses locales parecen ser algunos de los desafíos que enfrentan las personas que deben ejercer una representación política tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Por ende y en base a un análisis de los textos constitutivos y de la realidad de algunos organismos, ofrecemos un panorama sobre tareas pendientes de la tarea parlamentaria internacional.

A. *Nuevos desafíos: efectividad y presencia en la vida de las personas*

No cabe dudas de que muchas personas dentro de los órganos legislativos cumplen sus funciones con dedicación mientras que otras, en la actualidad, solo contribuyen a

²¹ El principio de subsidiariedad en la UE. Recuperado de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aai0017>.

desprestigiar dichos órganos al no asistir a sesiones, presentar baja productividad y verse involucrados en diversos tipos de irregularidades. Sostuvo María Victoria ÁLVAREZ al momento de la creación del Parlamento del MERCOSUR que el MISMO «debería evitar el desprestigio de otras experiencias en América latina como el Parlamento Centroamericano que sufre la amenaza de desaparición bajo acusaciones de ser ineficiente, despilfarrar fondos públicos y proteger a ex funcionarios corruptos gracias a sus inmunidades». Lamentablemente no ocurrió así. Más allá de celebrar unas pocas sesiones por año, se debe destacar que durante la suspensión de Paraguay en el MERCOSUR en 2012-2013 debido a la destitución del Presidente Lugo por el Congreso de dicho país, el órgano no se reunió en una sola ocasión. En 2014, se realizaron reuniones esporádicas, la última en noviembre de 2014 donde se aprobó una resolución sobre el reclamo argentino sobre la soberanía de las Islas Malvinas y la siguiente reunión se celebró en agosto de 2015²². Recientemente, en ocasión de la suspensión del gobierno de Venezuela como Estado miembro, el PARLASUR dispuso la presencia de los parlamentarios venezolanos en su seno y se discutió incluso la posibilidad de llevar el caso al órgano de solución de controversias regional²³.

En el PARLACEN para hacer frente a todas las críticas existentes, se buscó ampliar a dos años el período de duración de la presidencia del Parlamento y establecer que las resoluciones del órgano son vinculantes para los países miembros del proceso de integración centroamericano.

La solución de problemas cada vez más presentes debido a la mayor circulación y relaciones comerciales de los países sigue aguardando. En temas como la cooperación en el ámbito civil y penal, transportes, libertad de circulación y la asistencia judicial internacional los parlamentos no han adoptado regulaciones y siguen aplicándose disposiciones adoptadas por otros organismos internacionales como la Organización de Estados Americanos.

No cabe duda que cuando existen viáticos y posibilidad de asistir a encuentros internacionales, los miembros de diversos parlamentos buscan participar en eventos si es que el Parlamento es el encargado de abonar. No obstante, cuando son ellos quienes deben realizar los pagos, existe una menor predisposición. Tal vez la prueba más fehaciente sea la Organización global de parlamentarios contra la corrupción con sede en Ottawa que en América latina y el Caribe solo cuenta con representantes de Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, El Salvador, México y Perú. Esta entidad que nuclea a parlamentarios y ex parlamentarios cuenta con cinco grupos de trabajo: contra el lavado de dinero, la corrupción, fiscalización parlamentaria, ética y conducta parlamentaria y participación en la sociedad.

A nivel europeo, por no citar sino algunos ejemplos recientes, varias decisiones fueron adoptadas por el Parlamento regional. Así, la presencia de fosfatos en la carne de kebab²⁴, normas sobre energía solar²⁵, costos de comunicación por teléfono celular o el

²² «Parlamento del MERCOSUR celebra su primera sesión del año», *Diario La República*, 17 de agosto de 2015, Ecuador. Recuperado de: <http://www.larepublica.ec/blog/internacional/2015/08/17/parlamento-mercursosur-celebra-primera-sesion-ano/>.

²³ ADORNO, Jorge (2017), «Parlamento del MERCOSUR rechaza sanción contra Venezuela», *RT*, 21 de febrero de 2017. Recuperado de: <https://actualidad.rt.com/actualidad/231557-parlamento-mercursosur-considera-sancion-venezuela>.

²⁴ «El parlamento europeo avala el uso de fosfatos en la carne del kebab», *La Vanguardia*, 13 de diciembre de 2017. Recuperado de: <http://www.lavanguardia.com/vida/20171213/433609341024/parlamento-europeo-uso-fosfatos-kebab.html>.

uso de residuos²⁶ son el resultado de acuerdos entre el Consejo de la Unión europea (integrado por representantes o ministros de los Estados miembros) y el Parlamento Europeo. Ello sin mencionar las nuevas relaciones de los países de la Unión con el Reino Unido tras su retiro o la política internacional.

Sin duda, el sistema europeo se encuentra en mejor relación que sus homólogos de otras latitudes para participar con otros órganos en la adopción de medidas que vinculan directamente a los ciudadanos frente a temas de actualidad.

B. La ética y la eficacia en la función legislativa

Si bien la mayoría de los sitios exponen claramente los nombres y datos de contacto de los diferentes representantes, no es menos cierto que algunos se reservan datos sobre costos de viajes y remuneraciones complementarias.

En Francia, la organización política Frente Nacional se ha visto comprometida en una controversia por el uso de fondos destinados para asistentes parlamentarios del Parlamento europeo que en realidad, fueron utilizados para otros fines. Tanto la presidenta del partido Marine Le Pen como el vicepresidente Louis Aliot y varios miembros del partido fueron procesados en el ámbito penal y el Tribunal de Justicia de la Unión determinó que el Parlamento europeo puede reclamar a un elegido el reembolso de alrededor de 40.000 Euros por los empleos ficticios²⁷.

En momentos en que se debate un posible cambio de sede de Estrasburgo a Bruselas como alternativa para unificar los trabajos de las oficinas repartidas en tres ciudades y el costo de la reparación de la oficina del Parlamento en esta última ciudad²⁸, se discuten también los costos de movilizar a cerca de 6000 personas entre diputados, personal y funcionarios, como también la utilización del presupuesto de 1.9 millones de euros²⁹ entre salarios, gasto inmobiliario, actividades de grupos políticos y la política informativa.

En el PARLASUR la iniciativa adoptada por la República Argentina merece un comentario. Aunque el artículo 16 de la ley 27.120 prevé que los legisladores del PARLASUR deben recibir las mismas remuneraciones que un legislador nacional³⁰, lo cierto es que el gobierno de dicho país prevé el pago de viáticos equivalentes a 200 Dólares americanos por día de reunión desde Buenos Aires hasta Montevideo, donde tiene su sede el parlamento regional. Ello generó un proceso en el que la Cámara

²⁵ «El Parlamento europeo propone eliminar el impuesto al sol», *Diario Libre de Aragón*, 4 de diciembre de 2017. Recuperado de: <http://arainfo.org/el-parlamento-europeo-propone-eliminar-el-controvertido-impuesto-al-sol/>.

²⁶ «Acuerdo entre el Consejo y el Parlamento Europeo sobre las nuevas normas de la UE en materia de residuos», *Revista Técnica de Medio Ambiente*, 20 de diciembre de 2017. Recuperado de: <https://www.retema.es/noticia/acuerdo-entre-consejo-y-parlamento-europeo-sobre-las-nuevas-normas-en-materia-de-resi-keH1Z>.

²⁷ «Assistants parlementaires : une élue du parti de Marine Le Pen déboutée», *Libération*, París, 29 de noviembre de 2017. Recuperado de: http://www.liberation.fr/direct/element/assistants-parlementaires-une-elue-du-parti-de-marine-le-pen-deboutee_74234/.

²⁸ «Este Europarlamento es una ruina», *El Español*, 15 de junio de 2017. Recuperado de: https://www.elespanol.com/mundo/europa/20170614/223728470_0.html.

²⁹ Presupuesto del Parlamento europeo. Recuperado de: <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/es/20150201PVL00012/El-presupuesto-del-PE>.

³⁰ SERRA, Laura (2016), «Enojo de los parlamentarios del MERCOSUR: no cobraron su sueldo desde que asumieron», *La Nación*, Buenos Aires, 15 de febrero de 2016. Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/1871137-enojo-de-los-parlamentarios-del-mercosur-no-cobraron-su-sueldo-desde-que-asumieron>.

Nacional electoral dispuso que a partir de 2017 se incluyan las partidas para pagar las dietas de los 43 delegados argentinos³¹.

Si a esto sumamos los viajes efectuados por los congresistas nacionales, se observan montos siderales que, sin duda, podrían ser mejor distribuidos ante las necesidades de los países. En Uruguay, en 2017 de los 150.655 Dólares americanos que el parlamento pagó en ese concepto, se reintegraron 7.713 U\$³². En Paraguay, el monto por el mismo concepto de la Cámara de Diputados fue de 669 millones de Guaraníes al año (equivalente a 121.636 U\$)³³. En la Argentina, el monto fue de 8,2 millones (457.797 U\$)³⁴ y en Brasil también se observó un aumento de los viajes en los últimos años, en visitas que incluyeron acceso a inauguraciones de eventos olímpicos³⁵.

Finalmente, es importante destacar que los parlamentarios de organizaciones internacionales gozan de inmunidades y privilegios similares a los nacionales. Un ex alto funcionario argentino, José López, descubierto al intentar ocultar casi nueve millones de dólares en un convento fue objeto de un proceso de desafuero en el Parlamento del MERCOSUR que fue rechazado³⁶. También se destaca el caso de la dirigente argentina Milagro Sala, electa en noviembre de 2015 como diputada para el PARLASUR y arrestada desde enero de 2016 en el marco de un proceso penal, quien a la fecha de este trabajo aún no pudo asumir su banca en el organismo regional³⁷. El 5 de diciembre de 2017 la Corte Suprema de Justicia de Argentina declaró la inconstitucionalidad del tratado por el cual la Argentina ratificó el Parlamento del MERCOSUR y sostuvo que el legislador argentino no estaba constitucionalmente habilitado para otorgarle a los parlamentarios del PARLASUR las inmunidades que la Constitución Nacional le confiere a los diputados nacionales³⁸. En el Paraguay, se ha mencionado también que varios miembros del PARLASUR cuentan con procesos pendientes y se han escudado en sus fueros para evitar la prosecución de las acciones iniciadas³⁹.

En el Parlamento Europeo, a la política francesa Marine Le Pen le fue levantada su inmunidad en dos ocasiones: por procesos por duros ataques contra un dirigente político

³¹ «Un fallo ordena al Gobierno a pagar las dietas de los diputados del Parlasur», *Parlamentario*, 7 de octubre de 2016. Recuperado de: <http://www.parlamentario.com/noticia-95595.html>.

³² «La mayoría de los diputados que viajaron al exterior en 2017 no devolvieron viáticos», *El Observador*, 26 de Junio de 2017. Recuperado de: <https://www.elobservador.com.uy/la-mayoria-los-diputados-que-viajaron-al-exterior-2017-no-devolvieron-viaticos-n1089693>.

³³ «Cámara desembolsa G. 669 millones al año en viáticos de diputados», *Última Hora*, Asunción, 16 setiembre de 2017. Recuperado de: <http://www.ultimahora.com/camara-desembolsa-g-669-millones-al-ano-viaticos-viajes-diputados-n1108144.html>.

³⁴ ÁLVAREZ ECHAZÚ, María Belén (2017): «Los legisladores gastaron \$ 8,2 millones en viáticos para viajes internacionales», *La Nación*, Buenos Aires, 21 de noviembre de 2017. Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/2083742-los-legisladores-gastaron-82-millones-en-viaticos-para-viajes-internacionales>.

³⁵ CASTRO, Juliana (2016): «O mundo ao alcance dos deputados: crise não afeta viagens oficiais», *O Globo*, 21 de julio de 2016. Recuperado de: <https://oglobo.globo.com/brasil/o-mundo-ao-alcance-dos-deputados-crise-nao-afeta-viagens-oficiais-19819000>.

³⁶ «El Parlasur no aprobó la expulsión de José López», *Infobae*, 21 de junio de 2016. Recuperado de: <https://www.infobae.com/politica/2016/06/21/el-parlasur-no-aprobo-la-expulsion-de-jose-lopez/>.

³⁷ «La CIDH exige la salida de Milagro Sala de la cárcel», *Notife*, 28 de noviembre de 2017. Recuperado de: <http://notife.com/586174-la-cidh-exige-la-salida-de-milagro-sala-de-la-carcel/>.

³⁸ Corte Suprema de la Nación Argentina, CSJ 119/2017, CS1. Milagros Sala y otros s/ asociación ilícita y otros.

³⁹ «Procesados van en busca de refugio al PARLASUR», *Diario ABC Color*, 17 de diciembre de 2017. Recuperado de: <http://www.abc.com.py/edicion-impres/politica/procesados-van-en-busca-de-refugio-al-parlasur-1658943.html>.

y la contratación de empleados ficticios para el Parlamento europeo⁴⁰. También se suspendió a un diputado polaco que denigró a las mujeres con 10 días de suspensión, multa de 9.180 Euros y un año sin poder representar al Parlamento europeo⁴¹.

Existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea en el sentido de que la inmunidad de la gozan los parlamentarios debe entenderse como que «una declaración efectuada por un diputado europeo fuera del Parlamento

«Los parlamentarios de organizaciones internacionales gozan de inmunidades y privilegios similares a los nacionales».

européico y que haya dado lugar a una persecución penal en el Estado miembro de origen bajo el título de delito de denuncia calumniosa no constituye una opinión expresada en el ejercicio de funciones parlamentarias sino cuando esta declaración corresponde a una apreciación subjetiva que presenta un vínculo directo y evidente entre el ejercicio de tales funciones (...)»⁴².

Es importante mencionar que el honor de la representación de un país ante organismos internacionales debería recaer en personas honorables que integran los Congresos, pues más allá de las críticas que puedan hacerse a algunas personas, existen personas que se dedican a cumplir sus funciones. Así, además de los casos descritos en la prensa paraguaya dentro del PARLASUR, se tiene actualmente al Diputado Víctor Bogado como representante de Paraguay ante el PARLATINO quien está imputado por hechos punibles contra el erario y busca eludir el juicio oral mediante recursos calificados como chicanas⁴³. Muchas personas critican el artículo 2 inciso b) del Tratado Constitutivo del Parlamento centroamericano que prevé que el parlamento centroamericano funciona permanentemente y está integrado por los presidentes de las Repúblicas centroamericanas al concluir su mandato. Ello atendiendo a las denuncias que pueden existir contra los mismos en algunos casos⁴⁴.

III. CONCLUSIÓN

Más allá de que sigan existiendo instancias legislativas en procesos de integración y asociaciones de parlamentarios, resulta importante prever un mecanismo de diálogo y cooperación entre las instancias nacionales e internacionales en el ámbito legislativo.

⁴⁰ «Parlamento europeo vuelve a suspender inmunidad de Le Pen», *Deutsche Welle*, 15 de junio de 2017. Recuperado de: <http://www.dw.com/es/parlamento-europeo-vuelve-a-suspender-inmunidad-de-le-pen/a-39265607>.

⁴¹ SANHERMELANDO, Juan (2017), «Sanción máxima de la Eurocámara al diputado polaco ultra que insulta a las mujeres», *El Español*, 14 de marzo de 2017. Recuperado de: https://www.elespanol.com/mundo/europa/20170314/200730156_0.html.

⁴² TJUE, 6 de setiembre de 2011, *Patricielo*, C 163/10.

⁴³ «Preliminar a Bogado por pago doble de niñera, pendiente hace más de dos años», *Diario ABC Color*, 10 de setiembre de 2017. Recuperado de: <http://www.abc.com.py/edicion-impres/politica/la-justicia-no-encuentra-la-manera-de-avanzar-en-proceso-a-senador-1630506.html>.

La acusación se presentó el 4 de junio de 2014 y hasta la fecha de este trabajo, no se realizó aún la audiencia preliminar. Fuente: *Diario ABC Color*, 2 de agosto de 2016. Recuperado de: <http://www.abc.com.py/edicion-impres/politica/siguen-chicanas-en-proceso-a-senador-bogado-por-estafa-y-cobro-indebido-1504644.html>.

⁴⁴ Tratado constitutivo del PARLACEN. Recuperado de: <http://www.parlacen.int/Informaci%C3%B3nGeneral/MarcoPol%C3%ADticoJur%C3%ADdico/TratadoConstitutivo.aspx>.

Así, se ha propuesto que más allá de los informes, se evalúen instancias de seguimiento y que los parlamentos regionales puedan interactuar directamente con el gobierno de los países y a sus pares legisladores.

Además, resulta importante prever mecanismos de transparencia del funcionamiento como el control de asistencia a sesiones, lista de presentación de proyectos y actividades realizadas, control de funcionarios. Además, la jurisprudencia en materia de derecho comparado se hace eco de que el fuero parlamentario en organizaciones internacionales no debe extenderse como impedimento para la investigación de delitos investigados en la justicia de los países integrantes.

No existe uniformidad en cuanto a la duración del mandato (4 años en el MERCOSUR, art. 10 del Protocolo Constitutivo), 5 años en el PARLACEN, la UE y designación de los parlamentos del país en muchas instancias) ni las funciones que pueden cumplir los representantes, siendo la actividad legislativa la excepción y el intercambio de experiencias, conocimientos de proyectos legislativos y presentación de informes la regla.

Existen mecanismos que pueden ser adoptados para una colaboración de los parlamentos de los países en diversas instancias, pero ello depende de una decisión política en la que con los gobiernos, los Parlamentos de los Estados tienen la palabra. Tal vez puedan aprovecharse los frecuentes intercambios para discutir alguno de ellos y presentarse simultáneamente proyectos en varios países con tal fin.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AGAMEZ MARTINEZ, Juan Felipe (2016), «El rol del Parlamento Andino como órgano central en el proceso de integración de la CAN», Estudio de Caso, Universidad del Rosario, 35 p. Recuperado de: http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/13802/1020757834_2016.pdf?sequence=4.

ALVAREZ, María Victoria (2008), «El Parlamento del MERCOSUR ¿hacia un proceso de integración más democrático?», *Temas y debates: revista universitaria de ciencias sociales*, pp. 49-60. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3655736.pdf>.

BLANCO ALVARADO, Carolina (2012), «Las decisiones del Parlamento Andino: ¿Utopía o realidad jurídica?», *Int. Law Review*, Derecho Internacional, Bogotá, Colombia, n.º 21, pp. 361-392. Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/43720>.

DRI, Clarissa (2010), «Limits of the Institutional Mimesis of the European Union: the case of the MERCOSUR Parliament», *Latin America Policy*, Vol. 1, pp. 52-74. Recuperado de: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.2041-7373.2010.00004.x/abstract>.

GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, José María (2005), «El papel de los parlamentos nacionales y regionales», *Estudios Parlamentarios y del Estado Autónomico*, Fundación Manuel Giménez Abad, Conferencia de cierre en Jornadas sobre Parlamentos y Déficit democrático en Europa, Aragón. Recuperado de: http://www.fundacionmgimenezabad.es/images/Documentos/2005/20050527_epp_gil_robles_jm_es_o.pdf.

KOUAGNE, Elizabeth (2017), «Le Parlement Panafricain plaide pour l'intégration du continent», *360Afrique*, 22 de agosto de 2017. Recuperado de: <http://afrique.le360.ma/autres-pays/politique/2017/08/22/14486-cameroun-le-parlement-panafricain-plaide-pour-lintegration-du-continent-14486>.

MALAMUD, Andrés y DE SOUSA, Luís (2004), «Regional Parliaments in Europe and Latin America: Between empowerment and irrelevance», *XXV Latin American Studies Association Congress*, Las Vegas, Nevada, October 7-9. Recuperado de: <http://campus.usal.es/~dpublico/areacp/Doctorado0406/Seminario0405/Malamud.pdf>.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier (2003), «Parlamento europeo y parlamentos nacionales: doble legitimidad en el marco de la Unión europea», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 119, pp. 191-220.

POLETTI ADORNO, Alberto Manuel (2014), «Le pouvoir législatif au XXIème siècle : en quête d'une place au milieu de rêves et de désespoirs», *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, PUF, París, pp. 259-272.

REVIRIEGO PICÓN, Fernando (2014), «The conference of Presidents at the crossroads of institutional loyalty», *Revista General de Derecho público comparado*, n.º 15.

STAVRIDIS, Stelios (2002), «El futuro de la cooperación parlamentaria en el Mediterráneo: el proceso de Barcelona», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 38-39, pp. 5-15.

Jurisprudencia

Corte Suprema de la Nación Argentina, CSJ 119/2017, CS1. *Milagros Sala y otros s/ asociación ilícita y otros*.

TJUE, *Wagner/Fohrmann y Krier*, 12 de mayo de 1964, 101/63, ECLI:EU:C:1964:28.

TJUE, *Wybot/Faure y otros*, 10 de julio de 1986, 149/85, ECLI:EU:C:1986:310.

TJUE, *Ashley Neil Mote*, 15 de octubre de 2008, T-345/05.

TJUE, *Marra/De Gregorio y Clemente*, 21 de octubre de 2008, C-200/07 y C-201/07, ECLI:EU:C:2008:579.

TJUE, *Gollnisch/Parlamento*, 19 de marzo de 2010, T-42/06, ECLI:EU:T:2010:102.

TJUE, *Patriciello*, 6 de setiembre de 2011, C-163/10, ECLI:EU:C:2011:543.

TJUE, *Gollnisch/Parlamento*, 17 de enero de 2013, T-346/11 y T-347/11, ECLI:EU:T:2013:23.

COMENTA ESTE ARTÍCULO

DERECHOS HUMANOS



EL PROCESO DE LA ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CEDH: ¿UNA BATALLA PERDIDA?*

JORGE ANTONIO JIMÉNEZ CARRERO

Abogado

Doctorando en Derecho (Universidad de Alcalá, España)

*Miembro del Grupo de Investigación de la Cátedra Jean Monnet de
Derecho Comunitario del Prof. Dr. Carlos F. Molina del Pozo*



Resumen: La cuestión de la protección de los derechos fundamentales siempre ha sido un tema candente en el continente europeo. Una de las consecuencias de la existencia de dos organizaciones en Europa (una internacional, como es el Consejo de Europa; y otra supranacional, como es la Unión Europea) es la necesaria búsqueda de un enfoque común a la hora de tratar una materia tan crucial como es el respeto de los derechos fundamentales.

* El presente trabajo encuentra su base en la Memoria fin de Máster de D. Jorge Antonio Jiménez Carrero, elaborada en el marco del XXV Programa Máster en Unión Europea, 2012-2013 del Real Instituto de Estudios Europeos de Zaragoza, España: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante nuevos desafíos: el nuevo reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia y la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos».

En este sentido, durante años se han dado pasos para intentar conseguir la adhesión de la Unión Europea al CEDH (texto clave para la defensa de estos derechos en Europa). No obstante, todavía parece que este objetivo queda lejos, y por lo tanto, se hace pertinente seguir batallando para conseguir la anhelada adhesión.

Palabras clave: Unión Europea, derechos fundamentales, CEDH.

THE PROCESS OF THE ACCESSION OF THE EUROPEAN UNION TO THE ECHR: A LOST BATTLE?

Abstract: The issue of the protection of fundamental rights has always been a hot topic in the European continent. One of the consequences of the existence of two organizations in Europe (one international, such as the Council of Europe, and another supranational, such as the European Union) is the necessary search for a common approach when dealing with such a crucial issue how is respect for fundamental rights.

In this sense, for years steps have been taken to try to achieve the accession of the European Union to the ECHR (key text for the defense of these rights in Europe). However, it still seems that this objective is far away, and therefore, it is pertinent to continue battling to achieve the desired accession.

Keywords: European Union, fundamental rights, ECHR.

LE PROCESSUS D'ADHÉSION DE L'UNION EUROPÉENNE À LA CEDH: UNE BATAILLE PERDUE?

Résumé: La question de la protection des droits fondamentaux a toujours été un sujet brûlant sur le continent européen. L'une des conséquences de l'existence de deux organisations en Europe (une internationale comme le Conseil de l'Europe et une autre supranationale telle que l'Union européenne) est la nécessaire recherche d'une approche commune face à un problème aussi crucial qu'est le respect des droits fondamentaux.

En ce sens, des mesures ont été prises depuis des années pour tenter d'obtenir l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH (texte clé pour la défense de ces droits en Europe). Cependant, il semble toujours que cet objectif soit loin. Par conséquent, il est pertinent de continuer à se battre pour atteindre l'adhésion souhaitée.

Mots-clés: Union européenne, droits fondamentaux, CEDH.

Índice. I. Introducción. II. El proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio. II.1 El documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión al Convenio y la comunicación conjunta de los Presidentes del Tribunal de Justicia de la Unión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. II.2 El bloqueo al proceso de adhesión. II.3. El borrador final de Acuerdo de adhesión. II.4. El dictamen 2/2013 del TJUE de 18 de diciembre de 2014. II.5. Comentarios y reflexiones sobre el dictamen 2/2013 del Tribunal de Luxemburgo. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La posible adhesión de la Unión Europea (UE) al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH) es uno de los desafíos más importantes a los que se enfrenta el proyecto de integración europea. Se trataría, nada menos que, de encajar en el entramado jurídico comunitario, un texto tan importante y trascendental como el CEDH, y por consiguiente, el posible control externo por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

No obstante, antes de entrar de lleno en lo que significa este proceso de adhesión, y en lo que puede y debe desembocar, es menester hacer aquí un breve recorrido sobre la protección que han recibido los derechos fundamentales en el marco del proceso de integración europeo. Como es sabido, las recién creadas Comunidades Europeas no previeron en sus inicios la idea de que se debiera disponer de un sistema legal bien articulado cuya función fuera la protección de estos derechos. En palabras de FERNÁNDEZ ROZAS (2015): «*Del análisis de los Tratados constitutivos de las tres primitivas Comunidades se infiere que no incluyeron capítulo o sección alguna dedicados de manera específica a la protección de los derechos humanos o de los derechos fundamentales...*». Si bien es cierto que ya desde 1952 se creó para la CECA el Tribunal de Justicia, que luego lo sería también para la CEE y para la CEEA (Euratom), dicho órgano jurisdiccional no fue concebido para velar por los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos. Esto es así por la naturaleza misma de las Comunidades Europeas, cuyos artífices las concibieron como una manera solvente de evitar guerras entre europeos, y encaminadas más bien a actuar en el plano de la integración económica, aunque sí es cierto que más tarde la Unión Europea obtendría competencias en otros muchos ámbitos, no sólo el económico.

En estos primeros compases del Tribunal de Justicia, la utilización de los principios generales del Derecho fue clave para toda la construcción comunitaria, como ya se ha apuntado antes. Si bien en un primer momento, el Tribunal de Justicia era más bien reacio a tomar en consideración los derechos plasmados en el CEDH¹ para resolver los casos que le llegaban, posteriormente fue «aplicando» y teniendo en consideración a los derechos fundamentales (como no podía ser de otra manera) al valerse de los principios generales del Derecho. Aunque no existía un texto legal con un catálogo de derechos fundamentales tasados análogo al CEDH, el Tribunal de Justicia, en la medida en que aplicaba algún principio general del Derecho, podía reconocer de manera implícita algún derecho fundamental previsto en el CEDH o bien derivado de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros (CHUECA SANCHO, 1999, pp. 85 y ss.)². De este modo, a modo de ejemplo, el Tribunal de Justicia, al aplicar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, estaba protegiendo el derecho fundamental a la no discriminación, recogido en el artículo 14 del CEDH.

Esta protección de los derechos fundamentales a través de la aplicación de principios generales del Derecho se mantuvo por parte del Tribunal de Justicia hasta 1969. En este año, el Tribunal emite una sentencia que por primera vez reconoce y garantiza de manera expresa la protección de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción

¹ Vid. STJCE, *Friedrich Stork / Alta Autoridad*, 4 de febrero de 1959, Asunto 1/58.

² Vid. STJCE, *Chambre Syndicale de la sidérurgie de l'est de la France / Alta Autoridad*, 15 de julio de 1960, Asuntos acumulados 24/58.

comunitaria³ (MORTE GÓMEZ, 2011). Esta sentencia fue dictada el 12 de noviembre, como resolución al caso *Stauder contra Ulm*, en el asunto 29/69.

El conflicto de fondo se basaba en la alegación por parte de un ciudadano llamado Erich Stauder, consistente en la posible vulneración de su derecho a la dignidad, ya que el señor Stauder recibía unos bonos como receptor de ayuda social, con los cuales podía adquirir mantequilla a un precio más barato. Ocurría que, en dichos bonos, aparecían los datos personales del beneficiario de los mismos. El demandante entendió que nadie debía conocer su condición de receptor de ayuda social, y que al conocerse tal información, se estaría vulnerando su derecho a la dignidad. Estos bonos eran repartidos en función de la Decisión 69/71/CEE de 12 de febrero de 1969. Pues bien, el Tribunal de Justicia se manifestaba en estos términos:

«La disposición impugnada debe interpretarse en el sentido de que no impone - aunque tampoco prohíbe- la identificación nominal de los beneficiarios;
Que por ello la Comisión pudo publicar, el 29 de julio de 1969, una Decisión rectificadora en este sentido;
Que, por lo tanto, cada uno de los Estado miembros puede elegir entre los diversos métodos de individualización;
Que, interpretada de este modo, la disposición controvertida no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia».

Después de este primer reconocimiento, la línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia ha seguido por la misma línea, como no podía ser de otra manera. En 1986, en el Acta Única Europea, se hace referencia por primera vez en el Derecho originario a los derechos fundamentales y al CEDH⁴. Este reconocimiento continuaría en los Tratados sucesivos (Maastricht, Ámsterdam, etc.).

Ya en 1996, ante la posibilidad de adhesión de la UE al CEDH, el Tribunal de Justicia emitió el dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996⁵ (CORTÉS MARTÍN, 2015), en el que aclaraba las cuestiones relativas a la posible adhesión. Por aquel entonces, la adhesión de la entonces Comunidad al CEDH implicaba dos problemas: 1) la falta de competencia de la Comunidad para celebrar acuerdos de este tipo, y 2) la incompatibilidad de la adhesión con las disposiciones del Tratado, en especial con las relativas a las competencias del Tribunal de Justicia.

Recuerda el dictamen que la entonces Comunidad Europea tiene competencias de atribución. Es decir, la Comunidad solo puede actuar en aquellas materias que le han sido atribuidas por parte de los Estados miembros. Ocurría, por aquel entonces, que no existía ninguna disposición en el Derecho originario que le permitiera a la Comunidad llevar a cabo una operación jurídica de esta magnitud.

³ Este sistema de protección de los derechos fundamentales, que consiste en la aplicación de los derechos fundamentales mediante los principios generales del Derecho, se conoce como sistema pretoriano de protección de los derechos fundamentales.

⁴ El Acta Única Europea se expresaba así: «Decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales...».

⁵ Vid. Dictamen 2/94. Recuperado de: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d56b60eca09d4840d387c9e862e2806e9f.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OahqPe0?text=&docid=99501&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1108409>.

No obstante, dice el dictamen, *«aun cuando el respeto de los derechos fundamentales constituye un requisito para la legalidad de los actos comunitarios (cómo se vio en la sentencia Stauder de 1969), resulta obligado señalar que la adhesión al Convenio entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos»*.

Y continúa: *«Una modificación semejante, cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235⁶»*.

Pues bien, acaba diciendo el dictamen 2/94 que, a la vista de la situación actual del Derecho comunitario, *«la Comunidad no tiene competencia para adherirse al CEDH»*

«Al recoger la Carta los derechos fundamentales contemplados en el CEDH, y al existir, por lo tanto, dos textos que regulen en cierto modo la misma materia, cabría la posibilidad de que se diera una doble interpretación de un mismo derecho».

En 1999, en el Consejo Europeo de Colonia, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros plasmaron la idea consistente en que la Unión Europea debería tener un compendio de derechos fundamentales análogo al CEDH, pero que además recogiera los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta Social Europea del Consejo de Europa, los derechos plasmados en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, así como los derechos derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la UE, y los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este texto se plasmó en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que fue solemnemente proclamada en el Consejo Europeo de Niza en el año 2000, aunque no sería hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 cuando la misma adquirió fuerza vinculante, dotándose del mismo valor jurídico que los Tratados⁷.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, va dirigida a las instituciones, órganos y organismos de la UE, y también a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la UE⁸. Ocorre que, al recoger la Carta los derechos fundamentales contemplados en el CEDH, y al existir, por lo tanto, dos textos que regulen en cierto modo la misma materia, cabría la posibilidad de que se diera una doble interpretación de un mismo derecho, en función de quién fuera el órgano jurisdiccional que conociera de un asunto concreto. Sin embargo, la Carta, previsora ante esta posibilidad, se encarga en el artículo 52 de despejar toda duda, manifestando que *«en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de Derechos*

⁶ Este artículo 235 del Tratado constitutivo de la Comunidad, venía a disponer que, aun cuando la Comunidad no disponga de competencia por el principio de atribución, si se hace necesaria esa competencia para alcanzar algún tipo de objetivo previsto en los Tratados, se podrá ejercer esa competencia, incluso cuando no le haya sido atribuida.

⁷ Vid. (en línea):

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/l33501_es.htm.

⁸ Vid. artículo 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio».

Y hace lo propio en lo que a derechos derivados de las tradiciones constitucionales se refiere, estableciendo que «*en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones*».

II. EL PROCESO DE ADHESIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA AL CONVENIO

El Tratado de Lisboa, además de dotar de fuerza vinculante a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, prevé de manera explícita en su artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) la adhesión de la UE al CEDH (GASCÓN MARCÉN, 2008). Exactamente dispone: «*La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados*». El último inciso relativo a la no modificación de competencias de la UE se completa con la Declaración 2 relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE). Esta Declaración viene a recordar que la adhesión habrá de realizarse de tal modo que no afecte a las especificidades del Derecho de la UE. Asimismo, establece el diálogo regular entre los órganos jurisdiccionales de la UE y del Consejo de Europa, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y el Tribunal Europeo de Estrasburgo (TEDH).

Con base en esta disposición, el 4 de junio de 2010, los ministros de Justicia de los Estados miembros de la UE otorgaron un mandato a la Comisión Europea para que encabezara las negociaciones con el Consejo de Europa. De la misma manera, anteriormente, el 26 de mayo de 2010, el Comité de Ministros del Consejo de Europa concedió un mandato «ad hoc» a su Comité Director de Derechos Humanos para negociar el proceso de adhesión con la UE. Es por ello que el 7 de julio de 2010 comenzaban formalmente las negociaciones entre la organización internacional y la supranacional. Este mismo día, por una parte, la vicepresidenta de la Comisión Europea y comisaria de Justicia, Derechos fundamentales y ciudadanía (Viviane Reading), y por otra parte, el secretario general del Consejo de Europa (Thorbjorn Jagland), se reunieron en Estrasburgo para debatir cómo conseguir esta adhesión de la manera más rápida y eficaz posible, de tal modo que los ciudadanos puedan beneficiarse de una protección fuerte y coherente de los derechos fundamentales en el territorio geográficamente europeo.

Uno de los objetivos primordiales de esta adhesión era el de salvar las eventuales lagunas jurídicas que pudieran producirse como consecuencia de la coexistencia de dos organizaciones regionales europeas, una internacional (Consejo de Europa), y otra supranacional (Unión Europea), en la medida en que ambas afirman ser protectoras y garantes de los derechos fundamentales, con dos instrumentos legales diferentes, como son el CEDH y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Igualmente, se persigue conseguir una coherencia a la hora de interpretar el alcance de estos derechos básicos para los regímenes jurídicos que devienen de la existencia de estas dos organizaciones.

Se ha de saber que cuando los Estados miembros de la UE actúan en aplicación o ejecución del Derecho de la UE, éstos pueden ser demandados ante el TEDH por violación de los derechos plasmados en el CEDH. En este marco jurídico, el Estado miembro en cuestión sería demandado de manera, podríamos decir, en cierto modo

injusta, en tanto en cuanto la presunta ilegalidad, ha venido por aplicar el Derecho de la UE, obligación que le es exigible jurídicamente en la medida en que pertenece a la Unión Europea. Luego, en este proceso, el Estado demandado en cuestión se vería obligado a defender su actuación, e indirectamente, a defender a la UE, ya que su actuación se habría producido en aplicación del Derecho de la UE. Pues bien, con la adhesión de la UE al CEDH se quiere poner fin también a este tipo de situaciones injustas para los Estados miembros⁹.

Una vez se adhiriera la UE al CEDH, se colocaría en el mismo plano que los Estados partes del CEDH, es decir, que sus actos podrán ser denunciados ante el TEDH por una posible violación de alguno de los derechos contenidos en el CEDH. En este sentido, la UE podrá ser escuchada en aquellos casos que le atañan directamente, y dispondrá, como todo Estado parte del CEDH, de un Juez propio en el TEDH. El Parlamento Europeo debería jugar un papel importante en el proceso de adhesión, ya que tendría que ser informado de la marcha de las negociaciones, y dar su consentimiento a los distintos acuerdos a los que se llegue en el marco de las mismas.

Si al principio decíamos que la adhesión de la UE al CEDH ya estaba prevista en el Tratado de Lisboa, ocurrió algo parecido con el Protocolo 14 del CEDH¹⁰. En dicho Protocolo, se modificó la redacción del artículo 59 del CEDH para que recogiera la futura adhesión: «*La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio*».

Hay que recordar también aquí que, esta idea, que posteriormente se plasmaría en el Tratado de Lisboa, aparecía ya recogida en el malogrado Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa.

II.1 El documento de reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión sobre determinados aspectos de la adhesión de la Unión al Convenio y la comunicación conjunta de los Presidentes del Tribunal de Justicia de la Unión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Ante el proceso de adhesión que se planteaba llevar a cabo, se publicaron dos documentos que son cruciales para el tema que nos ocupa. El primero de ellos es un documento de reflexión del TJUE sobre determinados aspectos de la adhesión de la UE al CEDH¹¹. Dicho documento data del 5 de mayo de 2010, y el motivo por el cual el TJUE lo publica consiste en tratar y analizar algunas cuestiones complejas relativas a la adhesión de la UE al CEDH. En palabras del TJUE: «*Con ánimo de contribuir a los esfuerzos desplegados para la realización del proyecto de adhesión, que suscita cuestiones jurídicas bastante complejas, el Tribunal de Justicia se propone presentar las reflexiones siguientes sobre un aspecto particular que está ligado a la forma de funcionamiento del sistema jurisdiccional de la Unión*».

En primer lugar, el TJUE manifiesta que, desde las instituciones, órganos y organismos de la UE, se ha tratado desde hace mucho tiempo (más concretamente desde la Sentencia *Stauder*), de proteger y velar por los derechos fundamentales contenidos en el CEDH, incluso cuando no estaba obligado a ello. También recuerda el TJUE que, en su jurisprudencia, se ha referido en alguna ocasión a la jurisprudencia del TEDH. Por

⁹ Vid. en este mismo sentido: MORTE GÓMEZ (2011). Recuperado de: http://www.apdhe.org/wp-content/uploads/2015/07/Folleto_Adhesion_UE_APDHE.pdf.

¹⁰ Vid. BOE de 28 de mayo de 2010, número 130, por el que se publica el instrumento de ratificación del Protocolo núm. 14 del CEDH.

¹¹ Vid. Documento de reflexión del TJUE. Recuperado de: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_es_2010-05-21_12-10-16_194.pdf.

este motivo, el TEDH ha entendido que existe una cierta «presunción de conformidad» entre el Derecho de la UE y los derechos recogidos en el CEDH¹².

En segundo lugar, el TJUE recuerda que para que el Derecho de la UE tenga incidencia directa en los particulares, han de ser normalmente las autoridades nacionales de los Estados miembros los que lleven a cabo medidas de ejecución o aplicación. Por ello, la estructura jurisdiccional para defender un derecho fundamental presuntamente vulnerado es el agotamiento de las vías internas de recursos antes de acudir al Tribunal de Estrasburgo. No obstante, con la adhesión de la UE al CEDH la perspectiva variará ligeramente. De tal suerte que, al igual que los Estados partes del CEDH, la UE tendrá que velar en sus actuaciones por la no violación de estos derechos. Si bien esta protección era una realidad *extraoficial*, ahora será una realidad jurídica vinculante.

«Es necesario crear un procedimiento que cerciore la revisión interna prima facie del TJUE en lo que se refiere a cuestiones sobre la conformidad de los actos de la UE con el CEDH».

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia recuerda que él es el encargado de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. Aunque los tribunales nacionales de los Estados miembros puedan examinar la validez o no de una disposición de un acto adoptado por instituciones u órganos europeos, solamente el TJUE puede declarar la invalidez de dicho acto, mediante el procedimiento de la cuestión prejudicial. Para asegurar que este sistema no se verá modificado por la futura adhesión al CEDH, el TJUE toma una actitud precavida, estableciendo que antes de que se pronuncie el TEDH en algún asunto relativo a derechos fundamentales, dicho asunto deberá haber pasado el filtro del Tribunal de Luxemburgo: *«es preciso evitar que el TEDH llegue a resolver sobre la conformidad de un acto de la Unión con el Convenio sin que previamente el Tribunal de Justicia haya podido pronunciarse de forma definitiva sobre esa cuestión».*

En cuarto y último lugar, se refiere el documento a la naturaleza del procedimiento relativo a la cuestión prejudicial, que tan buenos frutos ha dado a la hora de conocer la interpretación y validez de los actos de la UE. Sin embargo, dadas las características de dicho procedimiento, y en palabras del TJUE, *«no cabe dar por seguro»* que se produzca una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo en todos los casos en que sería deseable, al ponerse en duda un posible conflicto entre la actuación de la UE y los derechos fundamentales. Esto es así, porque como ya es sabido, la iniciación de este procedimiento corresponde al Juez nacional, y por lo tanto, no es posible asegurar al cien por cien, que todos los Jueces nacionales vayan a plantear una cuestión prejudicial cuando sea conveniente. Igualmente, dice el documento, dado que la competencia para plantearla recae sobre el Juez nacional, no sería muy apropiado pensar que el procedimiento de la cuestión prejudicial pudiera suponer un requisito previo para acudir al Tribunal de Estrasburgo¹³.

Además, reconoce el TJUE, que el sistema de protección de los derechos fundamentales creado por el CEDH, no exige como requisito previo para acudir al

¹² Vid. STEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi (Bosphorus Airways) c. Irlanda*, 30 de junio de 2005, nº 45036/98, CEDH 2005 - VI.

¹³ Ya que para acudir al TEDH se han de agotar las vías de recurso internas.

Tribunal de Estrasburgo, haber acudido previamente a un «tribunal del máximo rango jerárquico» como lo sería el TJUE. No obstante, en este caso que se nos plantea, entiende el TJUE que sí sería necesario establecer tal requisito, porque lo que está en juego es «la ordenación del sistema jurisdiccional de la UE de forma tal que, cuando se ponga en cuestión un acto de la UE, pueda ejercitarse una acción ante un órgano jurisdiccional de la UE, para que éste efectúe un control interno antes de que se produzca el control externo».

Finaliza el TJUE reclamando que para respetar el principio de subsidiariedad que proclama el CEDH, y al mismo tiempo para asegurar el correcto funcionamiento del sistema jurisdiccional de la UE, es necesario crear un procedimiento que cerciore la revisión interna *prima facie* del TJUE en lo que se refiere a cuestiones sobre la conformidad de los actos de la UE con el CEDH, sin perjuicio de que el TEDH realice a posteriori el control externo.

El segundo documento a tratar, que nos es de importantísimo interés, es una comunicación conjunta de los presidentes Skouris y Costa, del TJUE y del TEDH respectivamente¹⁴. En esta comunicación conjunta, con fecha de 24 de enero de 2011, se plantean algunas cuestiones referidas a la futura adhesión. Recuerda la comunicación conjunta que las acciones de la UE, además de que deben ser conformes al CEDH, pueden ser de dos tipos:

- Acciones directas, o lo que es lo mismo, acciones ejecutadas o aplicadas directamente por las instituciones y órganos europeos. En este punto, aquellos particulares que deseen acudir al TEDH, deberán llevar el asunto en primer lugar al Tribunal de Luxemburgo, de acuerdo con las condiciones establecidas en el Derecho de la UE.
- Acciones indirectas, es decir, ejecutadas o aplicadas por las autoridades nacionales de los Estados miembros para la implementación del Derecho de la UE. En este tipo de casos, el demandante deberá acudir a los tribunales nacionales y, tal como establece el artículo 267 TFUE, el Juez nacional será el que deba plantear la cuestión prejudicial si tuviere alguna duda sobre la afinidad entre la actuación de la autoridad nacional (implementando Derecho de la UE) y algún derecho fundamental del CEDH. En este punto, se dice que en aquellos casos en que el Juez nacional no hubiere formulado cuestión prejudicial al TJUE, ello no supondría un impedimento para que el TEDH pudiera conocer del asunto en cuestión, sin que el TJUE tuviera la oportunidad de revisar *prima facie* el caso.

Al igual que el documento de reflexión del 5 de mayo de 2010, la comunicación conjunta recuerda que, dada la naturaleza de la cuestión prejudicial, puede ocurrir que ésta no se produzca en todas aquellas ocasiones en que sería deseable, por ello, entienden los Presidentes Costa y Skouris, que el procedimiento prejudicial tal y como está regulado actualmente no puede constituir un requisito previo para que el TEDH entre a conocer de un asunto.

Finalmente, la comunicación conjunta acaba con la misma reflexión que puso de manifiesto el documento de reflexión del TJUE, es decir, que para no vulnerar el principio de subsidiariedad inherente al sistema de protección de los derechos

¹⁴ Vid. comunicación conjunta. Recuperado de: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf.

fundamentales implantado por el CEDH, se ha de crear un procedimiento ante el TJUE que sí sirva como requisito previo antes del procedimiento ante el TEDH¹⁵.

II.2 El bloqueo al proceso de adhesión

Vistas las bases para llevar a cabo el proceso de adhesión de la UE al CEDH, en enero de 2012 se pusieron de manifiesto las dificultades técnicas y políticas que la adhesión estaba sufriendo. El 25 de enero de ese año, conocimos que miembros del Parlamento Europeo y de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa suscribieron una declaración conjunta en la que pedían que se desbloqueara el proceso de adhesión¹⁶. El escrito dice, entre otras cosas: «*Estamos extremadamente preocupados de constatar que el Reino Unido y, en menor medida, Francia, intentan echar a perder por motivos políticos el proceso de adhesión*». Ocurre que estos dos Estados miembros pretenden una reforma del TEDH, antes de llevar a cabo definitivamente la adhesión de la UE al CEDH.

Para entender los motivos políticos de este bloqueo, es necesario entender la situación en la que se encuentra el TEDH. Por ello, haremos un paréntesis para explicar esta compleja situación.

En primer lugar, es sabida la importante carga de trabajo que soporta el TEDH y el elevado número de asuntos que tiene aún por resolver, así como el elevado número de demandas que aún han de ser examinadas para verificar su admisibilidad. Es por ello, que el TEDH optó por llevar a cabo una política de prioridad, es decir, en base a unos criterios de preferencia, hay demandas que por su naturaleza deben ser consideradas antes que otras.

Es por este motivo que no se debería mantener este sistema de trabajo y de funcionamiento en el TEDH, existiendo tantos casos pendientes por resolver. Por esto, se hace necesario introducir medidas que permitan al TEDH actuar de una manera ágil y eficaz para llevar a cabo una satisfactoria protección de los derechos fundamentales (IRURZUN MONTORO, 2012). Se puede decir que esta reforma del TEDH puso su primera piedra con la Declaración de Interlaken. Esta Declaración de Interlaken fue aprobada por una Conferencia ministerial del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que tuvo lugar durante la presidencia suiza del Comité. En un primer punto, la Declaración de Interlaken pretende una reducción de la carga de trabajo del TEDH, haciendo responsables a los Estados partes del CEDH del cumplimiento del mismo, con el fin de que lleguen menos asuntos al Tribunal de Estrasburgo. En este sentido, apunta a la creación de recursos judiciales en los procedimientos internos para la salvaguardia del CEDH, y a reforzar el conocimiento del mismo por parte de las autoridades nacionales.

En este mismo orden de cosas, el Comité de Ministros estudiará un sistema de admisión de demandas que actúe como filtro y que complemente y refuerce la idea de inadmisibilidad de demandas del Juez-único plasmada en el Protocolo 14¹⁷.

¹⁵ En palabras de los Presidentes Costa y Skouris: «*In order that the principle of subsidiarity may be respected also in that situation, a procedure should be put in place, in connection with the accession of the EU to the Convention, which is flexible and would ensure that the CJEU (TJUE) may carry out an internal review before the ECHR (TEDH) carries out external review*».

¹⁶ Vid. http://assembly.coe.int/ASP/NewsManager/EMB_NewsManagerView.asp?ID=7351&L=2.

¹⁷ En este Protocolo 14 se crea la figura del Juez-único que puede desestimar demandas cuando sea muy clara su inadmisibilidad. Este Protocolo se elaboró en 2004 y entró en vigor en 2010.

Siguiendo esta línea, la Declaración pone la atención en dos cuestiones. Por una parte, le recuerda al TEDH la necesidad de elaborar una jurisprudencia coherente, y por otra parte, insta al TEDH a no convertirse en una cuarta instancia, dónde se vuelva a examinar cuestiones de hecho, o se vuelva a interpretar disposiciones de Derecho nacional ya interpretadas por órganos jurisdiccionales nacionales. Por último, la Declaración entiende que se han de otorgar prerrogativas al Comité de Ministros que le posibiliten supervisar de una manera más eficaz y transparente las sentencias condenatorias a los Estados partes del CEDH.

En abril de 2011, la presidencia de Turquía del Consejo de Ministros convoca una Conferencia en Esmirna, en la que se puso de manifiesto la falta de entendimiento entre los Estados para llevar a cabo las propuestas reflejadas en la Declaración de Interlaken.

Con la presidencia británica del Consejo de Ministros, el 20 de abril de 2012 se aprueba la Declaración de Brighton¹⁸. Esta Declaración contiene propuestas de reforma del TEDH y algunas propuestas de modificaciones dirigidas al CEDH. La Declaración de Brighton en primer lugar manifiesta que existe un déficit entre lo plasmado en la Declaración de Interlaken y lo que se ha conseguido en términos prácticos. En este sentido, dice que los pasos seguidos en Interlaken y Esmirna han de ser hechos realidad, además de desarrollar todo el potencial del Protocolo 14. La Declaración de Brighton, además de reforzar lo ya plasmado en las Declaraciones de Interlaken y de Esmirna, prevé medidas para que los Estados partes del CEDH dispongan de instrumentos para hacer cumplir el CEDH de una manera más eficaz, con el fin de evitar carga de trabajo al TEDH. Igualmente, se emplaza al Comité de Ministros para que modifique el Preámbulo del CEDH, en el sentido de introducir una referencia al principio de subsidiariedad, y a la doctrina del «margen de apreciación» de la que disponen los Estados partes¹⁹.

Esta modificación del Preámbulo se vio hecha realidad el 16 de mayo de 2013, cuando se aprobó el Protocolo 15²⁰, que daba satisfacción, entre otros Estados, a Reino Unido. En este sentido, al final del Preámbulo del CEDH, se añade un nuevo párrafo: *«Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention»*.

Otra medida que propone la Declaración de Brighton, es rebajar de seis meses a cuatro meses el tiempo para acudir al Tribunal de Estrasburgo desde que se dictó la resolución definitiva en el Estado en cuestión. Por ello, se le encarga al Comité de Ministros la modificación del artículo 35 del CEDH. Finalmente, la Declaración de Brighton hace referencia a la futura adhesión de la UE al CEDH. La Declaración dice: *«The accession of the European Union to the Convention will enhance the coherent application of human rights in Europe. The Conference therefore notes with satisfaction progress on*

¹⁸ Vid. Declaración de Brighton. Recuperado de:

https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf.

¹⁹ La doctrina del margen de apreciación es un espacio con el que cuentan los Estados miembros del Consejo de Europa para delimitar el alcance e interpretación de los derechos contenidos en el CEDH, en función de sus circunstancias sociales y culturales.

²⁰ Vid.

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2012\)166&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2012)166&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383).

the preparation of the draft accession agreement, and calls for a swift and successful conclusion to this work».

II.3. El borrador final de Acuerdo de adhesión

En el marco de las negociaciones entre la UE y el Consejo de Europa, el 5 de abril de 2013 se llega a un arreglo sobre el borrador final del Acuerdo²¹. En este borrador final, los 47 Estados del Consejo de Europa y la UE han llegado a acordar los siguientes puntos (BLASCO LOZANO, 2011):

- La adhesión será al CEDH y a algunos Protocolos, no todos. En concreto, la adhesión se extenderá al Protocolo adicional, que habla del derecho a la propiedad privada, del derecho a la educación y del derecho a unas elecciones libres. No obstante, la adhesión no se producirá al resto de Protocolos, ya que estos Protocolos tocan materias que podrían caer dentro de las competencias de la UE.
- En el borrador de Acuerdo se prevé que la UE pueda hacer reservas, siempre dentro de las limitaciones que impone el artículo 57 del CEDH²², en aquellas situaciones en que existan normas del Derecho de la UE que no sean compatibles con el CEDH.
- Se pone de manifiesto de manera expresa la sujeción de las instituciones de la UE (también el TJUE) al cumplimiento de las resoluciones dictadas por el TEDH.
- Se prevé un procedimiento en el que la UE y los Estados miembros pueden ser codemandados (MUÑOZ AGUDO, 2014, p. 26). En este punto, el borrador habla de dos situaciones en las que se puede dar esta codemanda:
 - 1) En el caso de que se interponga una demanda contra uno o más Estados miembros de la UE, la propia UE podrá intervenir como codemandada cuando sea alegada una violación en la que el TEDH entienda que existe una posible incompatibilidad entre los derechos plasmados en el CEDH y una norma del Derecho de la UE.
 - 2) En el caso de que se interponga una demanda contra la propia UE, los Estados miembros de la UE pueden intervenir como codemandados cuando sea alegada una violación en la que el TEDH entienda que existe una posible incompatibilidad entre los derechos fundamentales del CEDH y una norma de los Tratados (TUE y TFUE), o bien de una disposición de rango igual a los Tratados.

Para adquirir la condición de codemandado, ha de haber sido propuesto por la Alta Parte implicada en el asunto, y ratificado por el TEDH previa audiencia de las otras partes. Para evitar que el TEDH se entrometa en el reparto de competencias entre los Estados miembros y la UE, al declarar una vulneración del CEDH, lo hará de manera conjunta en aquellos casos que haya de referirse a la UE y a un Estado miembro.

²¹ Vid. borrador del Acuerdo:

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/libe/dv/5thmeeting_finalrep_/5thmeeting_finalrep_en.pdf.

²² Artículo 57 del CEDH: «Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición».

- Otro asunto que recoge el borrador de Acuerdo es la intervención previa del Tribunal de Justicia de la UE, cuando la UE sea parte demandada en un proceso ante el TEDH. Este es uno de los puntos más relevantes de la futura adhesión. En estos casos, se le da al TJUE un plazo para que pueda examinar *prima facie* si ha habido vulneración o no de los derechos fundamentales alegados. Vendría a ser, salvando las distancias, como una suerte de recurso de amparo a nivel europeo, en el que el Tribunal de Luxemburgo será el filtro que determine si el asunto ha de ser conocido por el Tribunal de Estrasburgo o no. Este examen previo ha de realizarse con rapidez, para que los eventuales procedimientos posteriores ante el TEDH no sufran más demora que la que ya sufren de por sí. Este punto recoge lo que manifestó el TJUE en su documento de reflexión del 5 de mayo de 2010 (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2012).
- Ocurre que el artículo 55 del CEDH establece que las Altas Partes contratantes renuncian a utilizar un medio de solución distinto del que prevé el CEDH, cuando surja alguna controversia sobre la violación o no de los derechos fundamentales plasmados en él. Pues bien, dado que se prevé la intervención previa del TJUE antes de que el TEDH pase a conocer del asunto, el borrador del Acuerdo especifica que estos procedimientos ante el TJUE no serán considerados de arreglo o arbitraje internacional de los que harían inadmisibles las demandas en virtud precisamente de este artículo 55 del CEDH.
- Habrá un Juez de la UE conforme a los artículos 22 y 26 del CEDH. Para elegir a este magistrado, el Parlamento Europeo tendrá en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa los mismos representantes que el Estado parte del CEDH con mayor representación. Es decir, tendrá los mismos representantes que Rusia.
- La participación de la UE en el Comité de Ministros del Consejo de Europa, es uno de los puntos más importantes del borrador final. La UE, al adherirse al CEDH, pasará a tener derecho de voto en lo tocante al Convenio. Ocurre que con este derecho de voto de la UE, la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH por parte del Comité de Ministros, podría verse truncada o dificultada en algunos casos. Por ejemplo, cabría la posibilidad de que la UE y los Estados miembros votaran en bloque en un determinado sentido. Por ello, el borrador del Acuerdo recoge las siguientes disposiciones:
 - 1) Cuando el Comité de Ministros esté supervisando el cumplimiento de una sentencia por parte de la UE, o por parte de la UE y de algún Estado miembro, la UE y el/los Estados miembros deberán votar de forma coordinada.
 - 2) Cuando el Comité de Ministros esté supervisando el cumplimiento de una sentencia por parte de un Estado miembro de la UE, la propia UE no podrá ejercer el derecho de voto.
 - 3) En el caso en que el Comité de Ministros esté supervisando el cumplimiento de un Estado no miembro de la UE, según los Tratados (TUE y TFUE), no es obligatorio para los Estados miembros de la UE votar de manera coordinada, ni entre ellos mismos, ni entre ellos y la propia UE.
 - 4) Finalmente, junto con el borrador del Acuerdo, se ha creado una propuesta que modificaría las reglas del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la supervisión del cumplimiento de las sentencias emanadas del TEDH. Se trata de la Regla 18, que, entre otras cosas, permite a los Estados no

miembros de la UE, ejercer la supervisión del cumplimiento de sentencias del TEDH cuando la UE sea la condenada.

- La participación de la UE en los gastos que suponen poner en marcha la aplicación del CEDH, con el control externo del TEDH, será igual al 34% de la mayor contribución de un Estado parte del CEDH al presupuesto ordinario del Consejo de Europa, tomando en consideración el año anterior.
- Se prevé que el Acuerdo de Adhesión entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses desde la fecha en que las Altas Partes contratantes hayan ratificado dicho Acuerdo (BLASCO LOZANO, 2011, pp. 56 y ss).

II.4. El dictamen 2/2013 del TJUE de 18 de diciembre de 2014

Tomando como base jurídica el art. 218.11 del TFUE²³, el 4 de julio de 2013 la Comisión Europea solicitó el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad del Acuerdo de adhesión con los Tratados (SOLDEVILA FRAGOSO, 2015; URBINA TREVIÑO, 2015).

Pues bien, el 18 de diciembre de 2014 el TJUE emite el dictamen, dando así respuesta a lo planteado por la Comisión Europea. También se publica el Comunicado de prensa n.º 180/14²⁴ («El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre el Proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales e identifica problemas de compatibilidad con el Derecho de la Unión») en el que se explican de manera breve las conclusiones a las que ha llegado el TJUE en el dictamen (ALONSO GARCÍA, 2017).

Siguiendo a SOLDEVILA FRAGOSO (2015), a SÁNCHEZ GUIJARRO (2016), a GONZÁLEZ VEGA (2015) y como en el propio texto del dictamen se manifiesta, se pueden desglosar los puntos clave (sobre el fondo de la cuestión) del dictamen 2/2013 en seis:

- 1) Cuestiones preliminares: En este punto, se recuerda que la Unión Europea, por su propia naturaleza, no debe ser considerada un Estado a efectos de la adhesión. Se señala que el hecho de que la Unión Europea tenga esta especial naturaleza, conlleva una serie de consecuencias en lo que respecta a plantear la adhesión de la UE al CEDH, no pudiéndose partir desde la perspectiva consistente en que la Unión, a efectos del CEDH, es un Estado más, como cualquier otro. También trae a colación el dictamen 2/13 el Protocolo n.º 8 de la Unión (sobre el apartado 2 del art. 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), que establece que se habrán de preservar en la adhesión «*las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión*». Igualmente señala que esta adhesión no debe afectar a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de las instituciones europeas. Del mismo modo, la adhesión tampoco debe afectar a

²³ Art. 218.11 TFUE: «Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados».

²⁴ Vid. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180es.pdf>.

la situación particular de los Estados miembros en relación con el CEDH, y tampoco habrá de quedar afectado, tras la adhesión, el art. 344 del TFUE²⁵.

Después de hacer un repaso de la naturaleza y características del Derecho de la Unión, entra a valorar el Tribunal de Justicia el tema de los derechos fundamentales. Así, reconoce que *«la autonomía de que goza el Derecho de la Unión con respecto a los Derechos de los Estados miembros y con respecto al Derecho Internacional exige que esos derechos fundamentales se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión»*.

- 2) Sobre la compatibilidad del acuerdo previsto con el Derecho primario de la Unión: En este punto, el Tribunal de Justicia parte de una base que ya conocemos, esto es, que los derechos fundamentales del CEDH forman parte del Derecho de la Unión en tanto en cuanto principios generales, pero que, al no haberse adherido todavía la Unión al CEDH, este Convenio no está integrado de manera formal en el ordenamiento jurídico comunitario. Una vez producida la adhesión, la Unión quedaría sujeta al control externo por parte del TEDH. Aclara el dictamen que, en principio, no existe obstáculo para que un acuerdo internacional celebrado por la Unión pueda afectar *«a sus propias competencias si se cumplen los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de éstas y, por lo tanto, no se pone en peligro la autonomía del sistema jurídico comunitario»*.

Como es lógico, reconoce el dictamen que la interpretación del TEDH en relación con el CEDH vincularía a la Unión y a sus instituciones (incluido el Tribunal de Justicia). Sin embargo, la interpretación que dé el Tribunal de Justicia a un derecho recogido en el CEDH no vincularía al TEDH. Partiendo de esta situación, entiende el Tribunal de Justicia en el dictamen que esto no puede ocurrir cuando el Tribunal de Justicia interprete el Derecho de la Unión, especialmente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (en lugar de un derecho reconocido por el CEDH). Entiende el Tribunal de Luxemburgo que *«las apreciaciones del Tribunal de Justicia relativas al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH»*. SOLDEVILA FRAGOSO (2015) lo explica así: *«No obstante, dicho control (el del TEDH), subraya el dictamen, no debe tener como efecto imponer a la Unión y a sus Instituciones, en el ejercicio de sus competencias internas, una interpretación determinada de su propia normativa e insiste en que las apreciaciones del Tribunal de Justicia concernientes al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH»*.

Llegados a este punto, el dictamen trae a colación dos artículos: el art. 53 del CEDH²⁶ y el art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales²⁷. Ocurre que el

²⁵ Art. 344 TFUE: «Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos».

²⁶ Art. 53 del CEDH: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser

Tribunal de Luxemburgo ha interpretado el art. 53 de la Carta *«en el sentido de que la aplicación de estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales no debe afectar al nivel de protección previsto por la Carta ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión»*. Lógicamente, esta interpretación del Tribunal de Justicia vela por preservar las características del Derecho de la Unión en este ámbito concreto. En la medida en que, por su parte, el art. 53 del CEDH establece que ningún artículo del Convenio se interpretará en el sentido de que pueda suponer un perjuicio para los derechos humanos reconocidos por una Parte Contratante, se hace necesario prever una coordinación entre los dos artículos 53 (CEDH y Carta), de tal suerte que lo previsto en el art. 53 CEDH quede condicionado (cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta y por el CEDH a la vez), de tal forma que no se ponga en cuestión *«el nivel de protección que contempla la Carta, ni la primacía, la unidad y efectividad del Derecho de la Unión»*. Pues bien, constata el dictamen que no se ha previsto nada sobre este punto en el Acuerdo de adhesión de 5 de abril de 2013.

«El Acuerdo de adhesión no prevé que se pueda excluir que un Estado miembro sea considerado responsable junto con la Unión por una violación del CEDH».

En este orden de ideas, sostiene ahora el Tribunal de Justicia que el Acuerdo de adhesión ignora el principio de

confianza mutua imperante en el Derecho de la Unión, al pretender tratar a la Unión Europea de forma igual, jurídicamente hablando, que a cualquier otro Estado Contratante. Este trato supondría aceptar que un Estado miembro podría decidir cuestionar si otro Estado miembro garantiza los derechos fundamentales contemplados por la Unión, lo cual no sería adecuado si nos atenemos al principio de confianza mutua. En principio, salvo excepciones, los Estados miembros presumen que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales reconocidos por la Unión, precisamente con base en el principio de confianza mutua. Esta situación, entiende el Tribunal de Luxemburgo, *«puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión, así como la autonomía del Derecho de la Unión»*. Pues bien, señala el Tribunal de Justicia que, en este punto, tampoco se prevé nada al respecto en el Acuerdo de adhesión.

Otro punto de conflicto es el suscitado por la posible superposición entre el Protocolo n.º 16 del CEDH y el mecanismo de la cuestión prejudicial contemplado en el Derecho de la Unión (art. 267 TFUE). Hemos de saber que este Protocolo 16 (firmado el 2 de octubre de 2013) ofrece la posibilidad para los Estados Parte del CEDH de plantear al TEDH solicitudes de opiniones consultivas sobre la interpretación o aplicación de los derechos contemplados en

reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte».

²⁷ Art. 53 de la Carta: *«Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros»*.

el CEDH. Por otra parte, en el marco del Derecho de la Unión, existiría el mecanismo de cuestión prejudicial mediante el cual los órganos jurisdiccionales nacionales pueden plantear esta consulta al Tribunal de Luxemburgo. En este sentido, entiende el Tribunal de Justicia que *«puesto que el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión, el mecanismo instaurado por dicho Protocolo podría, especialmente tratándose de derechos garantizados por la Carta que se correspondiesen con los reconocidos por el CEDH, afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el art. 267 TFUE»*.

En esta línea, el Tribunal de Justicia plantea una situación que pudiera darse de permitirse este mecanismo, cuya consecuencia sería el relegar a un segundo plano el mecanismo de la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE (incluso cuando pueda entrar en juego el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia plasmado en el Acuerdo de adhesión):

«No puede excluirse, en particular que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo n.º 16 por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que se haya adherido a dicho Protocolo pueda desencadenar el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia, creando así un riesgo de que se soslaye el procedimiento de remisión prejudicial [...] que constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional instaurado por los Tratados».

A la luz de esto, la adhesión tal y como está contemplada podría incidir de manera determinante en la autonomía y en las características específicas del Derecho de la Unión.

- 3) Sobre el art. 344 TFUE: Como sabemos, este artículo dispone que los Estados miembros no someterán sus disputas sobre la interpretación o aplicación de los Tratados a procedimientos de solución que no estén previstos en los mismos. Pues bien, ocurre que el Tribunal de Justicia detecta que el Acuerdo de adhesión, tal y como está planteado, no cierra la posibilidad consistente en que la Unión o algún Estado miembro plantee una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo (de acuerdo al art. 33 CEDH), cuya motivación sea una posible vulneración del CEDH cometida por la Unión o por un Estado miembro, en relación con el Derecho de la Unión. Siendo esto así, el Acuerdo de adhesión no se estaría adecuando al art. 344 TFUE, pues se estaría sometiendo una controversia sobre la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución que no está previsto en los mismos. Sigue argumentando el Tribunal de Justicia que la única manera de evitar este problema (y asegurar la compatibilidad del art. 344 TFUE con la adhesión de la Unión al CEDH), es plantear *«una exclusión expresa de la competencia del TEDH resultante del art. 33 CEDH respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión»*.
- 4) Sobre el mecanismo del codemandado: Como recuerda el dictamen, este mecanismo fue introducido para *«evitar cualquier laguna en el sistema del CEDH relacionada con la participación, la responsabilidad y la eficacia frente a terceros»*. Hay que tener muy presente que este mecanismo, al igual que los otros puntos del Acuerdo de adhesión, debe velar por preservar las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión. También

recuerda que, según el Acuerdo de adhesión, una Parte Contratante puede convertirse en codemandada de dos maneras: o bien porque acepte una invitación del TEDH (invitación no vinculante), o bien porque así lo decida el TEDH previa solicitud de la Parte. Al no ser las invitaciones del TEDH vinculantes, esto significa que, en principio, la Unión y los Estados miembros son libres a la hora de apreciar si se dan los requisitos para ser codemandado. Podría darse la situación consistente en que, cuando la Unión o algún Estado miembro solicite al TEDH ser codemandado, el TEDH debe comprobar si se dan los requisitos para tomarlos en consideración como codemandados. Entiende el Tribunal de Justicia que, a la hora de valorar estas solicitudes, *«se ve llamado a apreciar las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre ésta y sus Estados miembros, así como los criterios de imputación de sus actos u omisiones...»*. Pues bien, este control del TEDH, según el Tribunal de Luxemburgo, *«podría interferir con el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros»*.

En este orden de cosas, se podría dar un segundo problema, consistente en que el Acuerdo de adhesión no prevé que se pueda excluir que un Estado miembro sea considerado responsable junto con la Unión por una violación del CEDH, respecto de la cual ese Estado miembro tuviera una reserva de acuerdo al art. 57 CEDH²⁸. Este argumento, enlaza directamente con el art. 2 del Protocolo n.º 8 de la Unión, según el cual la adhesión no debe afectar a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH.

Un tercer problema tiene como origen la excepción que hace el Acuerdo de adhesión en relación con la regla general consistente en que el demandado y el codemandado son conjuntamente responsables. Pues bien, esta excepción permite que el TEDH, pueda decidir que solamente uno de ellos (demandado o codemandado) sea el responsable de la violación del CEDH. En este sentido, ocurre que cuando el TEDH tiene que valorar si la Unión o un Estado miembro ha sido únicamente el responsable de una violación, estaría apreciando también normas del Derecho de la Unión relativas al reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros. De acuerdo con el Tribunal de Justicia, si se permitiera que el TEDH hiciera una valoración de este tipo, se podría vulnerar el reparto de competencias previsto por el Derecho de la Unión. Este tipo de valoración solo le correspondería hacerla al Tribunal de Justicia, y no al TEDH, en la medida en que se trata de una cuestión (el reparto de competencias entre Unión y EE. MM.) que solo es competencia del Tribunal de Luxemburgo.

- 5) Sobre el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia: Recuerda el dictamen que esta intervención previa del Tribunal de Luxemburgo responde a la necesidad de preservar las competencias de la Unión y las atribuciones del Tribunal de Justicia. Igualmente, vela por el carácter subsidiario que ha de tener el sistema implantado por el CEDH. En este sentido, *«es necesario en primer lugar, que quien determine si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la misma cuestión jurídica que es objeto del procedimiento ante el TEDH sea exclusivamente la institución competente de la UE, cuya decisión debería vincular al TEDH»*. Pues bien, entiende el Tribunal

²⁸ Art. 57.1 CEDH: «Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general».

de Justicia que el Acuerdo de adhesión no prevé la exclusión de que el TEDH se pronuncie sobre una cuestión jurídica que ya haya sido tratada por el Tribunal de Luxemburgo, lo cual sería tanto como decir que el TEDH tendría competencia para interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión. En palabras del Tribunal de Justicia:

«Por consiguiente, el procedimiento de intervención previa debería configurarse de tal manera que, en cualquier asunto pendiente ante el TEDH, se remitiese una información completa y sistemática a la Unión para que la institución competente de ésta pudiese apreciar si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la cuestión que es objeto del asunto y, en caso contrario, pudiese iniciar ese procedimiento».

En otro orden de cosas, también detecta el Tribunal de Justicia que el Acuerdo de adhesión no prevé la opción consistente en que el Tribunal de Justicia se pronuncie con carácter previo sobre una cuestión de interpretación de Derecho derivado. En este sentido, entiende que existe una limitación sustancial en lo referente al mecanismo de intervención previa, ya que solo se prevé para el Derecho originario (lo cual supondría tanto como decir que el Acuerdo de adhesión no permite salvaguardar las características específicas de la Unión y su Derecho):

«Pues bien, si no se permitiese al Tribunal de Justicia aportar la interpretación definitiva del Derecho derivado y si el TEDH, al examinar la conformidad de ese Derecho con el CEDH, diese por sí mismo una interpretación determinada de entre todas las posibles, se estaría vulnerando sin lugar a dudas el principio de competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para la interpretación definitiva del Derecho de la Unión».

- 6) Sobre las características específicas del Derecho de la Unión por lo que respecta al control jurisdiccional en materia de PESC: En primer lugar, señala el dictamen que en lo que se refiere a materia PESC, hemos de atenernos al art. 24.1 del TUE, párrafo 2º: *«La política exterior y de seguridad común se regirá por reglas y procedimientos específicos. La definirán y aplicarán el Consejo Europeo y el Consejo, que deberán pronunciarse por unanimidad salvo cuando los Tratados dispongan otra cosa. Queda excluida la adopción de actos legislativos. La política exterior y de seguridad común será ejecutada por el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y por los Estados miembros, de conformidad con los Tratados. La función específica del Parlamento Europeo y de la Comisión en este ámbito se define en los Tratados. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tendrá competencia respecto de estas disposiciones, con la salvedad de su competencia para controlar el respeto del art. 40 del presente Tratado²⁹ y para controlar la legalidad de determinadas decisiones contempladas en el párrafo 2º del art. 275 del TFUE³⁰».*

²⁹ El art. 40 apartado 1 del TUE dice: «La ejecución de la política exterior y de seguridad común no afectará a la aplicación de los procedimientos y al alcance respectivo de las atribuciones de las instituciones establecidos en los Tratados para el ejercicio de las competencias de la Unión mencionadas en los arts. 3 a 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

³⁰ El art. 275 del TFUE dice: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas.

Observamos, por lo tanto, que la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre materias concernientes al ámbito de la PESC, es bastante limitada, y como consecuencia de ello, muchos actos que se adoptan en este ámbito quedan fuera del control del Tribunal de Luxemburgo. No obstante, según se deduce del Acuerdo de adhesión, el TEDH tendría la capacidad para pronunciarse sobre estos actos llevados a cabo en el marco de la PESC y excluidos del control del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Por lo tanto, entiende el dictamen que, en este punto, tampoco se tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión.

Finalmente, por todo lo mencionado anteriormente, el fallo del dictamen es el siguiente:

«El acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el art. 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo n.º 8 sobre el apartado 2 del art. 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales».

II.5. Comentarios y reflexiones sobre el dictamen 2/2013 del Tribunal de Luxemburgo

Lo cierto es que, tras conocer el dictamen 2/13, la sensación es bastante negativa. Pudo parecer, en un primer momento, que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la adhesión sería cuestión de tiempo, pero como hemos podido comprobar, el Tribunal de Justicia ha traído a colación puntos muy importantes que, a priori, no hacen viable esta adhesión teniendo en cuenta el marco jurídico actual y el Acuerdo de adhesión alcanzado. No cabe duda que conseguir en la región europea un sistema de protección de los derechos fundamentales auspiciado por las dos organizaciones más importantes (Consejo de Europa y Unión Europea) es uno de los mayores retos a los que, seguramente, se haya enfrentado en términos jurídicos el continente europeo.

En este punto, intentaremos plasmar algunas reflexiones para procurar salir del *impasse* al que ha quedado sometido el proceso de adhesión de la UE al CEDH una vez conocido el mencionado dictamen.

En primer lugar, encontramos cierto recelo por parte del Tribunal de Justicia cuando afirma en el dictamen 2/13 que las apreciaciones del Tribunal de Justicia relativas al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión a la hora de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, no deberían ser poder cuestionadas por el TEDH. Nos viene a la cabeza, inmediatamente, la duda de si este se puede considerar un argumento deseable (en términos de coherencia entre sistemas de protección) cuando se trata de derechos fundamentales que están contemplados tanto en la Carta como en el CEDH³¹. Es decir, de acuerdo a la

No obstante, el Tribunal de Justicia será competente para controlar el respeto del art. 40 del TUE y para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del art. 263 del presente Tratado y relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del Título V del TUE por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas».

³¹ Recordemos, además, que la propia Carta de los Derechos Fundamentales en su art. 52 establece que cuando la Carta contenga derechos que también estén recogidos por el CEDH, «su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio». Sobra decir que, el sentido y alcance de estos derechos es fijado por el TEDH en su jurisprudencia.

naturaleza del Derecho de la Unión, la posición del Tribunal de Justicia es perfectamente defendible. Sin embargo, nos resultaría más coherente que, cuando se trate de un derecho fundamental contemplado en ambos textos, sea el TEDH quién ostente el monopolio a la hora de interpretar el alcance de tal derecho. De lo contrario, podrían darse contradicciones jurídicas entre la interpretación que haga el TEDH de un derecho fundamental y la interpretación que haga el Tribunal de Justicia (aun cuando la interpretación se haga en el ejercicio de las competencias internas del Tribunal de Luxemburgo y se pretenda tener en consideración al art. 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales). En este sentido, podría afirmarse entonces que, en ese supuesto, sería conveniente que el TEDH imponga una interpretación de su propia normativa en tanto en cuanto se trate de un derecho también contemplado en el CEDH.

«Lo cierto es que, tras conocer el dictamen 2/13, la sensación es bastante negativa».

En segundo lugar, en relación con la cuestión de los arts. 53 de la Carta y del CEDH, hemos de decir que estamos de acuerdo en la demanda que plantea el Tribunal de Justicia sobre la necesidad de que exista una coordinación entre ambos artículos. Igualmente, compartimos la crítica que hace cuando dice que el Acuerdo de adhesión ha obviado el principio de confianza mutua entre Estados miembros.

En lo referente al posible conflicto entre el Protocolo n.º 16 del CEDH y el mecanismo de la cuestión prejudicial del Derecho de la Unión, conviene detenernos por un momento. Como sabemos, entiende el Tribunal de Justicia que, una vez llevada a cabo la adhesión, el Protocolo n.º 16 del CEDH podría suponer el solapamiento con el mecanismo de la cuestión prejudicial. Pues bien, entendemos que, en aras, otra vez, de la coherencia interpretativa y jurídica para la protección de los derechos fundamentales, sería conveniente plantearse el «sacrificio» del mecanismo de cuestión prejudicial, única y exclusivamente en lo referente a los derechos fundamentales contemplados tanto en la Carta como en el CEDH, de tal suerte que sea el TEDH quien ostente el monopolio a la hora de interpretar el alcance de estos derechos. Esta medida solo supondría modificar la cuestión prejudicial en tanto en cuanto la consulta trate de derechos fundamentales contemplados tanto en la Carta como en el CEDH, de tal suerte que no se produciría una desnaturalización total del art. 267 TFUE, aunque sí sería deseable, lógicamente, su reforma para adecuar el artículo al proceso de adhesión³².

En relación con el problema suscitado a la luz del art. 344 TFUE y el art. 33 del CEDH, encontramos que el razonamiento del Tribunal de Justicia es jurídicamente impecable. Sin embargo, estamos en desacuerdo en relación con la solución planteada por el dictamen 2/13, esto es, excluir la competencia del TEDH consistente en conocer de litigios entre Estados miembros o entre estos y la Unión relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión. Entendemos que, en la medida en que lo planteado suscitara una duda sobre si la Unión o un Estado miembro han violado alguna disposición del CEDH en relación con el Derecho de la Unión, el TEDH, debería poder ser competente para conocer del asunto, al ser el máximo intérprete del CEDH. Por lo tanto, la alternativa que nos parece más adecuada, en lugar de la propuesta contemplada en el dictamen, sería la de reformar el art. 344 del

³² Además, sabemos que el mecanismo de la cuestión prejudicial solo puede entrar en juego si se plantea por el Juez nacional de un Estado miembro.

TFUE, de tal suerte que pueda ser compatible con el Acuerdo de adhesión, y el TEDH pueda ser competente³³.

Como hemos visto con anterioridad, en relación con el mecanismo del codemandado, un primer problema se da cuando, ante una solicitud por parte de un Estado miembro o de la propia Unión, el TEDH entrase a valorar las normas de reparto de competencias entre la Unión y sus Estados plasmadas en el Derecho de la Unión. Es cierto que, para evitar este efecto, sería deseable que el Acuerdo de adhesión previera, en estos casos en los que la Unión o un Estado miembro piden ser codemandados, la extensión de la intervención previa del Tribunal de Justicia para que sea el Tribunal de Luxemburgo en primera instancia quién decidiera, con arreglo a sus criterios y al Derecho de la Unión, qué Parte Contratante (Estado miembro o Unión) puede actuar como codemandado en un procedimiento ulterior ante el TEDH. La misma teoría podría servir para subsanar la situación consistente en que el TEDH, de conformidad con el Acuerdo de adhesión, pueda valorar si, cuando en un procedimiento hay demandado y codemandado, solamente uno de ellos es el que ha vulnerado el CEDH (entrando a valorar las normas del reparto de competencias fijadas en el Derecho de la Unión).

En relación con el problema planteado en el dictamen 2/13 consistente en que el Acuerdo de adhesión no ha tenido en cuenta el art. 57 del CEDH, nos encontramos totalmente de acuerdo con el Tribunal de Justicia, y debería haberse previsto tal vicisitud.

En este orden de ideas, podemos decir que un tema crucial es el mecanismo de intervención previa del Tribunal de Justicia. Recordemos que este mecanismo se basa en una doble justificación: 1) por un lado, preservar el carácter subsidiario del CEDH; y 2) salvaguardar las competencias de la Unión y las atribuciones de las instituciones europeas [art. 2 del Protocolo nº 8 UE] (MOLINA DEL POZO, 2011, pp. 447-448).

Por ello, entiende el dictamen que este mecanismo de intervención previa debería estar configurado de tal modo que, en un asunto pendiente ante el TEDH en el que esté en tela de juicio alguna disposición del Derecho de la Unión, se enviase información a la Unión para que la institución europea competente pudiera apreciar si el Tribunal de Justicia ya se pronunció anteriormente sobre la cuestión pendiente ante el TEDH, y en caso negativo, tramitar el asunto ante el TEDH. A nuestro juicio, la adhesión de la Unión al CEDH debe trascender, en cierto modo, las características del Derecho de la Unión, únicamente en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, entendemos que, si bien es cierto que el mecanismo de intervención previa es acertado, el Tribunal de Justicia debe, en cierto modo, someterse a los criterios y valoraciones del TEDH en lo que a derechos fundamentales se refiere (incluso cuando ya se haya pronunciado sobre la cuestión jurídica planteada). Por lo tanto, podemos afirmar que no nos desagrada la idea aparentemente temida por el Tribunal de Justicia en el dictamen 2/13, esto es, que el TEDH pueda interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en lo que a derechos fundamentales se refiere). En el supuesto de que en el asunto en cuestión se trate de derechos fundamentales plasmados tanto en el CEDH como en la Carta, creemos conveniente que el TEDH debería poder fijar las pautas, la interpretación y el alcance de estos derechos, produciéndose un acatamiento por parte del Tribunal de Justicia, en aras de conseguir un sistema de protección regional coherente y sin disparidades en un tema tan sensible como el que nos ocupa.

³³ Vid. art. 48 del TUE sobre la reforma de los Tratados.

En lo referente al apunte que hace el dictamen 2/13 sobre la no contemplación en el Acuerdo de adhesión de la posibilidad de activar el mecanismo de intervención previa a fin de obtener una respuesta por parte del Tribunal de Justicia sobre la interpretación del Derecho derivado de la Unión, entendemos que es acertado. No obstante, como hemos señalado anteriormente, aun cuando el Tribunal de Justicia ya se haya pronunciado sobre la cuestión jurídica planteada ante el TEDH por una posible vulneración del CEDH en relación con una disposición del Derecho derivado, sería conveniente que el TEDH conociera del asunto, acatando el Tribunal de Justicia lo dictaminado por el Tribunal de Estrasburgo. Se podría pensar entonces, que el hecho de que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado sobre la misma cuestión con anterioridad, no serviría de nada, puesto que el TEDH va a conocer igualmente del asunto. Hasta cierto punto, podemos compartir este planteamiento. Sin embargo, en este tipo de situaciones, habría que emplazar al TEDH para que, en su procedimiento ulterior, y para el caso de que revoque lo establecido por el Tribunal de Justicia con anterioridad, motive de manera apropiada sus resoluciones, tomando como base para el hilo argumental de la resolución, el pronunciamiento previo del Tribunal de Justicia sobre la cuestión planteada.

Finalmente, en lo que respecta a los actos llevados a cabo en el ámbito de la PESC (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2015, p. 844), no estamos de acuerdo con la posición mantenida por el Tribunal de Justicia en el dictamen 2/13. En primer lugar, se señala un hecho irrefutable, esto es, que el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de determinados actos adoptados en el ámbito de la PESC. No obstante, atendiendo al Acuerdo de adhesión, el TEDH podría valorar si un acto adoptado en el ámbito de la PESC (que no sea controlable por el Tribunal de Justicia) es o no compatible con alguna disposición del CEDH. Esto significa que el Tribunal de Estrasburgo sería capaz de controlar unos actos emanados en virtud del Derecho de la Unión, para los que el Tribunal de Luxemburgo no tiene competencia. Es cierto que este planteamiento, a priori, no obedece a una lógica jurídica, en tanto en cuanto puede parecernos incoherente que el Tribunal de Luxemburgo no pueda conocer de determinados actos emanados de la Unión, y sin embargo sí pueda conocer de ellos un Tribunal que no pertenece a la Unión Europea. No obstante, por nuestra parte diremos que si nos atenemos a la importancia vital que tiene la protección de los derechos fundamentales en una región como la europea, la posibilidad de que el TEDH entre a conocer este tipo de actos, se nos antoja aceptable, ya que podría darse la situación en la cual un acto adoptado en el marco de la PESC y no controlable por el Tribunal de Justicia, vulnera alguna disposición del CEDH, y sería, a nuestro juicio, ilegítimo que esa violación quedara impune, como consecuencia de no establecer excepciones a las características específicas del Derecho de la Unión, y permitir al TEDH conocer del asunto.

III. CONCLUSIONES

1. Como sabemos, en el momento del nacimiento de las Comunidades Europeas, no se preveía en ningún texto legal la protección de los derechos fundamentales, lo que llevó al Tribunal de Justicia a defender los derechos fundamentales en su jurisprudencia en virtud de los principios generales del Derecho.

2. Un primer intento frustrado de adhesión se produjo en la década de los 90, momento histórico en el que el Tribunal de Justicia emitió su dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996, mediante el cual echaba para atrás el proyecto de adhesión en tanto en cuanto la

Comunidad Europea carecía de base legal para celebrar un acuerdo de esta magnitud, entre otros motivos.

3. El Tratado de Lisboa vino a dar un respaldo esencial al proceso de adhesión de la Unión al CEDH en la medida en que este texto sí establecía un mandato claro de adhesión de la Unión al CEDH en su art. 6 del TUE. Igualmente, con el Tratado de Lisboa se dota a la Unión Europea de personalidad jurídica, lo cual le habilita para adherirse a Convenios Internacionales, como el CEDH.

4. Con este nuevo panorama jurídico-político, el 7 de julio de 2010 dieron comienzo las negociaciones entre el Consejo de Europa y la Unión Europea que culminaron con el Acuerdo de adhesión de 5 de abril de 2013.

5. Tras alcanzarse el Acuerdo de adhesión, las perspectivas se tornaban esperanzadoras en relación con el objetivo final de poder conseguir, por fin, la adhesión de la Unión al CEDH. Sin embargo, el dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014 supuso una decepción mayúscula para los que abogaban por una protección más fortalecida de los derechos fundamentales en la región europea con la adhesión de la Unión.

6. Tras el análisis del dictamen 2/13, y a pesar de que podemos estar de acuerdo con algunos puntos señalados, es cierto que el Tribunal de Luxemburgo ha adoptado una posición jurídica demasiado conservadurista y una interpretación que podríamos tildar casi de draconiana, haciendo inviable así (al menos en este momento), un proyecto tan ambicioso (y beneficioso) como es la adhesión de la Unión al CEDH³⁴.

7. Lo cierto es que, ante esta situación, el futuro no parece nada claro sobre si, finalmente, se llevará a cabo la adhesión de la Unión Europea al CEDH. No obstante, por nuestra parte, queremos pensar que todavía hay esperanza, y que, haciendo algunos cambios oportunos en el Acuerdo de adhesión, y optando el Tribunal de Justicia por una postura más flexible en aras de la coherencia y la protección de los derechos fundamentales en toda Europa, se pueda conseguir por fin la tan anhelada meta, ya muchos años perseguida sin éxito.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, Ricardo (2017), «La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, n.º 32. Recuperado de: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2017-05-03-RAG%20Postbosphorus60.pdf>.

BLASCO LOZANO, Ignacio (2011), «Proceso de negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», en *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea (Jornada de expertos)*, Asociación Pro Derechos Humanos de España, pp. 50-57. Recuperado de: http://www.apdhe.org/wp-content/uploads/2015/07/Folleto_Adhesion_UE_APDHE.pdf.

³⁴ Coincidimos con MARTINÓN QUINTERO (2015) en este punto, que lo expresa excelentemente bien: «El Tribunal de Justicia opta por una interpretación tan extensiva del principio de autonomía del Derecho de la Unión que impide la adhesión de la UE al CEDH en los términos negociados en el Proyecto de Acuerdo de Adhesión y la hace realmente muy difícil de cara al futuro, en la medida en que no ofrece ninguna guía o propuesta de solución para poder cumplir con el mandato del art. 6.2 del TUE» (pp. 68 y 69).

CHUECA SANCHO, Ángel (1999), *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona: Editorial Bosch.

CORTÉS MARTÍN, José Manuel (2015), «Sobre el Dictamen del TJUE n.º 2/13 relativo a la adhesión al CEDH, la tutela judicial efectiva en la PESC y la Unión de Derecho», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8, parte Doctrina, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 67-92.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (2015), «La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia», *La Ley Unión Europea*, n.º 23, La Ley, pp. 40-56.

GASCÓN MARCÉN, Ana (2008), *El Consejo de Europa en la encrucijada: alcance y límites de una organización internacional europea*, Memoria Máster, Zaragoza: Real Instituto de Estudios Europeos, pp. 108 y ss.

GONZÁLEZ VEGA, Javier Andrés (2015), «La ‘teoría del Big Bang’ o la creciente distancia entre Luxemburgo y Estrasburgo (Comentarios al Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos)», *La Ley Unión Europea*, n.º 25, Wolters Kluwer, pp. 17-50.

IRURZUN MONTORO, Fernando (2012), «¿Una nueva reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, n.º 10. Recuperado de: <http://pendientedemigracion.ucm.es/centros/cont/descargas/documento33208.pdf>.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (2012): «La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, n.º 14. Recuperado de: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2013-11-07-la%20adhesi%C3%B3n%20de%20la%20ue.pdf>.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (2015), «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 52, pp. 825-869.

MARTINÓN QUINTERO, Ruth (2015), «Los Derechos Humanos en la Unión Europea. En especial, el problema de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 28, pp. 49-71.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (2011), *Tratado de Lisboa*, Madrid: Ed. Universitaria Ramón Areces.

MORTE GÓMEZ, Carmen (2011), «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea (Jornada de expertos)*, Asociación Pro Derechos Humanos de España, pp. 38-47. Recuperado de: http://www.apdhe.org/wp-content/uploads/2015/07/Folleto_Adhesion_UE_APDHE.pdf.

MUÑOZ AGUDO, Marta (2014), «Cohesionando los valores europeos. Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, Recuperado de: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/924/TFG001000.pdf?sequence=1>.

SÁNCHEZ GUIJARRO, Laura (2016), «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: un desafío para Europa todavía pendiente», *Documentos de trabajo (IELAT, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos)*, n.º 86, Universidad de Alcalá.

SOLDEVILA FRAGOSO, Santiago (2015), «Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, sobre la (¿imposible?) adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Estado de la cuestión e incidencia en la práctica jurisdiccional española», *Actualidad Administrativa*, n.º 6, sección Europa, La Ley.

URBINA TREVIÑO, Gonzalo (2015), «El TJUE rechaza el proyecto de acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia (pleno), de 18 de diciembre de 2014», *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 8-9, parte Doctrina, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 51-66.

COMENTA ESTE ARTÍCULO

DICTAMEN 2/13 DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (PLENO)**DE 18 DE DICIEMBRE DE 2014**

En el procedimiento de dictamen 2/13,

que tiene por objeto una solicitud de dictamen presentada por la Comisión Europea el 4 de julio de 2013 con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 11,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Pleno)

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, el Sr. K. Lenaerts, Vicepresidente, el Sr. A. Tizzano (Ponente), la Sra. R. Silva de Lapuerta, los Sres. M. Ilešič, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, A. Ó Caoimh, J.-C. Bonichot, C. Vajda y S. Rodin, Presidentes de Sala, y los Sres. E. Juhász, A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits y A. Arabadjiev, la Sra. C. Toader, los Sres. M. Safjan y D. Šváby, las Sras. M. Berger y A. Prechal y los Sres. E. Jarašiūnas, C.G. Fernlund, J.L. da Cruz Vilaça y F. Biltgen, Jueces;

(...)

emite el presente

Dictamen

I. La solicitud de dictamen

1. La solicitud de dictamen presentada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la Comisión Europea está redactada en los siguientes términos:

«¿Es compatible con los Tratados el Proyecto de Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al 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”]?»

(...)

VIII. Apreciación del Tribunal de Justicia**A. Sobre la admisibilidad**

144. Algunos Estados miembros que han participado en el presente procedimiento expresaron dudas sobre la admisibilidad de la solicitud de dictamen de la Comisión, por contener

ésta apreciaciones relativas a las normas internas.

145. Procede recordar a este respecto que, a tenor del artículo 218 TFUE, apartado 11, el Parlamento, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con las disposiciones de los Tratados de cualquier acuerdo previsto. Esa disposición tiene por objeto evitar las complicaciones a que daría lugar la impugnación judicial de la compatibilidad con los Tratados de los acuerdos internacionales que obligan a la Unión (véanse los dictámenes 2/94, EU:C:1996:140, apartado 3; 1/08, EU:C:2009:739, apartado 107, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 47).

146. En efecto, una resolución judicial que declarara en su caso, tras la conclusión de un acuerdo internacional que obligara a la Unión, que tal acuerdo, a la vista de su contenido o del procedimiento seguido para su

celebración, es incompatible con las disposiciones del Tratado no dejaría de provocar, no sólo en el plano interno de la Unión, sino también en el de las relaciones internacionales, serias dificultades y podría perjudicar a todas las partes interesadas, incluidos los terceros Estados (véanse los dictámenes 3/94, EU:C:1995:436, apartado 17, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 48).

147. Para que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre la compatibilidad de las disposiciones de un acuerdo previsto con las reglas del Tratado, debe disponer de información suficiente sobre el contenido mismo de ese acuerdo (véanse los dictámenes 2/94, EU:C:1996:140, apartados 20 a 22, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 49).

148. En el presente caso, la Comisión ha transmitido al Tribunal de Justicia los Proyectos de instrumentos de adhesión sobre los que los negociadores han alcanzado ya un acuerdo de principio. El conjunto de estos instrumentos proporciona un marco suficientemente completo y preciso de las condiciones en que debería producirse la adhesión prevista y permite por lo tanto al Tribunal de Justicia apreciar la compatibilidad de dichos Proyectos con los Tratados.

149. En cambio, por lo que respecta a las normas internas, dado que éstas aún no han sido aprobadas, su contenido es sólo hipotético, y, en cualquier caso, su carácter de Derecho interno de la Unión excluye que puedan ser objeto del presente procedimiento de dictamen, que únicamente puede referirse a acuerdos internacionales que la Unión haya previsto celebrar.

150. Por lo demás, la comprobación que ha de efectuar el Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento de dictamen, y que puede llevarse a cabo sin tener en cuenta el contenido de las normas internas que hayan de adoptarse

en el futuro, está estrictamente enmarcada dentro de los Tratados, de forma que, so pena de invadir las competencias de las demás instituciones encargadas de establecer las normas internas necesarias para hacer operativo el Acuerdo de adhesión, el Tribunal de Justicia debe limitarse a examinar la conformidad del mismo con los Tratados y asegurarse no sólo de que dicho Acuerdo no infringe ninguna disposición del Derecho primario, sino también de que contiene todas las disposiciones que éste pudiera, en su caso, exigir.

151. De ello se desprende que las apreciaciones relativas a las citadas normas internas formuladas tanto por la Comisión como por los Estados miembros y las demás instituciones que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no son pertinentes para el examen de la presente solicitud de dictamen y, en consecuencia, no pueden cuestionar su admisibilidad.

152. Por consiguiente, la presente solicitud de dictamen es admisible.

B. Sobre el fondo

1. Consideraciones preliminares

153. Antes incluso de iniciar el análisis de la solicitud de la Comisión, es importante señalar, con carácter preliminar, que, a diferencia del estado del Derecho comunitario vigente en el momento en que el Tribunal de Justicia emitió su dictamen 2/94 (EU:C:1996:140), la adhesión de la Unión al CEDH dispone, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de una base jurídica específica en el artículo 6 TUE.

154. Esta adhesión sigue caracterizándose, no obstante, por importantes peculiaridades.

155. En efecto, desde que se adoptó el CEDH, únicamente pueden ser partes de él las entidades estatales, lo que explica

que, hasta hoy, este Convenio únicamente obligue a Estados. Así lo corrobora, además, la circunstancia de que, para permitir la adhesión de la Unión, no solo se modificó el artículo 59 del CEDH, sino que el propio acuerdo previsto contiene una serie de modificaciones de dicho Convenio para hacer operativa esa adhesión en el marco del sistema que éste establece.

156. Ahora bien, esas modificaciones se justifican precisamente por el hecho de que, contrariamente a cualquier otra Parte Contratante, la Unión, desde el punto de vista del Derecho internacional, no puede, por su propia naturaleza, ser considerada un Estado.

157. En efecto, como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, los tratados constitutivos de la Unión han creado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias, en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales (véanse, en particular, las sentencias van Gend & Loos, 26/62, EU:C:1963:1, p. 23, y Costa, 6/64, EU:C:1964:66, p. 1158, y el dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartado 65).

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

159. Precisamente en atención a esta circunstancia, los Tratados someten esta

adhesión al cumplimiento de diversos requisitos.

160. Así, en primer lugar, tras haber dispuesto que la Unión se adherirá al CEDH, el artículo 6 TUE, apartado 2, precisa de entrada, en su segunda frase, que «esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados».

161. Seguidamente, el Protocolo nº 8 UE, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, prevé que el acuerdo de adhesión debe reflejar la necesidad de preservar las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión y garantizar que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones, ni a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH, ni tampoco al artículo 344 TFUE.

162. Por último, mediante la Declaración relativa al apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa convino en que la adhesión debe realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión.

163. En el marco de la misión que le encomienda el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo primero, incumbe al Tribunal de Justicia controlar, especialmente a la luz de las citadas disposiciones, que las condiciones jurídicas en que se pretende llevar a cabo la adhesión de la Unión al CEDH sean conformes con las prescripciones indicadas, y, de modo más general, con la carta constitucional fundamental de la Unión que son los Tratados (sentencia Les Verts/Parlamento, 294/83, EU:C:1986:166, apartado 23).

164. A efectos de este control, es importante señalar que, como se desprende de los apartados 160 a 162

del presente dictamen, las condiciones a las que los Tratados supeditan la adhesión están destinadas, muy especialmente, a garantizar que ésta no afecte a las características específicas de la Unión y de su Derecho.

165. A este respecto, procede señalar que entre esas características figuran las relativas a la estructura constitucional de la Unión, que tiene su reflejo en el principio de atribución de competencias consagrado en los artículos 4 TUE, apartado 1, y 5 TUE, apartados 1 y 2, así como en el marco institucional definido en los artículos 13 TUE a 19 TUE.

166. Se añaden a ello las características específicas inherentes a la naturaleza misma del Derecho de la Unión. En particular, como ha señalado en múltiples ocasiones el Tribunal de Justicia, el Derecho de la Unión se caracteriza por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros (véanse, en este sentido, las sentencias *Costa*, EU:C:1964:66, pp. 1159 y 1160, e *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, apartado 3, los dictámenes 1/91, EU:C:1991:490, apartado 21, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 65, y la sentencia *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, apartado 59), y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos (sentencia *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, p. 23, y dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartado 65).

167. Estas características esenciales del Derecho de la Unión han dado lugar a una red estructurada de principios, normas y relaciones jurídicas mutuamente interdependientes que vinculan recíprocamente a la propia Unión y a sus Estados miembros, y a los Estados miembros entre sí, que están ahora comprometidos, como se recuerda

en el artículo 1 TUE, párrafo 2, en un «proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa».

168. Tal construcción jurídica se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que éstos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión Europea, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica.

169. En el corazón de esa construcción jurídica figuran, además, los derechos fundamentales reconocidos en la Carta —que, en virtud del artículo 6 TUE, apartado 1, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados—, cuyo respeto constituye un requisito de legalidad de los actos de la Unión, de suerte que no pueden admitirse en la Unión medidas incompatibles con esos mismos derechos (véanse las sentencias *ERT*, C-260/89, EU:C:1991:254, apartado 41; *Kremzow*, C-299/95, EU:C:1997:254, apartado 14; *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333, apartado 73, y *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, EU:C:2008:461, apartados 283 y 284).

170. Ahora bien, la autonomía de que goza el Derecho de la Unión con respecto a los Derechos de los Estados miembros y con respecto al Derecho internacional exige que esos derechos fundamentales se interpreten en el marco de la estructura y de los objetivos de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114, apartado 4, y *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y*

Comisión, EU:C:2008:461, apartados 281 a 285).

171. Por lo que respecta a la estructura de la Unión, es importante subrayar que la Carta no sólo obliga a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, sino también a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, apartados 17 a 21).

172. Por su parte, la persecución de los objetivos de la Unión, recordados en el artículo 3 TUE, se confía a una serie de disposiciones fundamentales, como las que establecen la libertad de circulación de mercancías, servicios, capitales y personas, la ciudadanía de la Unión, el espacio de libertad, seguridad y justicia y la política de competencia. Estas disposiciones, que se integran en el marco de un sistema propio de la Unión, están estructuradas de forma que contribuyan, cada una en su ámbito específico y con sus características particulares, a la realización del proceso de integración que constituye la razón de ser de la propia Unión.

173. Asimismo, incumbe a los Estados miembros, singularmente en virtud del principio de cooperación leal, establecido en el artículo 4 TUE, apartado 3, párrafo primero, asegurar en su respectivo territorio la aplicación y el respeto del Derecho de la Unión. Además, en virtud del párrafo segundo del mismo apartado, los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión (dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartado 68 y jurisprudencia citada).

174. Para garantizar la preservación de las características específicas y la autonomía de ese ordenamiento

jurídico, los Tratados han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación del Derecho de la Unión.

175. En ese marco, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables (dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartado 68 y jurisprudencia citada).

176. En particular, la piedra angular del sistema jurisdiccional así concebido es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el artículo 267 TFUE, que, al establecer un diálogo de juez a juez precisamente entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia van Gend & Loos, EU:C:1963:1, p. 23), permitiendo de ese modo garantizar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados (véase, en ese sentido, el dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartados 67 y 83).

177. Por lo tanto, los derechos fundamentales, tal como han sido reconocidos en particular en la Carta, deben interpretarse y aplicarse en la Unión respetando ese marco constitucional recordado en los apartados 155 a 176.

2. Sobre la compatibilidad del acuerdo previsto con el Derecho primario de la Unión

178. Para pronunciarse sobre la solicitud de dictamen de la Comisión, es preciso tanto verificar si el acuerdo previsto puede afectar a las características específicas del Derecho

de la Unión que acaban de recordarse y, como ha subrayado la propia Comisión, a la autonomía de ese Derecho en la interpretación y la aplicación de los derechos fundamentales — tal como los reconoce el Derecho de la Unión y, en particular, la Carta—, como examinar si los mecanismos institucionales y procedimentales previstos por dicho acuerdo garantizan el respeto de los requisitos a que los Tratados supeditaron la adhesión de la Unión al CEDH.

a) Sobre las características específicas y la autonomía del Derecho de la Unión

179. Debe recordarse que, según el artículo 6 TUE, apartado 3, los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. No obstante, dado que la Unión no se ha adherido a dicho Convenio, éste no constituye un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias *Kamberaj*, C-571/10, EU:C:2012:233, apartado 60, y *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, apartado 44).

180. En cambio, como consecuencia de la adhesión, el CEDH, al igual que cualquier otro acuerdo internacional celebrado por la Unión, obligaría, en virtud del artículo 216 TFUE, apartado 2, a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros y, por lo tanto, formaría parte integrante del Derecho de la Unión (sentencia *Haegeman*, 181/73, EU:C:1974:41, apartado 5; dictamen 1/91, EU:C:1991:490, apartado 37, y sentencias *IATA y ELFAA*, C-344/04, EU:C:2006:10, apartado 36, y *Air Transport Association of America y otros*, C-366/10, EU:C:2011:864, apartado 73).

181. Por lo tanto, la Unión, como cualquier otra Parte Contratante, estaría

sujeta a un control externo que tendría por objeto el respeto de los derechos y libertades que la Unión se comprometería a respetar con arreglo al artículo 1 del CEDH. En este contexto, la Unión y sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, estarían sujetas a los mecanismos de control previstos por dicho Convenio, y en particular a las decisiones y sentencias del TEDH.

182. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha precisado, ciertamente, que un acuerdo internacional que prevea la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas decisiones vinculen a las instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión, especialmente cuando, como en el presente caso, la celebración de tal acuerdo está prevista en los propios Tratados. En efecto, la competencia de la Unión en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales implica, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere (véanse los dictámenes 1/91, EU:C:1991:490, apartados 40 y 70, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 74).

183. No obstante, el Tribunal de Justicia ha precisado asimismo que un acuerdo internacional únicamente puede afectar a sus propias competencias si se cumplen los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de éstas y, por lo tanto, no se pone en peligro la autonomía del sistema jurídico comunitario (véanse los dictámenes 1/00, EU:C:2002:231, apartados 21, 23 y 26, y 1/09, EU:C:2011:123, apartado 76; véase asimismo, en este sentido, la sentencia *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y*

Comisión, EU:C:2008:461, apartado 282).

184. En particular, la intervención de los órganos a los que el CEDH confiere competencias decisorias, contemplada en el acuerdo previsto, no debe tener como efecto imponer a la Unión y a sus instituciones, en el ejercicio de sus competencias internas, una interpretación determinada de las normas del Derecho de la Unión (véanse los dictámenes 1/91, EU:C:1991:490, apartados 30 a 35, y 1/00, EU:C:2002:231, apartado 13).

185. Ahora bien, es ciertamente inherente al concepto mismo de control externo que, por una parte, la interpretación dada al CEDH por el TEDH vincularía, en virtud del Derecho internacional, a la Unión y a sus instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, y que, por otra parte, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a un derecho reconocido por dicho Convenio no vincularía a los mecanismos de control establecidos por éste, y muy especialmente, al TEDH, como se prevé en el artículo 3, apartado 6, del Proyecto de acuerdo y se aclara en el punto 68 del Proyecto de informe explicativo.

186. No obstante, no puede suceder lo mismo con la interpretación que da el Tribunal de Justicia del Derecho de la Unión, incluida la Carta. En particular, las apreciaciones del Tribunal de Justicia relativas al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH.

187. A este respecto, es importante recordar, en primer lugar, que el artículo 53 de la Carta establece que ninguna de sus disposiciones debe interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales

reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como por las Constituciones de los Estados miembros.

188. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha interpretado esta disposición en el sentido de que la aplicación de estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales no debe afectar al nivel de protección previsto por la Carta ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (sentencia Melloni, EU:C:2013:107, apartado 60).

189. Como quiera que el artículo 53 del CEDH reserva, en lo sustancial, a las Partes Contratantes la facultad de establecer estándares de protección de los derechos fundamentales superiores a los garantizados por dicho Convenio, es preciso garantizar la coordinación entre la citada disposición y el artículo 53 de la Carta, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, para que la facultad otorgada por el artículo 53 del CEDH a los Estados miembros siga estando limitada, en lo que se refiere a los derechos reconocidos por la Carta que se corresponden con derechos garantizados por el citado Convenio, a lo necesario para no poner en peligro el nivel de protección que contempla la Carta ni la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión.

190. Ahora bien, no se ha establecido ninguna disposición en el acuerdo previsto para garantizar tal coordinación.

191. En segundo lugar, procede recordar que el principio de confianza mutua entre Estados miembros tiene una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permite la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores. Pues

bien, dicho principio obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho (véanse, en este sentido, las sentencias N. S. y otros, C-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865, apartados 78 a 80, y Melloni, EU:C:2013:107, apartados 37 y 63).

192. Así pues, cuando aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no sólo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión.

193. Pues bien, el enfoque adoptado en el marco del acuerdo previsto, consistente en asimilar la Unión a un Estado y reservarle un papel de todo punto idéntico al de cualquier otra Parte Contratante, ignora precisamente la naturaleza intrínseca de la Unión y, en particular, no toma en consideración la circunstancia de que los Estados miembros, debido a su pertenencia a la Unión, han aceptado que sus relaciones mutuas, en lo que atañe a las materias que han sido objeto de un traspaso de competencias de los Estados miembros a la Unión, se rijan por el Derecho de la Unión, con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho.

194. En la medida en que el CEDH, al imponer que se considere a la Unión y a los Estados miembros como Partes Contratantes, no sólo en sus relaciones con aquellas otras Partes Contratantes que no son Estados miembros de la Unión, sino también en sus relaciones recíprocas, incluso cuando esas relaciones se rigen por el Derecho de la Unión, exigiría de un Estado miembro que verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro Estado miembro, pese a que el Derecho de la Unión impone la confianza mutua entre esos Estados miembros, la adhesión puede poner en peligro el equilibrio en que se basa la Unión así como la autonomía del Derecho de la Unión.

195. Ahora bien, nada se ha previsto en el acuerdo proyectado para prevenir este resultado.

196. En tercer lugar, es importante subrayar que el Protocolo nº 16 permite a los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados miembros dirigir al TEDH solicitudes de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades garantizados por el CEDH o sus Protocolos, mientras que el Derecho de la Unión exige, a tal efecto, que esos mismos órganos jurisdiccionales planteen una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia al amparo del artículo 267 TFUE.

197. Si bien es cierto que el acuerdo previsto no contempla la adhesión de la Unión como tal al citado Protocolo nº 16 y que dicho Protocolo fue firmado el 2 de octubre de 2013, es decir, después de alcanzado el acuerdo entre los negociadores sobre los proyectos de instrumentos de adhesión, a saber, el 5 de abril de 2013, no lo es menos que, puesto que el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión, el mecanismo instaurado por dicho Protocolo podría, especialmente

tratándose de derechos garantizados por la Carta que se correspondiesen con los reconocidos por el CEDH, afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE.

198. No puede excluirse, en particular que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo nº 16 por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que se haya adherido a dicho Protocolo pueda desencadenar el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia, creando así un riesgo de que se soslaye el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE, que, como se ha recordado en el apartado 176 del presente dictamen, constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional instaurado por los Tratados.

199. Ahora bien, al no establecer nada en cuanto a la articulación entre el mecanismo creado por el Protocolo nº 16 y el procedimiento de remisión prejudicial del artículo 267 TFUE, el acuerdo previsto puede afectar a la autonomía y la eficacia de este último procedimiento.

200. Habida cuenta de lo anterior, procede declarar que la adhesión de la Unión al CEDH tal como está prevista en el Proyecto de acuerdo puede afectar a las características específicas del Derecho de la Unión y a su autonomía.

b) Sobre el artículo 344 TFUE

201. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Este principio se encuentra recogido en particular en el artículo 344 TFUE, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las

controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos (véanse, en este sentido, los dictámenes 1/91, EU:C:1991:490, apartado 35, y 1/00, EU:C:2002:231, apartados 11 y 12, y las sentencias Comisión/Irlanda, C-459/03, EU:C:2006:345, apartados 123 y 136, y Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión, EU:C:2008:461, apartado 282).

202. Por otra parte, la obligación de los Estados miembros de recurrir a los procedimientos de solución de controversias establecidos por el Derecho de la Unión —y, en particular, de respetar las competencias del Tribunal de Justicia, que constituyen un rasgo fundamental del sistema de la Unión — debe interpretarse como una manifestación específica de su deber más general de lealtad que resulta del artículo 4 TUE, apartado 3 (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Irlanda, EU:C:2006:345, apartado 169), entendiéndose que, en virtud de dicha disposición, la citada obligación se aplica asimismo en las relaciones recíprocas entre los Estados miembros y la Unión.

203. Atendiendo, precisamente, a estas consideraciones, el artículo 3 del Protocolo nº 8 UE dispone expresamente que el acuerdo de adhesión no afectará al artículo 344 TFUE.

204. No obstante, según se ha precisado en el apartado 180 del presente dictamen, como consecuencia de la adhesión, el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión. Por consiguiente, cuando se cuestiona éste, el Tribunal de Justicia tiene competencia exclusiva para conocer de cualquier litigio entre Estados miembros y entre éstos y la Unión relativo al cumplimiento de dicho Convenio.

205. Ahora bien, contrariamente al convenio internacional de que se trataba en el asunto que dio lugar a la sentencia Comisión/Irlanda (EU:C:2006:345, apartados 124 y 125), que preveía expresamente que el régimen de solución de controversias propio del Derecho de la Unión prevalece, en principio, sobre el establecido por dicho convenio, el procedimiento de solución de controversias previsto en el artículo 33 del CEDH puede aplicarse a cualquier Parte Contratante y, por lo tanto, también a los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión, aun cuando se cuestione el Derecho de la Unión.

206. A este respecto, contrariamente a lo que se afirma en algunas de las observaciones sometidas al Tribunal de Justicia en el marco del presente procedimiento, el hecho de que el artículo 5 del Proyecto de acuerdo prevea que los procedimientos ante el Tribunal de Justicia no deben considerarse modos de solución de controversias a los que las Partes Contratantes renuncian con arreglo al artículo 55 del CEDH, no basta para preservar la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia.

207. En efecto, el artículo 5 del Proyecto de acuerdo se limita a reducir el alcance de la obligación prevista en el citado artículo 55 del CEDH, pero deja subsistente la posibilidad de que la Unión o los Estados miembros planteen una demanda ante el TEDH, con arreglo al artículo 33 del CEDH, que tenga por objeto una supuesta violación de éste cometida, respectivamente, por un Estado miembro o por la Unión, en relación con el Derecho de la Unión.

208. La existencia misma de esta posibilidad vulnera la exigencia enunciada en el artículo 344 TFUE.

209. Ello es tanto más cierto cuanto que, si la Unión o los Estados miembros planteasen efectivamente un litigio entre

ellos ante el TEDH, éste debería, en virtud del artículo 33 del CEDH, conocer de ese litigio.

210. Pues bien, a diferencia de las disposiciones de los Tratados que regulan los distintos procedimientos jurisdiccionales internos de la Unión, las cuales persiguen objetivos que les son propios, el artículo 344 TFUE tiene precisamente por objeto preservar el carácter exclusivo de los modos de solución de esos litigios dentro la Unión, y en particular de la competencia jurisdiccional del Tribunal de Justicia a ese respecto, y se opone por tanto a cualquier control externo anterior o posterior.

211. Por lo demás, el propio artículo 1, letra b), del Protocolo nº 8 UE se refiere únicamente a los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos ante el TEDH por terceros Estados se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso.

212. Por consiguiente, el hecho mismo de que los Estados miembros o la Unión tengan la posibilidad de interponer una demanda ante el TEDH puede frustrar el objetivo del artículo 344 TFUE y es, además, contrario a la propia naturaleza del Derecho de la Unión, que, como se ha recordado en el apartado 193 del presente dictamen, impone que las relaciones entre los Estados miembros se rijan por ese Derecho, con exclusión, si así lo exige éste, de cualquier otro Derecho.

213. En tales circunstancias, únicamente sería compatible con el artículo 344 TFUE una exclusión expresa de la competencia del TEDH resultante del artículo 33 del CEDH respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión.

214. Habida cuenta de lo anterior, procede declarar que el acuerdo previsto puede afectar al artículo 344 TFUE.

c) Sobre el mecanismo del codemandado

215. El mecanismo del codemandado fue introducido, como se desprende del apartado 39 del Proyecto de informe explicativo, para «evitar cualquier laguna en el sistema del [CEDH] relacionada con la participación, la responsabilidad y la eficacia frente a terceros», laguna que, habida cuenta de las características específicas de la Unión, podría resultar de la adhesión de ésta a dicho Convenio.

216. Además, este mecanismo tiene asimismo como finalidad garantizar que, con arreglo a lo exigido por el artículo 1, letra b), del Protocolo nº 8 UE, los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso.

217. No obstante, tales finalidades deben perseguirse de forma que sean compatibles con la exigencia de garantizar que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, como exige el artículo 1 del citado Protocolo.

218. Pues bien, en primer lugar, el artículo 3, apartado 5, del Proyecto de acuerdo prevé que una Parte Contratante se convierte en codemandada bien aceptando una invitación del TEDH, bien por decisión de éste a solicitud de la propia Parte Contratante.

219. Cuando el TEDH invita a una Parte Contratante a ser codemandada, tal invitación no es vinculante, como se aclara expresamente en el punto 53 del Proyecto de informe explicativo.

220. Esta falta de carácter vinculante refleja no sólo, como lo indica el citado

apartado 53, el hecho de que la demanda inicial no se presenta contra el potencial codemandado y de que ninguna Parte Contratante podría ser obligada a ser parte en un procedimiento que no se ha dirigido contra ella en el escrito de demanda, sino también, y sobre todo, el hecho de que la Unión y los Estados miembros deben ser libres de apreciar si concurren los requisitos materiales establecidos para la aplicación del mecanismo del codemandado.

221. En efecto, dado que esos requisitos dependen, en lo sustancial, de las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre ésta y sus Estados miembros y los criterios de imputabilidad de un acto o una omisión que puedan constituir una violación del CEDH, la decisión sobre si tales requisitos se cumplen en un asunto determinado presupone necesariamente una aplicación del Derecho de la Unión.

222. Si bien el Proyecto de acuerdo tiene debidamente en cuenta estas consideraciones en lo que respecta a los criterios con arreglo a los cuales el TEDH puede invitar a una Parte Contratante a ser codemandada, no cabe decir lo mismo en el caso de una solicitud de una Parte Contratante en este sentido.

223. En efecto, como prevé el artículo 3, apartado 5, del Proyecto de acuerdo, cuando la Unión o los Estados miembros soliciten intervenir en calidad de codemandados en un asunto ante el TEDH, deberán presentar alegaciones para demostrar que concurren los requisitos para su participación en el procedimiento y el TEDH se pronuncia sobre esta solicitud a la vista de la verosimilitud de esas alegaciones.

224. Ciertamente es que, mediante ese control, el TEDH verifica, a la luz de tales alegaciones, si resulta verosímil que concurren los requisitos

establecidos en los apartados 2 y 3 del citado artículo 3 y que dicho control no afecta al fundamento de las alegaciones. No obstante, no es menos cierto que, mediante ese control, el TEDH se ve llamado a apreciar las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre ésta y sus Estados miembros, así como los criterios de imputación de sus actos u omisiones, con el fin de adoptar una decisión definitiva a este respecto que obliga tanto a los Estados miembros como a la Unión.

225. Tal control podría interferir con el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros.

226. En segundo lugar, el artículo 3, apartado 7, del Proyecto de acuerdo prevé que si se declara la existencia de la violación en relación con la cual una Parte Contratante es codemandada, demandado y codemandado son conjuntamente responsables de esa violación.

227. Pues bien, dicha disposición no excluye que un Estado miembro pueda ser considerado responsable, junto con la Unión, de la violación de una disposición del CEDH respecto de la cual ese mismo Estado miembro hubiese formulado una reserva con arreglo al artículo 57 del propio Convenio.

228. Esta consecuencia del citado artículo 3, apartado 7, tropieza con el artículo 2 del Protocolo nº 8 UE, según el cual el acuerdo de adhesión debe garantizar que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del CEDH, y en particular de las reservas a éste.

229. En tercer lugar, el artículo 3, apartado 7, del Proyecto de acuerdo prevé, in fine, una excepción a la regla general según la cual el demandado y el codemandado son conjuntamente

responsables de una violación declarada. En efecto, el TEDH, basándose en las alegaciones formuladas por el demandado y el codemandado, y tras oír al demandante, puede decidir que sólo uno de ellos será considerado responsable de dicha violación.

230. Ahora bien, una decisión relativa al reparto entre la Unión y sus Estados miembros de la responsabilidad por un acto u omisión que haya constituido una violación del CEDH declarada por el TEDH se basa también en la apreciación de las normas del Derecho de la Unión que regulan el reparto de competencias entre ésta y sus Estados miembros así como la imputabilidad de ese acto u omisión.

231. Por consiguiente, permitir que el TEDH adoptase una decisión de este tipo podría asimismo vulnerar el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros.

232. No desvirtúa esta conclusión la circunstancia de que el TEDH debiera pronunciarse basándose exclusivamente en las alegaciones formuladas por el demandado y el codemandado.

233. En efecto, contrariamente a lo que afirman algunos de los Estados miembros que han participado en el presente procedimiento y la Comisión, no se desprende claramente de la lectura del artículo 3, apartado 7, del Proyecto de acuerdo y del punto 62 del Proyecto de informe explicativo que la presentación de las alegaciones del demandado y del codemandado deba efectuarse de forma conjunta.

234. En cualquier caso, aun suponiendo que la solicitud de reparto de la responsabilidad se base en un acuerdo entre demandado y codemandado, esta circunstancia no sería suficiente por sí sola para excluir por completo que se vulnere la autonomía del Derecho de la Unión. En efecto, la cuestión del reparto

de la responsabilidad debe resolverse únicamente con arreglo a las normas del Derecho de la Unión pertinentes, bajo el control, en su caso, del Tribunal de Justicia, a quien corresponde la competencia exclusiva para asegurarse de que el acuerdo entre demandado y codemandado respeta dichas normas. Permitir que el TEDH convalidase un eventual acuerdo entre la Unión y sus Estados miembros sobre el reparto de la responsabilidad equivaldría a permitirle sustituir al Tribunal de Justicia a la hora de dirimir una cuestión que pertenece al ámbito de la competencia exclusiva de éste.

235. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede declarar que el modo de funcionamiento del mecanismo del codemandado contemplado en el acuerdo previsto no garantiza que se preserven las características específicas de la Unión y de su Derecho.

d) Sobre el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia

236. Es cierto que la necesidad del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia está relacionada, como se desprende del punto 65 del Proyecto de informe explicativo, con el respeto del carácter subsidiario que caracteriza al mecanismo de control establecido por el CEDH, recordado en el apartado 19 del presente dictamen. No obstante, debe señalarse asimismo que este procedimiento es también necesario para garantizar el buen funcionamiento del sistema jurisdiccional de la Unión.

237. En este contexto, la necesidad de la intervención previa del Tribunal de Justicia en un asunto del que conozca el TEDH y en el que se cuestione el Derecho de la Unión responde a la exigencia de preservar las competencias de la Unión y las atribuciones de sus instituciones, en particular del Tribunal

de Justicia, como exige el artículo 2 del Protocolo nº 8 UE.

238. Por lo tanto, con tal fin, es necesario en primer lugar, que quien determine si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la misma cuestión jurídica que es objeto del procedimiento ante el TEDH sea exclusivamente la institución competente de la UE, cuya decisión debería vincular al TEDH.

239. En efecto, permitir que el TEDH se pronuncie sobre esta cuestión equivaldría a atribuirle competencia para interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

240. Pues bien, ni el artículo 3, apartado 6, del Proyecto de acuerdo, ni los puntos 65 y 66 del Proyecto de informe explicativo contienen elementos que permitan concluir que tal posibilidad está excluida.

241. Por consiguiente, el procedimiento de intervención previa debería configurarse de tal manera que, en cualquier asunto pendiente ante el TEDH, se remitiese una información completa y sistemática a la Unión para que la institución competente de ésta pudiese apreciar si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre la cuestión que es objeto del asunto y, en caso contrario, pudiese iniciar ese procedimiento.

242. En segundo lugar, debe señalarse que el procedimiento descrito en el artículo 3, apartado 6, del Proyecto de acuerdo tiene por objeto permitir que el Tribunal de Justicia examine la compatibilidad de la disposición del Derecho de la Unión de que se trate con los derechos en cuestión garantizados por el CEDH o por los Protocolos a los que se haya adherido la Unión. El punto 66 del Proyecto de informe explicativo precisa que los términos «examinar la compatibilidad de la disposición» significan, en lo esencial, pronunciarse

sobre la validez de una disposición del Derecho derivado o bien sobre la interpretación de una disposición del Derecho primario.

243. Resulta de ello que el acuerdo previsto excluye la posibilidad de dirigirse al Tribunal de Justicia para que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del Derecho derivado mediante el procedimiento de intervención previa.

244. No obstante, ha de señalarse que, del mismo modo que la interpretación previa del Derecho primario es necesaria para que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre la conformidad de dicho Derecho con las obligaciones de la Unión derivadas de su adhesión al CEDH, con ese mismo fin el Derecho derivado debería poder ser objeto de tal interpretación.

245. En efecto, la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión, inclusive del Derecho derivado, exige en principio un pronunciamiento del Tribunal de Justicia cuando dicha disposición admite varias interpretaciones.

246. Pues bien, si no se permitiese al Tribunal de Justicia aportar la interpretación definitiva del Derecho derivado y si el TEDH, al examinar la conformidad de ese Derecho con el CEDH, diese por sí mismo una interpretación determinada de entre todas las posibles, se estaría vulnerando sin lugar a dudas el principio de competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para la interpretación definitiva del Derecho de la Unión.

247. Por consiguiente, la limitación del alcance del procedimiento de intervención previa, en lo que respecta al Derecho derivado, exclusivamente a las cuestiones de validez vulnera las competencias de la Unión y las atribuciones del Tribunal de Justicia por cuanto no le permite proporcionar la

interpretación definitiva del Derecho derivado a la luz de los derechos garantizados por el CEDH.

248. Habida cuenta de todo lo anterior, procede declarar que el modo de funcionamiento del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia establecido en el acuerdo previsto no permite preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho.

e) Sobre las características específicas del Derecho de la Unión por lo que respecta al control jurisdiccional en materia de PESC

249. Resulta del artículo 24 TUE, apartado 1, párrafo segundo, que, en lo que respecta a las disposiciones de los Tratados que regulan la PESC, el Tribunal de Justicia únicamente es competente para controlar el respeto del artículo 40 TUE y la legalidad de determinadas decisiones contempladas en el artículo 275 TFUE, párrafo segundo.

250. A tenor de esta última disposición, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas.

251. Pese a la interpretación sistemática de estas disposiciones efectuada por la Comisión en su solicitud de dictamen y rebatida por algunos de los Estados miembros que han presentado observaciones al Tribunal de Justicia, mediante la cual se pretende fundamentalmente definir el alcance del control jurisdiccional del Tribunal de Justicia en la materia de modo suficientemente amplio para abarcar

todas las situaciones que puedan ser objeto de una demanda ante el TEDH, procede señalar que el Tribunal de Justicia aún no ha tenido ocasión de precisar el alcance de las limitaciones de su competencia resultantes, en materia de PESC, de dichas disposiciones.

252. No obstante, con el fin de pronunciarse sobre la presente solicitud de dictamen, basta observar que, en el estado actual del Derecho de la Unión, determinados actos adoptados en el marco de la PESC escapan al control jurisdiccional del Tribunal de Justicia.

253. Tal situación es inherente a la regulación de las competencias del Tribunal de Justicia establecida en los Tratados y, como tal, únicamente puede justificarse desde la perspectiva del Derecho de la Unión.

254. Sin embargo, como consecuencia de la adhesión tal como está contemplada en el acuerdo previsto, el TEDH estaría facultado para pronunciarse sobre la conformidad con el CEDH de ciertos actos, acciones u omisiones que se producen en el marco de la PESC, y en particular, de aquellos cuya legalidad desde el punto de vista de los derechos fundamentales escapa a la competencia del Tribunal de Justicia.

255. Tal situación equivaldría a encomendar el control jurisdiccional de dichos actos, acciones u omisiones de la Unión, aunque fuese un control restringido al respeto de los derechos garantizados por el CEDH, exclusivamente a un órgano externo a la Unión.

256. Pues bien, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar que la competencia para efectuar un control jurisdiccional de actos, acciones u omisiones de la Unión, incluso desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no puede atribuirse en exclusiva a un órgano jurisdiccional

internacional que se encuentre fuera del marco institucional y jurisdiccional de la Unión (véase, en este sentido, el dictamen 1/09, EU:C:2011:123, apartados 78, 80 y 89).

257. Por consiguiente, aunque ello sea consecuencia de la regulación actual de las competencias del Tribunal de Justicia, no deja de ser cierto que el acuerdo previsto no tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en materia de PESC.

258. A la luz del conjunto de las consideraciones anteriores, procede declarar que el acuerdo previsto no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo nº 8 UE, por cuanto:

- puede afectar a las características específicas y a la autonomía del Derecho de la Unión, en la medida en que no garantiza la coordinación entre el artículo 53 del CEDH y el artículo 53 de la Carta, no previene el riesgo de que se vulnere el principio de confianza mutua entre los Estados miembros en el Derecho de la Unión y no contempla articulación alguna entre el mecanismo instituido por el Protocolo nº 16 y el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE;
- puede afectar al artículo 344 TFUE, en la medida en que no excluye la posibilidad de que se planteen ante el TEDH litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión, relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión;

- no prevé modos de funcionamiento del mecanismo del codemandado y del procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia que permitan preservar las características específicas de la Unión y de su Derecho, y
- no tiene en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión en lo que respecta al control jurisdiccional de los actos, acciones u omisiones de la Unión en materia de PESC, en la medida en que encomienda el control jurisdiccional de algunos de esos actos, acciones u omisiones en exclusiva a un órgano externo a la Unión.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia (Pleno) emite el siguiente dictamen:

El acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no es compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.



JURI-DILEYC.COM

NOTICIAS FALSAS



REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS «FAKE NEWS» EN LA UE: ¿UN ATENTADO EN CONTRA DE LA DEMOCRACIA?

RONAN CIRÉFICE

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho Internacional Público

Universidad Santiago de Cali, Colombia



Resumen: Las «fake news», o noticias falsas, se han convertido en una pesadilla para los Estados. Los ejemplos se multiplican: manipulaciones de elecciones en Estados Unidos y en Cataluña, desinformación a gran escala durante el referéndum sobre el *Brexit* o durante el plebiscito sobre el Acuerdo de Paz en Colombia. Si bien es cierto que el fenómeno no es nuevo, no cabe duda que con el uso cada vez mayor de las tecnologías de la información, su alcance es global y sus repercusiones imprevisibles. La respuesta jurídica que debe darse tampoco resulta clara. Una posible pista la ha dado la Unión Europea, con el establecimiento en noviembre de 2017 de un Grupo de Expertos de Alto Nivel para impedir la propagación de información falsa y, por consiguiente, la probable adopción de una legislación europea en la materia. Pero al mismo tiempo, esos avances legislativos deben hacernos pensar sobre la necesidad, o no, de regular jurídicamente el tema.

Palabras clave: noticias falsas, Unión Europea, democracia.

LEGAL REGULATION OF «FAKE NEWS» IN THE EU: AN ATTACK AGAINST DEMOCRACY?

Abstract: Fake news has become a nightmare for the States. Various are the examples: manipulations of elections in the United States and Catalonia, disinformation on a large scale during the referendum on Brexit or during the plebiscite on the Peace Agreement in Colombia. While it is true that the phenomenon is not new, there is no doubt that with the increasing use of information technologies, its scope is global and its repercussions unpredictable. The legal response that must be given is not clear either. A possible clue has been given by the European Union, with the institution in November 2017 of a Group of High Level Experts to prevent the spread of false information and, consequently, the probable adoption of European legislation on the matter. But at the same time, these legislative advances should make us think about the need, or not, to legally regulate the issue.

Keywords: fake news, European Union, democracy.

RÉGULATION JURIDIQUE DES «FAKE NEWS» DANS L'UNION EUROPÉENNE: ATTENTAT CONTRE LA DÉMOCRATIE?

Résumé: Les «fake news», ou fausses nouvelles, sont devenues un cauchemar pour les États. Les exemples se sont multipliés: manipulations d'élections aux États-Unis et en Catalogne, désinformation à grande échelle lors du référendum sur le Brexit ou lors du plébiscite sur l'Accord de paix en Colombie. S'il est vrai que le phénomène n'est pas nouveau, il ne fait aucun doute qu'avec l'utilisation croissante des technologies de l'information, sa portée est mondiale et ses répercussions imprévisibles. La réponse juridique qui doit être donnée n'est pas claire non plus. Un indice possible a été donné par l'Union européenne, avec l'institution en novembre 2017 d'un groupe d'experts de haut niveau pour empêcher la diffusion de fausses informations et, par conséquent, l'adoption probable d'une législation européenne en la matière. Mais en même temps, ces avancées législatives devraient nous faire réfléchir sur la nécessité, ou non, de réglementer légalement la question.

Mots-clés: fake news, Union Européenne, démocratie.

Índice. I. Introducción. II. Delimitación del problema: Fake news, noticias falsas y desinformación. III. La respuesta europea. IV. La respuesta de los Estados miembros. V. Seguridad vs. Democracia: ¿regulación o autorregulación? VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta diciembre de 2017, al menos 18 Estados fueron víctimas de campañas masivas de desinformación durante sus procesos electorales: Estados Unidos, Francia, Alemania, Reino Unido, Italia, Angola, Armenia, Azerbaiyán, Colombia, Ecuador, Indonesia, Kenia, Ruanda, Tailandia, Gambia, Turquía, Corea del Sur y Zambia (FREEDOM HOUSE, 2017). El fenómeno sigue intensificándose, hasta convertirse en un problema de seguridad nacional e internacional para los afectados. En este sentido, la Unión Europea

(en adelante UE) teme que las próximas elecciones al Parlamento Europeo, que tendrán lugar en junio de 2019, se vean especialmente alteradas por ataques exteriores, permitiendo a grupos extremos llegar hasta la cúspide de la democracia del continente y, por qué no, quebrantar el sistema político europeo.

No cabe duda que el desafío es enorme. La UE, consciente de los riesgos a los que se enfrenta, decidió nombrar en noviembre de 2017 un Grupo de Expertos de Alto nivel para impedir la propagación de información falsa. El pasado 12 de marzo, el primer Informe titulado «Un enfoque multidisciplinar a la desinformación» fue presentado por la Comisión Europea. Tras proponer una serie de recomendaciones para abordar la problemática, el estudio apuesta por una autorregulación de la materia, mediante un código de buena práctica con 10 principios que ya cuentan con el apoyo de las grandes empresas tecnológicas.

Pues bien, tras delimitar lo que son las noticias falsas (II) y analizar las medidas hasta ahora empleadas tanto por la Unión Europea (III) como por los Estados miembros (IV), resulta de suma importancia determinar si pueden ser consideradas como justificadas y, por tanto, conllevar unas restricciones a principios fundamentales, tales como el derecho a la libertad de expresión o al derecho a la información, o si, por el contrario, constituyen un atentado en contra de la democracia, que no puede permitirse en un Estado de derecho (V).

II. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA: FAKE NEWS, NOTICIAS FALSAS Y DESINFORMACIÓN

La existencia de las fake news, o noticias falsas, no es un fenómeno nuevo. Robert DARNTON¹, profesor emérito de Harvard, nos recuerda al respecto que ya en el siglo VI, Procopio, historiador bizantino, había escrito un libro lleno de historias de dudosa veracidad, con el fin de arruinar la reputación del emperador Justiniano. Lo que sí es nuevo es la rapidez con la que circula hoy en día la información, o en este caso, la desinformación, especialmente a través de las redes sociales. Según el periódico británico Independent, el uso de dicha palabra, popularizada por el presidente de Estados Unidos Donald Trump, habría aumentado un 365% desde 2016².

Pero, cabe preguntarse, ¿qué significa exactamente la expresión «fake news»? ¿A qué tipo de contenido se refiere? ¿Son sinónimos los términos «fake news» y desinformación? Pues bien, para el diccionario Cambridge³, las «fake news» son las «historias falsas que parecen ser noticias, difundidas en Internet o usando otros medios, generalmente creadas para influir en las opiniones políticas o como una broma». El diccionario Collins lo define como «información falsa, a menudo sensacional, diseminada bajo la apariencia de reportaje de noticias»⁴. Por su parte, el Parlamento Europeo va a definir las «noticias falsas» como las que recogen historias

¹ El País, «La verdadera historia de las noticias falsas», 30 de abril de 2017. Recuperado de: https://elpais.com/cultura/2017/04/28/actualidad/1493389536_863123.html.

² Vid. <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/fake-news-word-of-the-year-2017-collins-dictionary-donald-trump-kellyanne-conway-antifa-corbynmania-a8032751.html>.

³ Vid. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/fake-news>. «False stories that appear to be news, spread on the internet or using other media, usually created to influence political views or as a joke».

⁴ Vid. <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/fake-news>. «False, often sensational, information disseminated under the guise of news reporting».

deliberadamente fabricadas (desinformación y engaños) que se presentan como periodismo con el objetivo de manipular a los lectores⁵.

En la práctica, la expresión «fake news» genera confusión y se refiere a varios tipos de información: desde los errores que los periodistas podrían cometer, o el discurso político partidista, hasta la manipulación a gran escala por Estados extranjeros o grupos, con el fin de socavar el proceso político⁶. Para el periódico francés Le Monde, esta confusión sería principalmente un problema de traducción. En efecto, el inglés distingue lo que es «false» (falso en el sentido de erróneo) de lo que es «fake» (falso en el sentido de una imitación)⁷. Las «fake news», tales como la conocemos ahora, pertenecerían al segundo grupo, el del engaño.

«En la práctica, la expresión 'fake news' genera confusión y se refiere a varios tipos de información».

La confusión proviene, asimismo, de su propio uso tanto por los medios de comunicación como por los políticos. Así, por ejemplo, en un artículo titulado «Cómo las noticias falsas se convierten en un verdadero proyecto de ley»⁸, el periódico The Atlantic califica de «fake news» un artículo del New York Times que escribe, de manera errónea, que el autor de la matanza de San Bernardino había publicado varios mensajes a favor del yihad en las redes sociales. También varios partidos políticos no duden en emplear este término para criticar cualquier mensaje, incluso proveniente de prestigiosos títulos de prensa, que podrían ir en su contra⁹.

Por lo tanto, y siguiendo las recomendaciones del Grupo de Alto Nivel de la UE en la materia, el término «fake news» no sería el más adecuado para captar el problema de la desinformación. Además de engañoso, sería inadecuado, dado que involucra contenido que no es en realidad completamente falso, sino información inventada mezclada con hechos y prácticas que van más allá de cualquier cosa que se podría asemejar a «noticias» (cuentas automáticas, redes de seguidores falsos, videos manipulados, etc.) e involucra un amplio abanico de comportamiento digital que va en el sentido de una circulación de la desinformación más que de la producción de esta desinformación. Y sería engañoso en cuanto que algunos políticos lo usan para descartar una opinión que va en su contra. Por tanto, se ha convertido en un arma con la que los actores pueden interferir en la circulación de la información (GRUPO DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL, 2018, p. 10).

Lo más probable es que, cuando se utiliza dicha expresión, los ciudadanos la van a asociar «con un debate partidista y un periodismo deficiente en general, en lugar de

⁵ Parlamento Europeo, «Cómo contrarrestar el poder de la desinformación», 10 de abril de 2017. Recuperado de: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/eu-affairs/20170331STO69330/video-como-contrarrestar-el-poder-de-la-desinformacion>.

⁶ Vid. Informe del Grupo de Alto nivel sobre noticias falsas.

⁷ Vid. http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/01/31/pourquoi-il-faut-arreter-de-parler-de-fake-news_5072404_4355770.html.

⁸ Vid. <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/12/how-fake-news-becomes-a-real-bill/447861/>.

⁹ Vid. Declaración de Viena (2017) de los cuatro relatores especiales en materia de libertad de expresión: «Alarmados ante instancias en que las autoridades públicas denigran, intimidan y amenazan a los medios de comunicación, entre otras cosas, manifestando que los medios son 'la oposición' o 'mienten' y tienen una agenda política encubierta, lo cual agrava el riesgo de amenazas y violencia contra periodistas, mella la confianza y la creencia del público en el rol de vigilancia pública del periodismo y podría confundir al público difuminando los límites entre la desinformación y los productos de los medios de comunicación que contienen datos susceptibles de verificación independiente».

formas de desinformación más perniciosas y precisamente definidas» (GRUPO DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL, 2018, p. 10). Por esta razón, el grupo prefiere utilizar en su lugar la palabra «desinformación», entendida como formas de expresión que caen fuera de las formas de habla ya ilegales, en particular la difamación, la incitación al odio, la incitación a la violencia, etc., pero que pueden ser nocivas¹⁰. Puede ser de iniciativa estatal, pero también tener su origen en grupos no-estatales. Incluye, asimismo, las tradicionales plataformas tales como Facebook o Twitter, pero no únicamente, dado la extrema rapidez de la evolución de las tecnologías de la información. Por tanto, involucrará también la comunicación a través de aplicaciones de mensajería privada, *chatbot*, sistemas operados por voz, realidad aumentada y virtual, o bien el contenido generado o manipulado por la inteligencia artificial.

A su vez, las noticias falsas deben relacionarse con otro término, la «posverdad» (o mentira emotiva). Según la definición de la Real Academia Española, esta palabra se refiere «a toda información o aseveración que no se basa en hechos objetivos, sino que apela a las emociones, creencias o deseos del público»¹¹.

De todo lo anterior, podemos resaltar 3 elementos para intentar delimitar jurídicamente el concepto de noticias falsas: un elemento material - la divulgación masiva de información falsa; un elemento cognoscitivo - el conocimiento efectivo de la falsedad de la información que se fabrica y/o divulga; y un elemento volitivo - la intención de engañar o confundir al público o a una fracción de él (BOTERO MARINO, 2018).

III. LA RESPUESTA EUROPEA

Los primeros esfuerzos. Si bien la desinformación no es nueva en el continente europeo, podemos sin embargo mencionar el Consejo Europeo de los días 19 y 20 de marzo de 2015 como fecha de inicio de la lucha oficial contra las noticias falsas. En sus conclusiones¹², el Consejo destacará la absoluta necesidad de contrarrestar las campañas de desinformación de Rusia e invitará a la Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores a que, en cooperación con los Estados miembros y las instituciones comunitarias, prepare un plan de acción sobre comunicación estratégica. Asimismo, el texto instará a la creación de un equipo de comunicación, como primera medida en ese sentido¹³.

El resultado será el establecimiento del *East StratCom Team* (Equipo de Estrategia de Comunicación para el Este), dependiente del Servicio Europeo de Acción Exterior. Este Equipo, conjuntamente con las instituciones y los Estados miembros, plasmará en junio de 2015 las medidas que deberán adoptarse frente a los Estados vecinos orientales¹⁴. Como objetivos generales de su Plan de Acción sobre Comunicación Estratégica¹⁵,

¹⁰ Según la Real Academia Española, la «desinformación» es: 1/ la acción y efecto de desinformar; 2/ la falta de información, la ignorancia. Y «desinformar» significa: 1/ dar información intencionadamente manipulada al servicio de ciertos fines; 2/ dar información insuficiente u omitirla. Cambridge lo define de la siguiente manera: «Disinformation: false information spread in order to deceive people» (<https://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/disinformation>).

¹¹ «Post-truth» en inglés. El Diccionario Oxford, que lo declaró palabra del año en 2017, la define como lo «relacionado con lo que denota circunstancias en las que los hechos objetivos son menos influyentes en la formación de la opinión pública que los recursos a la emoción y creencia personal».

¹² Vid. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11-2015-INIT/es/pdf>.

¹³ Punto 13.

¹⁴ Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Georgia, Moldavia y Ucrania.

¹⁵ Vid. <http://archive.eap-csf.eu/assets/files/Action%20PLan.pdf>.

destaca la voluntad, por un lado, de fortalecer los medios de comunicación de los países orientales, incluido el apoyo a la libertad de los medios y el fortalecimiento de los medios independientes y, por otro lado, de mejorar la capacidad de la UE para pronosticar, abordar y responder a actividades de desinformación por parte de agentes externos.

Compuesto por 14 miembros, el equipo tiene como principal función informar y analizar las tendencias de desinformación, explicar y corregir esas desinformaciones, así como aumentar la conciencia sobre esta problemática. Cada semana, publica un boletín de «desinformación», el cual contiene una compilación de los informes recibidos por los miembros de su red, así como un análisis de la desinformación proveniente de Rusia. También dispone de una página web específica¹⁶, que recoge el conjunto de su trabajo. Cuenta además con una amplia red de periodistas, funcionarios y representantes de organizaciones no gubernamentales y grupos de pensamiento ubicados en más de 30 países.

Su falta de recurso propio impide, sin embargo, enfrentar el problema de la desinformación en su conjunto. En este sentido, el Parlamento Europeo instó, el 23 de noviembre de 2016, a que se reforzará el Grupo especial sobre comunicación estratégica de la Unión para convertirle en una auténtica unidad dentro del servicio exterior, responsable de los países vecinos del Este y del Sur y dotado del personal y de los recursos presupuestarios adecuados, en su caso mediante una línea presupuestaria específica¹⁷.

El 21 de marzo de 2017, un grupo de destacados expertos en seguridad, historia y derecho publicará una carta abierta¹⁸ en contra de la actuación de la Alta Representante Federica Mogherini. Titulado «¡Por favor, comienza a tomar en serio la amenaza de la desinformación rusa!», el documento critica abiertamente la postura «irresponsablemente débil» de la alta funcionaria sobre la campaña de desinformación brutalmente agresiva de Rusia, financiada por más de mil millones de euros anuales. Además, los signatarios piden para el *East StratCom Team* un presupuesto de 1 millón de euros «para que pueda comenzar a cumplir su mandato».

Por otra parte, la Comisión Europea y los principales prestadores de servicios de alojamiento de datos (Facebook, Twitter, Youtube y Microsoft) también decidieron impulsar un código de conducta para luchar contra la propagación de la incitación ilegal al odio en Internet en Europa¹⁹. Claramente, se trata de un primer experimento que ha servido, sin lugar a dudas, a los Estados para definir unos meses más tarde sus propias legislaciones en materia de noticias falsas²⁰. Concretamente, el texto, que se basa sobre

¹⁶ Vid. <https://euvsdisinfo.eu/>.

¹⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de noviembre de 2016, sobre la comunicación estratégica de la Unión para contrarrestar la propaganda de terceros en su contra, apartado 27.

¹⁸ Open Letter of European security experts to Federica Mogherini: Please start taking the Russian disinformation threat seriously! Recuperado de: <http://www.europeanvalues.net/mogherini/>. «Las acciones agresivas del Kremlin no tienen precedentes en la era moderna. Invasión de países vecinos, bombardeos masivos y asesinatos de civiles, y la primera anexión foránea de tierras extranjeras en Europa desde la Segunda Guerra Mundial, constantes violaciones de las fronteras de otros estados, secuestro de ciudadanos extranjeros, hostigamiento de diplomáticos extranjeros o ataques masivos cibernéticos están todos en el juego de herramientas del régimen actual de Rusia. Todos estos incidentes ofensivos van acompañados de una campaña de desinformación masiva, persistente, continua y brutalmente agresiva. (...)».

¹⁹ Tras el Coloquio de la UE sobre Derechos Fundamentales celebrado en octubre de 2015 sobre «Tolerancia y respeto: prevenir y combatir el odio antisemita y antimusulmán en Europa».

²⁰ Vid. Punto III de este trabajo: «La respuesta de los Estados miembros».

la Decisión marco relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal²¹, que define con claridad los distintos contenidos en línea ilícitos, propone, entre otros²², que las empresas cuenten con procedimientos claros y eficaces para examinar las notificaciones relativas a la incitación ilegal al odio que se produzcan en el marco de los servicios que prestan, de manera que puedan retirar o deshabilitar el acceso a dicho contenido. Asimismo, se prevé que esas mismas empresas revisen la mayoría de las notificaciones válidas para la retirada de manifestaciones de incitación ilegal al odio en menos de 24 horas, y retiren o deshabilitan, en su caso, el acceso a dicho contenido. También deberán «educar» y sensibilizar a sus usuarios sobre los tipos de contenidos no autorizados.

El Grupo de Alto Nivel sobre la lucha contra el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia es el encargado de velar por el buen cumplimiento del código. Formado por los Estados miembros de la UE, representantes del Parlamento Europeo, del Consejo de Europa, del Alto Comisionado de la ONU para los refugiados (ACNUR), de la Organización para la seguridad y la cooperación (OSCE) en Europa, de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA) y de organizaciones de la sociedad civil, ha dado sus primeras conclusiones en diciembre de 2016²³.

La progresiva intensificación para prevenir la desinformación. El 5 de abril de 2017, la sesión plenaria del Parlamento Europeo llevó a cabo un debate acerca de cómo se podría responder a los fenómenos de odio, populismo y noticias falsas en las redes sociales²⁴. El 31 de agosto del mismo año, la institución presentó una Propuesta de Resolución sobre el nuevo grupo de trabajo europeo contra las noticias falsas. El texto insta al ejecutivo comunitario a proceder «con determinación hacia un nuevo marco legislativo sobre noticias falsas e incitación al odio, que abarque un tipo de responsabilidad de los gestores de plataformas en línea que sea compatible con la libertad de expresión, pero sin exonerar al proveedor de los controles necesarios y técnicamente posibles»²⁵.

El 26 de octubre de 2017, la Comisión Europea respondió al Parlamento, respaldando un proceso con todas las partes interesadas (plataformas, medios de comunicación, investigadores y organizaciones de la sociedad civil), con el fin de encontrar las soluciones adecuadas coherentes con los principios fundamentales (libertad de expresión, pluralismo, derecho de los ciudadanos a una información diversa y confiable) y aplicables de forma coherente en el conjunto de la Unión²⁶. Decide, asimismo, lanzar una consulta pública para reunir las opiniones de los interesados sobre la temática, lanzar una encuesta de opinión pública para medir y analizar las percepciones y preocupaciones de los ciudadanos en torno a las noticias falsas, establecer un grupo de

²¹ Decisión marco 2008/913 (DOUE L 328, 6 de diciembre de 2008).

²² Para una lista completa de los compromisos incluidos en el código de conducta, vid. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_es.htm.

²³ Los resultados del informe revelaron que, de 600 alertas, se eliminó el contenido en 169 casos. Así Facebook retiró el 28% de los contenidos señalados (270 alertas), Twitter el 19% (de las 163 alertas) y Youtube el 48,5% (de las 123 notificaciones). En cuanto al tipo de contenido ilícito, el 23,7% fueron contenidos de carácter antisemita, el 21% fueron críticas por el origen nacional y el 20,2% eran contenidos relativos al odio antimusulmán. Finalmente, cabe destacar que solo el 40% de los contenidos señalados fueron revisados en un plazo de 24h (el 43% de los casos fueron revisados en un plazo de 48h).

²⁴ Hate speech, populism, and fake news on social media - towards an EU response. Vid. <http://www.europarl.europa.eu/ep-live/en/plenary/video?debate=1491397770340>.

²⁵ Vid. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2017-0501+0+DOC+XML+V0//ES>.

²⁶ Vid. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/fake-news>.

alto nivel y organizar una conferencia sobre las noticias falsas para definir los límites del problema, evaluar la efectividad de las soluciones ya implementadas por las redes sociales y acordar los principios clave para futuras acciones.

La conferencia multilateral se llevó a cabo los días 13 y 14 de noviembre de 2017 en Bruselas²⁷. Primera etapa del diálogo deseado por la Comisión en la materia, fue inaugurada por la Comisaria Europea Mariya Gabriel, encargada de Economía y Sociedad Digitales. En su discurso²⁸, hizo énfasis en los 3 elementos que deben guiar la acción europea: conciencia, calidad de los medios de comunicación (especialmente públicos) y educación. Y para ello, recordó la necesidad de guardar como puntos de referencia cuatro principios rectores: transparencia, diversidad de la información, credibilidad de la información y soluciones inclusivas.

«Más del 99% de los ciudadanos encuestados han sido confrontados con noticias falsas».

Aprovechó, la oportunidad, asimismo, para lanzar una consulta pública sobre información falsa y desinformación en línea²⁹. Sus resultados deberían ayudar a evaluar la eficacia de las medidas ya existentes, así como la necesidad de intensificarlas e introducir otro tipo de medidas que podrían resultar más adecuadas³⁰. Dos cuestionarios distintos fueron puestos a la disposición del público: uno para los ciudadanos en general; otro para los periodistas y las personas jurídicas.

Sus resultados preliminares fueron publicados el pasado 12 de marzo de 2018³¹. Como datos destacables, podemos mencionar, entre otros, que más del 99% de los ciudadanos encuestados han sido confrontados con noticias falsas; además, su difusión a través de las redes sociales es fácil porque apelan a las emociones de los lectores (86%), se difunden para orientar el debate público (84%) y se conciben para generar ingresos (65%). Para la mayoría de los encuestados, las noticias se comparten sin verificación previa (85%) o no se verifican (80%) antes de publicarse. En cuanto a las áreas afectadas por esta desinformación se encuentran los asuntos políticos, la inmigración, las minorías y la seguridad. Tampoco existe un consenso claro en cuanto a qué medidas tomadas por las redes serían más efectivas para combatir las noticias falsas. La información y la educación de los usuarios aparecen como las más relevantes, seguidas por la verificación de los hechos y la limitación de los ingresos publicitarios.

Las personas jurídicas encuestadas (empresas privadas de medios de comunicación, organizaciones de la sociedad civil, plataformas en línea, instituciones académicas y de investigación y autoridades públicas) dieron algunas pistas para prevenir la difusión de la desinformación. Así, el 71% está a favor de una mayor inversión en educación y capacitación de los usuarios; el 69% apoya el desarrollo de nuevas formas de

²⁷ Vid. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/recordings-multi-stakeholder-conference-fake-news>.

²⁸ Vid. http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-4609_fr.htm.

²⁹ La consulta fue abierta hasta el pasado 23 de febrero de 2018. Recuperado de: https://ec.europa.eu/info/consultations/public-consultation-fake-news-and-online-disinformation_es.

³⁰ La consulta versó sobre 3 ámbitos: Definición de información falsa y su divulgación en línea; evaluación de las medidas tomadas por plataformas, medios de comunicación privados y organizaciones de la sociedad civil para luchar contra la divulgación de información falsa en línea; y alcance de futuras actuaciones para reforzar la calidad de la información y evitar la propagación de la desinformación en línea.

³¹ La consulta ha recibido un total de 2986 respuestas: 2784 de individuos y 202 de organizaciones legales. El mayor número de respuestas vino de Bélgica, Francia, Reino Unido, Italia y España.

cooperación entre los actores (medios de comunicación, verificadores de datos y organizaciones de la sociedad civil) para implementar nuevos enfoques; el 64% respalda el papel de la sociedad civil para mejorar el monitoreo y desacreditar las noticias falsas; el 60% cree que más transparencia, por ejemplo informando a los usuarios sobre los criterios y/o algoritmos utilizados para mostrar el contenido, también podría ser efectiva.

El Grupo de Expertos de Alto Nivel y su Informe final. Finalmente, la Comisaria anunció, también durante la Conferencia multilateral de noviembre de 2017, la creación de un Grupo de Expertos de Alto Nivel. Encargado de asesorar a la Comisión sobre todas las cuestiones que pueden surgir en el contexto de la información falsa difundida a través de los medios de comunicación tradicionales y sociales, sus principales misiones son analizar la situación actual y el marco legal, así como los posibles riesgos políticos y sociales asociados con la difusión de la desinformación en línea; definir el alcance del problema y buscar cómo limitar la difusión de contenido falso; establecer una distinción entre la información falsa, que equivale a contenido ilegal según la legislación de la UE o nacional, y la información falsa que cae fuera del alcance de tales leyes y, por lo tanto, no es ilegal; definir los roles y las responsabilidades de los interesados; evaluar la eficacia de las medidas voluntarias implementadas hasta ahora por las plataformas en línea y los medios de comunicación y proponer posibles mejoras; mejorar la alfabetización mediática; e identificar principios rectores para una posible autorregulación³².

Reuniendo a 39 expertos³³, la primera reunión del Grupo tuvo lugar el pasado 15 de enero de 2018³⁴, la segunda el 7 de febrero, la tercera el 23 de febrero y la cuarta el 7 de marzo. Su Informe final fue presentado el 12 de marzo de 2018³⁵. Titulado «Un enfoque multidimensional para la desinformación», recomienda una serie de respuestas interconectadas y que se refuerzan mutuamente, que deben basarse en 5 pilares fundamentales: mejorar la transparencia de las noticias en línea; promover la alfabetización mediática e informativa para contrarrestar la desinformación y ayudar a los usuarios a navegar en el entorno de los medios digitales; desarrollar herramientas para empoderar a usuarios y periodistas para abordar la desinformación y fomentar un compromiso positivo con las tecnologías de la información en rápida evolución;

³² Vid. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/call-applications-selection-members-high-level-group-fake-news>.

³³ El Grupo está dirigido por Madeleine de Cock Buning, profesora a la Universidad de Utrecht, especialista en derecho de los medios de comunicación y propiedad intelectual. Entre los expertos nombrados, hay expertos de medios de comunicación (como ARD, RTL Group, Mediaset, Sky News), actores de Internet (Mozilla, Google, Twitter, Facebook), profesores de Universidad y organizaciones de la sociedad civil. Vid. la lista completa en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/experts-appointed-high-level-group-fake-news-and-online-disinformation>.

³⁴ Vid. http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2018-6/minutes_15_january_2018_meeting_hlg_fake_news_59BB9FE9-A0B0-15BD-CB6B78C7B820F93E_49696.pdf.

³⁵ Disponible en inglés en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>. Fue adoptado por 38 de los miembros. La Organización Europea de los Consumidores (BEUC) votó en contra: «consideramos que la exposición del consumidor a la desinformación debe abordarse principalmente desde su origen. La ausencia en el informe y sus recomendaciones de cualquier referencia a una de las principales fuentes potenciales de desinformación, el clickbait, es inaceptable. Evaluar el vínculo entre las políticas de ingresos publicitarios de las plataformas y la difusión de la desinformación, es decir, a través de una investigación sectorial, es desde la perspectiva de BEUC un elemento crucial para encontrar los mecanismos apropiados para abordar este fenómeno. Esperamos que en una etapa posterior, la Comisión revise su intervención sobre esta base».

salvaguardar la diversidad y la sostenibilidad del ecosistema de los medios de comunicación europeos; y promover la investigación continua sobre el impacto de la desinformación en Europa para evaluar las medidas tomadas por diferentes actores y ajustar constantemente las respuestas necesarias.

Como primer paso, el Grupo sugiere adoptar un enfoque de autorregulación, dentro del cual todos los actores relevantes en el tema se comprometen a respetar un Código de conducta, de 10 principios clave, que refleje claramente las respectivas funciones y responsabilidades de cada una de las partes interesadas:

- 1.º) Las plataformas deben adaptar sus políticas publicitarias, incluida la adhesión al principio de «seguir el dinero», a la vez que evitan los incentivos que conducen a la desinformación, para desalentar la difusión y amplificación de la desinformación para el progreso. Estas políticas deben basarse en criterios claros, transparentes y no discriminatorios;
- 2.º) Las plataformas deben garantizar la transparencia y la responsabilidad pública respecto al procesamiento de los datos de los usuarios para las colocaciones publicitarias, con el debido respeto a la privacidad, la libertad de expresión y el pluralismo de los medios;
- 3.º) Las plataformas deben garantizar que el contenido patrocinado, incluida la publicidad política, se distinga de manera apropiada de otros contenidos;
- 4.º) Las plataformas deberían tomar las medidas necesarias para permitir el acceso a datos que cumplan con la privacidad para las actividades de verificación e investigación de hechos;
- 5.º) Las plataformas deben poner a disposición de sus usuarios configuraciones y controles avanzados para que puedan personalizar su experiencia en línea;
- 6.º) Las plataformas deberían, en cooperación con los medios de comunicación europeos públicos y privados, adoptar, cuando proceda, medidas efectivas para mejorar la visibilidad de las noticias fiables y facilitar el acceso de los usuarios a las mismas;
- 7.º) Cuando corresponda, las noticias de tendencia deberían, si fuera técnicamente factible, ir acompañadas de sugerencias de noticias relacionadas;
- 8.º) Las plataformas deberían, cuando corresponda, proporcionar herramientas amigables con los usuarios para permitir que los usuarios se conecten con fuentes confiables de verificación de hechos y permitan a los usuarios ejercer su derecho a contestar;
- 9.º) Las plataformas que aplican sistemas de marcación y confianza que dependen de los usuarios deben diseñar salvaguardas contra su abuso por parte de los usuarios;
- 10.º) Las plataformas deberían cooperar mediante inteligencia artificial, proporcionando datos relevantes sobre el funcionamiento de sus servicios, incluidos datos para investigación independiente e información general sobre algoritmos con el fin de encontrar un enfoque común para abordar la difusión y amplificación de la desinformación.

Mediante la definición de estos principios, el Grupo claramente intenta promover la transparencia y la inteligibilidad de los canales de información digital. Y para su efectivo cumplimiento, recomienda la creación de una coalición entre las partes interesadas, con el fin de garantizar su implementación, monitoreo y revisión continua.

Como medidas a largo plazo, el Grupo llama a una intensificación de los esfuerzos, especialmente educativos, por parte de todos los actores: Comisión Europea, Estados

miembros, organizaciones de la sociedad civil, plataformas y medios de comunicación. En particular, hace un llamado al ejecutivo comunitario para que fortalezca las acciones de alfabetización mediática e informativa para todos los ciudadanos, incluido el intercambio de mejores prácticas y formación para profesores (mediante Erasmus +, Training and Education 2020), prestando una atención especial a las necesidades específicas de ciertas subregiones (Báltico o Europa del Este); también para que apoye a la construcción de una comunidad de práctica a escala europea, utilizando, como medidas de financiamiento, las asociaciones público-privada. En el mismo orden de ideas, llama a las plataformas a desarrollar herramientas para compartir hojas de información estándar para los usuarios creadas por instituciones independientes (educativas), con el objetivo de crear una conciencia sobre la desinformación digital y los hallazgos emergentes sobre los riesgos digitales.

El Eurobarómetro sobre noticias falsas y desinformación en línea. Desde el año 1973, los ciudadanos europeos pueden dar su opinión respondiendo a unas encuestas específicas. El eurobarómetro, instrumento fundamental para la Comisión europea para medir la opinión pública europea antes de tomar una decisión, toca todos los principales temas relacionados con la UE: prioridades sobre la UE, terrorismo, fraude fiscal, paro, seguridad, inmigración, medio ambiente, etc.

En febrero de 2018, unas encuestas fueron especialmente diseñadas para conocer la opinión de los europeos en materia de noticias falsas y desinformación en línea. El resultado del euro barómetro fue presentado el pasado 12 de marzo de 2018³⁶, junto con el Informe del Grupo de Expertos de Alto Nivel. Como primer dato destacable, cabe mencionar que más de 26.000 personas de todos los Estados miembros contestaron, por vía telefónica, a las preguntas³⁷. De manera muy clara, el 83% de los encuestados estimaron que las noticias falsas representan un peligro para la democracia.

Como puntos especialmente interesante, podemos mencionar los siguientes: según los encuestados, los medios tradicionales son la fuente más confiable de noticias (radio - 70%; televisión - 66%; periódicos impresos y revistas de noticias - 63%); 37% de los que han respondido se cruza a diario, o casi a diario, con noticias falsas; a pesar de ello, el 71% afirma que puede identificarlas³⁸. Asimismo, para el 85% de los encuestados, las noticias falsas son un problema en su país. Y según ellos, los periodistas (45%), las autoridades nacionales (39%) y las empresas de prensa y radiodifusión (36%) deberían ser los encargados de impedir la difusión de esta desinformación.

En cuanto a los jóvenes, el resultado demuestra claramente que se trata de un grupo especialmente vulnerable: son los que más confían en los periódicos digitales, revistas online y páginas web, así como en sitios web de alojamiento de video, tipo Youtube³⁹. Y los usuarios cuyo nivel de educación es más bajo son más propensos a decir que nunca o rara vez se encuentran con noticias falsas⁴⁰. Los que usan diariamente las redes sociales (el 22% de los encuestados) también esperan más de ese tipo de actores.

³⁶ Vid. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/first-findings-eurobarometer-fake-news-and-online-disinformation>.

³⁷ Las encuestas tuvieron lugar del 7 al 9 de febrero de 2018. Cubrió el conjunto de la UE (los 28 Estados miembros) y fue dirigido a un público general (mayores de 15 años). Durante el periodo correspondiente se realizaron 26.576 entrevistas.

³⁸ La confianza para identificarlas es mayor en Dinamarca (el 87%), en Irlanda (el 84%), en Finlandia (el 82%) y en Croacia (el 82%). En cambio, sólo el 55% de los españoles se sienten capaces de identificarlas.

³⁹ El 47% de los estudiantes estima que páginas como Youtube o Dailymotion son fuentes de información de confianza.

⁴⁰ El 19% de los menores de 15 años. El 35% de ellos se estima incapaz de identificarlas.

El conjunto de las iniciativas hasta el momento señaladas van a permitir a la Comisión europea diseñar, en las próximas semanas o meses, una estrategia específica sobre el tema, plasmada en una Comunicación. Aunque ante el desafío, la respuesta de los propios Estados miembros no se ha hecho esperar. Algunos han legislado sobre el tema, mientras otros están debatiendo sobre la utilidad de legislar al respecto.

IV. LA RESPUESTA DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Varios Estados miembros de la UE, muy preocupados por la difusión masiva de noticias falsas, han aprobado medidas legislativas concretas en la materia, o bien presentado proyectos de ley que podrían convertirse en leyes en los próximos meses.

Alemania. El 30 de junio de 2017, el Parlamento alemán adoptó la Ley NetzDG (Netzwerkdurchsetzungsgesetz), o Ley para mejorar la aplicación de la legislación en las redes sociales⁴¹. El texto, cuyo proyecto fue presentado e impulsado por el Ministro de Justicia, Heiki Maas, no está exento de críticas⁴². A pesar de ellas, entró en vigor el pasado 1 de enero de 2018. Aunque la iniciativa no es nueva. Ya en el año 2015, el entonces Ministerio Federal de Justicia y de Protección al Consumidor había establecido un grupo de trabajo junto con los operadores y representantes de la sociedad civil. El resultado fue el compromiso de las empresas interesadas de mejorar su respuesta frente a la existencia de contenidos delictivos en sus páginas. En la práctica, se comprometían a revisar y eliminar las publicaciones supuestamente ilegales en 24 horas. Sin embargo, para Alemania, ese compromiso resultó insuficiente: por ejemplo, si bien la plataforma de video Youtube retiraba el 90% de sus contenidos ilícitos, Facebook actuaba sólo en el 39% de los casos y Twitter sólo en el 1%.

Temiendo un fenómeno similar, durante las elecciones federales⁴³, a la última campaña electoral en Estados Unidos, el proceso legislativo se agilizó y condujo a un endurecimiento de las medidas destinadas a combatir de manera «efectiva e inmediata»⁴⁴ los delitos de odio. En esencia, el nuevo texto tiene como objetivo eliminar, restringir y evitar en el futuro las noticias falsas en las redes sociales, así como los mensajes de odio, comentarios discriminatorios, difamación, amenazas e incitación a la violencia. Además, regula la emisión y divulgación de mensajes asociados al terrorismo y a la pornografía infantil.

El mecanismo introducido por la norma es aplicable a los grandes operadores, o sea a las redes sociales, que tienen más de dos millones de usuarios. En este caso, deberán informar trimestralmente a la autoridad competente sobre el número de noticias falsas detectadas, así como las respuestas dadas a tales situaciones. Este deber de información

⁴¹ Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken. Disponible en alemán en : <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2017/0315-17.pdf>.

⁴² Especialmente, podemos mencionar la reacción del relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, David Kaye, según el cual «es probable que haya una mayor censura» (vid. <http://www.lavoz.com.ar/tecnologia/que-establece-la-ley-alemana-netzwerkdurchsetzungsgesetz-y-por-que-preocupa-facebook>).

⁴³ Las elecciones fueron celebradas el pasado 24 de septiembre de 2017. Según la encuesta realizada por la Fundación para la Nueva Responsabilidad (Stiftung Neue Verantwortung), una de cada tres personas en Alemania creen que las «fake news» tuvieron un gran impacto en la elección (<http://www.dw.com/es/el-miedo-a-las-noticias-falsas-dej%C3%B3-huella/a-41114186>).

⁴⁴ Ley NetzDG, A (Parte general), I (objetivo y necesidad de la regulación), último párrafo: «Dado que las herramientas y los compromisos existentes de las redes sociales son insuficientes y que existen problemas significativos para la aplicación de la legislación vigente, es necesario introducir reglas precisas de cumplimiento para las redes sociales a fin de combatir efectiva e inmediatamente los delitos de odio y otros contenidos delictivos en la red» (la traducción es nuestra).

quedará a disposición del público mediante la publicación del informe tanto en la Gaceta Oficial Federal como en la propia página web del operador. Por otra parte, y con el fin de gestionar de manera eficaz las reclamaciones, las redes sociales deben, asimismo, crear procedimientos efectivos y transparentes tanto para permitir la presentación de las denuncias como para eliminar de manera inmediata, y como máximo en un plazo de 24 horas, el contenido ilegal. En caso de infringir lo anteriormente señalado, el texto prevé una multa de 50 millones de euros para la empresa infractora, y hasta 5 millones de euros para el personal responsable de la gestión⁴⁵.

Como analizaremos más adelante, su aplicación práctica después de tres meses de vigencia demuestra que el mecanismo es imperfecto: en la mayoría de los casos, las redes sociales prefieren, para no recibir multas multimillonarias, bloquear de manera preventiva ciertos contenidos. Frente a esta

«Su aplicación práctica después de tres meses de vigencia demuestra que el mecanismo es imperfecto: en la mayoría de los casos, las redes sociales prefieren bloquear de manera preventiva ciertos contenidos».

situación, una posible revisión de la norma en los próximos meses podría prever la posibilidad para los usuarios de conseguir el restablecimiento del contenido eliminado de manera incorrecta, así como la creación de un organismo independiente con el fin de revisar y responder a los informes de contenido ofensivo⁴⁶.

Francia. El Presidente de la República francesa, Emmanuel Macron, anunció a principios de enero de 2018 la presentación de un proyecto de ley anti «fake news». La ahora denominada «loi de fiabilité et de confiance de l'information» (ley de fiabilidad y de confianza de la información - todavía no depositada ante el Parlamento⁴⁷) debería atacarse a las noticias falsas propagadas por parte de entidades extranjeras en periodos electorales. Según las primeras informaciones expuestas por el gobierno francés, el objetivo del texto sería la lucha contra los dos principales vectores de difusión de esas noticias: las plataformas electrónicas y los medios de comunicación que se encuentran bajo la influencia de un Estado extranjero.

En este caso, la legislación prevista sería limitada en el tiempo: se aplicaría esencialmente durante los períodos electorales, cinco semanas máximo antes del escrutinio⁴⁸. A partir de la fecha de publicación en el Diario Oficial del decreto convocando los electores y hasta el fin de las operaciones electorales, las plataformas estarían sometidas a una obligación reforzada de transparencia. En la práctica, eso

⁴⁵ Según el Comité para la Protección de los Periodistas, «la ley deja que las plataformas individuales de medios sociales juzguen si el contenido denunciado por otros usuarios promueve el terrorismo, la provocación o el abuso infantil, o incluye difamación o insulto... las plataformas con más de 2 millones de usuarios en Alemania tienen 24 horas para eliminar las publicaciones reportadas como ilegales por los usuarios, y deben establecer un nuevo sistema de informes para que sea más fácil para los usuarios notificarles de las publicaciones que parecen incluir otros contenidos inapropiados. Si no se establece un sistema para que los usuarios denuncien mensajes presuntamente delictivos, se impone una multa de 50 millones de euros». Vid. https://www.ifex.org/europe_central_asia/2018/02/01/free-expression/es/. Asimismo, vid. <https://cpj.org/blog/2018/01/as-german-hate-speech-law-sinks-titanics-twitter-p.php>.

⁴⁶ Vid. <https://lta.reuters.com/article/internetNews/idLTAKCN1GK2EK-OUSLI>.

⁴⁷ Vid. la primera versión presentada a la prensa. Recuperado de: <https://cdn2.nextinpact.com/medias/fake-news---03-2017.pdf>.

⁴⁸ Artículo L. 163-1 del código electoral.

significaría que los operadores deberán dar una información leal, clara y transparente sobre la identidad de los que pagan para promocionar contenidos informativos, así como publicar el monto de las remuneraciones cuando estas serán superiores a una cierta cantidad, fijada por vía reglamentaria. Fuera de este caso, las plataformas deberán elaborar un sistema fácilmente accesible y visible, que permitirá a todo ciudadano señalar la existencia de noticias falsas⁴⁹. Por el momento, el régimen sancionador, que podría sufrir modificaciones durante la discusión del texto, previsto en caso de incumplimiento sería de un año de cárcel y de una multa de 75.000€⁵⁰.

Importante novedad en comparación con las legislaciones adoptadas o previstas por sus países vecinos, el texto francés prevé específicamente la intervención - de urgencia, a petición del ministerio público o de toda persona que tendría un interés para actuar - del juez administrativo⁵¹ en el caso en que unas noticias falsas, que podrían alterar la sinceridad del voto, tienen una difusión artificial y de manera masiva. En este caso, el juez, que deberá decidir en un plazo de 48h, podrá ordenar la suspensión de la página litigiosa de los motores de búsqueda, la supresión del contenido, la supresión de la cuenta de un usuario que habría contribuido de manera repetida a la difusión del contenido, o bien el bloqueo de la página web. Con este nuevo dispositivo, será el juez el encargado de calificar una noticia como falsa.

Otro punto de especial interés es el papel que jugará la Alta Autoridad en materia de Audiovisual (CSA, Conseil Supérieur de l'Audiovisuel). En concreto, podrá rechazar la firma de la convención para la distribución de un servicio bajo influencia extranjera siempre y cuando está prohibición sea necesaria para salvaguardar el orden público⁵². También podrá suspenderla o cancelarla si dicho servicio va en contra de los intereses fundamentales de la Nación o participa en un intento de desestabilización de sus instituciones⁵³.

Junto con este dispositivo legislativo, y en respuesta probablemente a las medidas contenidas en el Informe del Grupo de Alto Nivel Europeo, la Ministra de la Cultura francesa, François Nyssen, presentó el pasado 15 de marzo de 2018 una segunda parte a su dispositivo para luchar contra la desinformación⁵⁴: desarrollar la educación a los medios de comunicación. Este plan será compuesto por tres partes: en primer lugar, se apoyarán acciones de sensibilización de los adolescentes organizadas por profesionales y asociaciones; en segundo lugar, se prevé la creación de un programa cívico; finalmente, las sociedades del audiovisual público deberán reforzar su misión educativa mediante el desarrollo de una oferta común en esta materia.

Italia. Según la empresa italiana de investigación de mercado Doxa, el 80 % de los italianos cree que las noticias falsas condicionan la opinión pública. Y según la fundación Censis, más de la mitad de los italianos han consumido, compartido, avalado o reprobado, noticias falsas. Para luchar contra esta amenaza, el gobierno decidió lanzar un «proyecto de educación cívica digital para combatir la información falsa». En concreto, «Basta Bufale»⁵⁵ pretende convertir a 4,2 millones de alumnos de secundaria

⁴⁹ Artículo 6 de la ley 2004-575 relativa a la confianza en la economía digital.

⁵⁰ Artículo L. 112 del código electoral. El párrafo 2 del mismo artículo prevé la sanción aplicable cuando se trata de personas jurídicas.

⁵¹ Artículo L. 163-2 del código electoral.

⁵² Apartado IV del artículo 33-1 de la ley 86-1067 relativa a la libertad de comunicación.

⁵³ Artículo 42-6 de la ley 86-1067 relativa a la libertad de comunicación.

⁵⁴ Vid. <http://www.culture.gouv.fr/Actualites/Medias-un-plan-d-ensemble-pour-lutter-contre-la-desinformation>.

⁵⁵ Vid. <https://www.bastabufale.it/>.

y universitarios en especie de «detectives virtuales», para que compartan únicamente las noticias verificadas.

Propiciado por el Ministerio de Educación italiano, el mecanismo previsto resulta ser bastante innovador en su intento de luchar contra la desinformación, implicando al conjunto de los actores interesados: 1/ la escuela y la universidad, para que desarrollen un uso consciente de Internet y enseñen a sus alumnos a utilizar las herramientas tecnológicas, para que puedan distinguir entre las distintas fuentes y desarrollen un sentido crítico; 2/ los periodistas, para que aumenten su esfuerzo de verificación de los hechos; y los editores, para que sean los garantes de la calidad y del fácil acceso de la información para los ciudadanos; 3/ las empresas, para que no permitan la difusión de anuncios publicitarios de contenido falso; 4/ las redes sociales, para que dirijan sus políticas hacia una mayor transparencia e inviertan más en recursos humanos y tecnologías para enfrentar el problema de la desinformación; 5/ finalmente, los protagonistas del mundo de la cultura y del deporte, para que su mensaje en contra de las noticias falsas lleguen al máximo de personas posibles.

En el marco legislativo, el Partido Democrático presentó a finales de 2017 un proyecto de ley, con el fin de perseguir la desinformación⁵⁶. En esencia, el mecanismo previsto es similar al dispositivo alemán. De manera general, se aplicará a los servicios de redes sociales que operan con fines de lucro que tienen más de 1 millón de usuarios registrados en Italia (art. 1). Se excluye de su ámbito de aplicación las plataformas que ofrecen contenidos periodísticos o editoriales cuya responsabilidad es atribuible al proveedor del servicio, así como las diseñadas para permitir la comunicación individual o la difusión de contenidos específicos.

En cuanto a las categorías de contenido ilegal, el texto es amplio y se refiere a dos categorías: los crímenes graves contra la persona (difamación; pornografía infantil; amenaza; actos de persecución o acoso; procesamiento ilícito de datos personales) y los crímenes contra la República que atacan la seguridad pública, la convivencia civil y la claridad de la vida democrática (supresión, falsificación o sustracción de actos o documentos relativos a la seguridad del Estado; terrorismo; delitos contra una confesión religiosa a través de la difamación de personas; incitación criminal; instigación de pedofilia y pornografía infantil; asociación criminal; asociaciones de tipo mafioso; intimidación pública; falsificación de documentos públicos; fraude informático; apología del fascismo; incitación a la violencia racial).

Los proveedores de servicios de redes sociales deberán cumplir con ciertas obligaciones (art. 2). Entre ellas figura la de establecer un procedimiento eficaz, transparente y permanente para el manejo de las denuncias relacionadas con el contenido ilegal. De manera similar al sistema alemán, el texto italiano detalla explícitamente que el procedimiento deberá permitir la toma inmediata de la denuncia, la verificación de la ilegalidad del contenido problemático y su eliminación o bloqueo dentro de las 24 horas posteriores a la recepción de la denuncia. En caso de incumplimiento, es decir si la eliminación o bloqueo del acceso a contenidos ilegales no tiene lugar dentro de este plazo, el régimen sancionador podrá aplicarse y la red social interesada podrá incurrir en una multa de entre 500.000 y 5 millones de euros.

⁵⁶ Norme generali in materia di social network e per il contrasto della diffusione su internet di contenuti illeciti e delle fake news. Presentada el 14 de diciembre de 2017. Recuperado de: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/48538.htm>.

Por otra parte, el mecanismo prevé la creación de organismos específicos de autorregulación (art. 3). Acreditados por decreto del Ministro del Desarrollo Económico italiano, serán los encargados de gestionar los procedimientos de reclamación de las redes sociales y bloquear, en su caso, los contenidos ilegales. Para ser reconocido como tal, el organismo deberá cumplir con ciertos requisitos, entre los cuales figura la independencia de sus miembros.

Junto con este proyecto, podemos añadir otra iniciativa del país presentada por el ejecutivo poco antes de las elecciones generales celebradas el pasado 4 de marzo de 2018: la aprobación de un protocolo operativo para la lucha contra la difusión de las noticias falsas⁵⁷. El dispositivo establece 3 fases: la recopilación de información, con la creación de un botón rojo en la propia página web de la policía para señalar la existencia de noticias falsas; análisis por parte de la policía del contenido denunciado; por último, y en caso en que averigüe que la noticia es falsa, la policía emitirá un aviso en su contra y podrá dar soporte a la persona afectada para solicitar su eliminación de la red social.

«Basta Bufale pretende convertir a 4,2 millones de alumnos en especie de ‘detectives virtuales’, para que compartan únicamente las noticias verificadas».

España. Especialmente golpeada por la problemática de las noticias falsas durante el proceso independentista en Cataluña, el Grupo Parlamentario Popular decidió presentar una proposición no de ley relativa al impulso de «las medidas necesarias para garantizar la veracidad de las informaciones que circulan por servicios conectados a Internet y evitar injerencias que pongan en peligro la estabilidad institucional en España»⁵⁸. En su proposición, el Grupo insta al Gobierno español a: impulsar la elaboración de métodos para determinar la veracidad de informaciones que circulan por internet y que tienen como destino al ciudadano; introducir en las capacidades de los Servicios encargados de la Seguridad Pública sistemas de vigilancia, monitorización, mitigación y respuesta ante acciones extranjeras que hayan sido identificadas como destinadas a cuestionar y debilitar la confianza en las instituciones públicas y, en general, en los valores democráticos; promover la colaboración, la cooperación y la búsqueda de un acuerdo internacional contra la desinformación como amenaza global sobre los sistemas democráticos, específicamente si se trata de una amenaza gestionada por actores extranjeros con intenciones hostiles; reforzar la comunicación estratégica para hacer frente a las campañas de desinformación con objetivos de desestabilización planificadas y gestionadas por actores con intenciones hostiles contra países de la Unión Europea. Dicha proposición fue finalmente rechazada a principios de marzo de 2018 por el pleno del Congreso⁵⁹.

Reino Unido. El Consejo de Seguridad Nacional inglés decidió crear, a principios de enero de 2018, una nueva «unidad de comunicaciones de seguridad nacional», encargada, entre otros, de combatir la desinformación procedente de Estados y otros actores⁶⁰. En el marco educativo, la BBC (corporación de radiotelevisión pública) anunció querer también implicarse en la lucha contra la desinformación. En este

⁵⁷ Vid <https://www.commissariatodips.it/fileadmin/src/doc/pdf/comunicato18012018.pdf>.

⁵⁸ Vid. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-280.PDF.

⁵⁹ 166 votos a favor, 177 en contra.

⁶⁰ Vid https://elpais.com/internacional/2018/01/23/actualidad/1516726464_623333.html.

sentido, ayudará a los alumnos a identificar cuales son las noticias verdaderas, ofreciendo para ello talleres presenciales y módulos online⁶¹.

V. SEGURIDAD VS. DEMOCRACIA: ¿REGULACIÓN O AUTORREGULACIÓN?

Desinformación y libertad de expresión. El gran debate abierto sobre las noticias falsas, o desinformación, resulta ser muy propicio para recordar uno de los «fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona»⁶²: la libertad de expresión. Tanto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), en su artículo 10, como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en su artículo 11 - equivalente del artículo 10 del CEDH⁶³, proclaman el derecho de toda persona a la libertad de expresión. Este derecho comprende, según los propios términos de los textos señalados, «la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

Su alcance es muy amplio. En efecto, según los propios términos del Tribunal de Estrasburgo, la libertad de expresión exige que se proteja «no sólo a las ‘informaciones’ o ‘ideas’ que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’»⁶⁴.

Ahora bien, el propio apartado 2 del artículo 10 del Convenio fija unos límites a su ejercicio, que no puede ser incondicional: «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial». En este sentido, el Tribunal declarará que «debe considerarse necesario en ciertas sociedades democráticas la sanción o incluso la prevención frente a cualquier expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia»⁶⁵.

Siguiendo a BOTERO MARINO (2018), únicamente tres tipos de discurso se encuentran excluidos, en razón de su contenido, del ámbito de protección de este derecho: la

⁶¹ Vid. http://www.bbc.com/news/school-report-43391188?intlink_from_url=http://www.bbc.com/news/topics/cjxv13v27dyt/fake-news&link_location=live-reporting-story.

⁶² TEDH, *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976.

⁶³ En virtud del art. 52.3 de la Carta, «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio».

⁶⁴ TEDH, *Handyside c. Reino Unido*, 1976.

⁶⁵ TEDH, *Erbakan c. Turquía*, 6 de julio de 2006, apartado 56.

propaganda a favor de la guerra; la apología del odio nacional, racial o religioso que sea constitutiva de incitación a la violencia⁶⁶; y la pornografía infantil.

Fuera de esos casos, debe prevalecer el principio de neutralidad estatal y, por consiguiente, el principio de presunción general de protección o cobertura. Tal como lo recuerda el Tribunal en su reciente sentencia del 13 de marzo de 2018, «tal como el artículo 10 lo establece, la libertad de expresión va acompañada de excepciones que, sin embargo, requieren una interpretación estricta, y la necesidad de restringirla debe establecerse de manera convincente»⁶⁷. Para los jueces, el adjetivo «necesario», en el sentido del artículo 10.2 del Convenio, implica una «necesidad social imperiosa». Los Estados contratantes disfrutaban de un cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de tal necesidad, pero debe combinarse con un control europeo tanto de la ley como de las decisiones que la aplican.

En el caso *Cengiz y otros contra Turquía* del 1 de diciembre de 2015, el Tribunal, pronunciándose sobre la compatibilidad de la medida turca de bloquear el acceso a Youtube, afirmará que «Youtube es un sitio web de alojamiento de videos en el que los usuarios pueden subir, ver y compartir videos, y sin duda es un importante medio para el ejercicio de la libertad de recibir e impartir información e ideas. En particular (...), el contenido político a menudo ignorado por los medios tradicionales se comparte a través de YouTube, lo que fomenta el surgimiento del periodismo ciudadano»⁶⁸. Añadirá, además, que el artículo 10 del Convenio garantiza a «todos» la libertad de recibir y difundir información e ideas, sin que se haga distinción según la naturaleza del objetivo perseguido o el papel desempeñado por las personas físicas o jurídicas en el ejercicio de esa libertad. El artículo 10 se aplica no solo al contenido de la información sino también a los medios de difusión, ya que cualquier restricción impuesta sobre esos medios interfiere necesariamente con el derecho a recibir y difundir información⁶⁹.

De manera general, y salvo que versen sobre uno de los discursos antes señalado, resulta imposible considerar las noticias falsas, o desinformación, como una categoría excluida de la protección que deriva del artículo 10. Al respecto, en una declaración conjunta del año pasado⁷⁰, el Relator Especial de ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE, el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión

⁶⁶ Incluso en este caso, el Tribunal de Estrasburgo limita los casos admisibles. Vid. por ejemplo TEDH, *Gündüz contra Turquía*, 13 de noviembre de 2003. Para el Tribunal, si bien las expresiones de un líder islámico (afirmó que la democracia era despótica, despiadada e hipócrita, proponiendo la destrucción de la democracia y el establecimiento de un régimen basado en la Sharia) fueron polémicas, esas declaraciones fueron realizadas durante un debate público, televisivo y de interés general. Además, existió un derecho de réplica. Por tanto, no existe en este caso violación del art. 10. Vid. ESQUIVEL ALONSO (2016). En el caso del 13 de marzo de 2018, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, el Tribunal estimará, sobre el hecho de quemar fotos del rey de España, que «un acte de ce type doit être interprété comme l'expression symbolique d'une insatisfaction et d'une protestation. La mise en scène orchestrée par les requérants en l'espèce, bien qu'ayant abouti à brûler une image, est une forme d'expression d'une opinion dans le cadre d'un débat sur une question d'intérêt public, à savoir l'institution de la monarchie». Por tanto, condenar los interesados a 15 meses de cárcel no fue «ni proporcional ni necesaria en una sociedad democrática».

⁶⁷ TEDH, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, 13 de marzo de 2018, apartado 30.

⁶⁸ TEDH, *Cengiz y otros contra Turquía*, 1 de diciembre de 2015, apartado 52.

⁶⁹ Apartado 56.

⁷⁰ Declaración Conjunta Sobre Libertad De Expresión Y «Noticias Falsas» («Fake News»), Desinformación Y Propaganda. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&IID=2>.

Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, indicaron sin ambigüedad que «las prohibiciones generales de difusión de información basadas en conceptos imprecisos y ambiguos, incluidos ‘noticias falsas’ (fake news) o ‘información no objetiva’, son incompatibles con los estándares internacionales sobre restricciones a la libertad de expresión (...) y deberían ser derogadas».

Especialmente relevante es la afirmación de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según la cual «una interpretación correcta de las normas internacionales (...) nos lleva a concluir que el derecho a la información abarca toda la información, inclusive aquella que denominamos ‘errónea’, ‘no oportuna’ o ‘incompleta’. Por tanto, cualquier calificativo previo que se le imponga a la información limitaría la cantidad de información protegida por el derecho a la libertad de expresión (...). Al exigir la verdad (...) en la información se parte de la premisa que existe una verdad única e incuestionable (...). La exigencia de veracidad puede implicar la censura casi automática de toda aquella información que es imposible de someter a prueba, lo que anularía, por ejemplo, prácticamente todo el debate político sustentado principalmente en ideas y opiniones de carácter netamente subjetivo. Inclusive en aquellos casos en que la información se refiera a hechos concretos de probable comprobación fáctica, también es imposible exigir la veracidad de la misma, ya que es indudable que sobre un mismo hecho concreto puede existir un gran número de interpretaciones marcadamente distintas»⁷¹.

La censura es precisamente lo que está apareciendo en Alemania tras la entrada en vigor de su nueva legislación en materia de lucha contra las noticias falsas. La contratación por Facebook de más de 1.200 personas para revisar las publicaciones habrá sido insuficiente para impedir que se borre, con el fin de no recibir la multa prevista por la normativa en caso de incumplimiento, más de lo necesario. Por su parte, Twitter también decidió suspender la cuenta de Beatrix Von Storch, vicepresidenta del partido político de extrema derecha Alternativa para Alemania (AfD), después de haber lanzado un mensaje en contra de los musulmanes⁷². La propia Asociación Alemana de Editores de Periódicos (BDZV) acusó a la plataforma de censura tras el bloqueo de la cuenta de una revista satírica. En todo caso, el debate apenas empieza en el continente. Será por tanto necesario contrarrestar de manera muy detallada los datos de las redes sociales que irán apareciendo una vez la efectiva implementación de las distintas legislaciones para saber si, efectivamente, el intento político de frenar las «noticias falsas» en el continente vulnera, por la misma ocasión, la libertad de expresión.

Medidas de autorregulación: ¿freno a la desinformación? Una de las posibles soluciones al espinoso problema de la desinformación es la adopción, por parte de las plataformas digitales, de medidas de autorregulación, sin que sea necesario una disposición legislativa que les obliga a actuar en caso de contenido ilícito. Facebook ya lo practica desde un poco más de un año, colaborando con distintos medios, tanto de comunicación como políticos, de la UE. Así, el pasado 22 de marzo de 2017, puso en marcha un mecanismo para etiquetar las noticias dudosas, utilizando herramientas tales como el *International Fact Checking Network*, una red de verificadores de hechos.

Si bien la medida puede saludarse, varias preguntas derivan de su aplicación: entre ellas, ¿qué legitimidad tiene Facebook, empresa privada, para decidir de la realidad de una información? ¿Si decide borrar algún tipo de contenido tras una denuncia, cómo un

⁷¹ Vid. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>. Apartados 31 y ss.

⁷² Vid. http://www.lemonde.fr/europe/article/2018/01/02/en-allemande-la-suppression-du-message-anti-musulmans-d-une-responsable-de-l-extreme-droite-fait-debat_5236843_3214.html.

usuario afectado por la medida puede defenderse? Su posible asociación con otros actores, tales como la prensa, no está exenta de toda problemática al respecto. Por ejemplo, su decisión de asociarse con Wikipedia para dar mayor información del editor con el fin de ayudar a sus 1.500 millones de usuarios (lo que representa el 40% de la población mundial) a detectar si un artículo viene de una fuente de noticias reconocida y confiable es muy subjetiva. ¿*Quid* de los que no están referenciados en esta enciclopedia? ¿El artículo de un periodista que apenas empieza su oficio, publicado además en una nueva página web, se considerará como fuente reconocida y confiable o directamente será catalogado como una fuente no confiable?

La problemática es aún mayor cuando analizamos el factor financiero de tales medidas de autorregulación. Hoy en día, la mayoría de los editores de prensa independiente viven gracias a la red social. El experimento «Explore»⁷³ llevado a cabo en 6 países (Sri Lanka, Camboya,

«La aplicación por las propias redes sociales de medidas de autorregulación puede representar un importante riesgo para el disfrute de las libertades fundamentales».

Eslovaquia, Serbia, Guatemala y Bolivia) demuestra claramente la alta dependencia económica hacia la plataforma: así en Bolivia, el periódico La Prensa vio un descenso de visitas de 90% en sus páginas que fueron colocadas en un segundo muro. Imagínense entonces ahora: ¿qué podría pasar con un artículo, o todo otro tipo de contenido, que viva de las suscripciones, considerado como no confiable por Facebook por el mero hecho de no estar referenciado en Wikipedia? Simplemente dejaría de aparecer en los muros de sus posibles clientes - los 1.500 millones de usuarios de Facebook. En este caso, la influencia de la red, y por consiguiente su poder sobre las empresas y los ciudadanos, es casi ilimitado. En efecto, tiene en sus manos tanto la posibilidad de actuar como censor como de regulador empresarial, al decidir qué empresas pueden seguir su trabajo, al ser «confiable».

Lo podemos apreciar, la aplicación por las propias redes sociales de medidas de autorregulación puede representar un importante riesgo para el disfrute de las libertades fundamentales. También pueden serlo las autorregulaciones que vendrían desde los propios ciudadanos. El botón rojo introducido por la policía italiana para denunciar supuestas noticias falsas es un claro ejemplo de posibles restricciones en este campo. En este caso, no se trata de una disposición legislativa, pero sí de una fuerte incitación a la población a denunciar, de manera voluntaria, ante la policía todo lo que podría considerarse como mentiras. Mediante tal dispositivo, es la propia democracia la que aparece aquí como en vía de extinción. Bajo la supuesta premisa de luchar contra la desinformación masiva, el gobierno italiano acredita directamente a la policía para que actúe como censor⁷⁴.

⁷³ Vid. <http://www.bbc.com/mundo/noticias-41762074>. El experimento consistió en lo siguiente: los residentes de los países elegidos debían, para acceder a un muro con noticias y anuncios, apretar un botón, lo que les daba acceso al llamado «Explore Feed».

⁷⁴ Vid. la carta del Relator Especial de la ONU del 20 de marzo de 2018 dirigida al gobierno italiano (recuperado de: http://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-ITA-1-2018.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1):

«El Protocolo tiene como objetivo combatir las ‘noticias manifiestamente infundadas y tendenciosas, o el contenido abiertamente difamatorio’, términos que no están definidos y que, por lo tanto, plantean preocupaciones de vaguedad. Aunque el Gobierno de su Excelencia ha indicado ciertos factores que

La educación masiva: mejor práctica para luchar contra las noticias falsas.

Luchar en contra de la desinformación debe necesariamente pasar por más y mejores medidas educativas. La tarea en este ámbito debe ser muy ambiciosa, dado los datos inquietantes que aparecieron en las últimas encuestas sobre las noticias falsas: 6 de cada 10 usuarios de las redes sociales comparten una noticia sin haberla leído previamente⁷⁵.

La alfabetización mediática e informacional (AMI) de la ciudadanía en general, y especialmente de los jóvenes, es fundamental. ¿Pero en qué consiste exactamente? La Unión Europea definió el concepto en una Recomendación de 2009⁷⁶. Según el texto, la alfabetización mediática se define como la capacidad de acceder a los medios de comunicación, comprender y evaluar con criterio diversos aspectos de los mismos y de sus contenidos. También incluye la capacidad de establecer formas de comunicación en diversos contextos.

En febrero de 2017, la UNESCO (organización de las Naciones Unidas para la Educación) publicó sus 5 leyes⁷⁷ sobre la AMI, que considera como uno de los requisitos más importantes para fomentar el acceso equitativo a la información y al conocimiento y para promover medios de comunicación y sistemas de información libres, independientes y pluralistas. Dicho de otra manera, «contra la información, espíritu crítico» (FRAU-MEIGS, 2017).

tendrá en cuenta al revisar la falsedad del contenido presentado en el portal, estos no abordan la ambigüedad sobre el alcance del contenido de noticias que pueden ser informadas y medidas a través del Protocolo. Además, el Protocolo también vincularía la revisión de ‘Noticias falsas’ a las leyes penales contra la difamación, que imponen sanciones significativas por ‘dañar la reputación de una persona ausente a través de la comunicación’. Me preocupa que esto otorgue una discreción excesivamente amplia al gobierno para enjuiciar declaraciones que critican a figuras públicas y políticas.

La falta de claridad sobre cómo funcionaría el Protocolo, junto con la amenaza de sanciones penales, aumenta el peligro de que el Gobierno de su Excelencia se convierta en árbitro de la verdad en el ámbito público y político. En consecuencia, me preocupa que el Protocolo suprima desproporcionadamente una amplia gama de conductas expresivas esenciales para una sociedad democrática, incluidas las críticas al gobierno, las noticias, las campañas políticas y la expresión de opiniones impopulares, controvertidas o minoritarias».

⁷⁵ Vid. el estudio completo realizado por la Universidad de Columbia. Recuperado de: <http://datascience.columbia.edu/new-study-highlights-power-crowd-transmit-news-twitter>.

⁷⁶ Recomendación 2009/625/CE de la Comisión, de 20 de agosto de 2009, sobre la alfabetización mediática en el entorno digital para una industria audiovisual y de contenidos más competitiva y una sociedad del conocimiento incluyente (DOUE L 227, 29 de agosto de 2009).

⁷⁷

Vid.

http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/Events/mil_five_laws_spanish.png.

Ley 1: la información, la comunicación, las bibliotecas, los medios de comunicación, la tecnología e internet, así como otras formas de transmitir y comunicarse son usadas como formas de comunicación para el compromiso de la sociedad civil y el desarrollo sostenible. Son iguales en importancia y ninguna debe resaltar más que otra.

Ley 2: cada ciudadano es creador de contenido y trasmisor de mensajes. Todos deben ser alentados a comunicarse, transmitir sus mensajes y expresarse. Los MIL son un nexo con los derechos humanos, y están dirigidos tanto a hombres como a mujeres.

Ley 3: las informaciones, conocimientos y mensajes, no siempre son neutrales o proceden de fuentes independientes y fiables. Cualquier conceptualización, uso o aplicación de los MIL debe hacerse de una manera fiable y comprensible para todos los ciudadanos.

Ley 4: cada ciudadano quiere saber y comprender las nuevas informaciones, conocimientos y mensajes, así como poder comunicarse, incluso si no es consciente de ello o admite hacerlo. Sus derechos nunca deben verse comprometidos.

Ley 5: la alfabetización mediática e informacional no se adquiere de golpe. Es un proceso vivo y una experiencia dinámica, mucho más completa aún cuando incluye conocimientos, habilidades y aptitudes, así como el acceso, la cobertura, evaluación, asignación, uso, producción, y comunicación del contenido de los medios de comunicación.

En el mismo sentido va el Informe del Grupo de Alto Nivel de la UE. Según el Grupo, la alfabetización informativa es crucial para luchar contra la desinformación digital y, por tanto, debería incluirse explícitamente en la lista de las competencias clave de la UE para el aprendizaje permanente. El objetivo de esta inclusión es que sirva como punto de referencia para todas las futuras reformas educativas de la UE y de sus Estados miembros. Invita, asimismo, a la UE a hacer de la alfabetización mediática e informativa una prioridad, con el fin de integrarla dentro de las alfabetizaciones básicas garantizadas a todos los estudiantes de Europa, con un estatuto formal dentro de los planes de estudios nacionales (GRUPO DE ALTO NIVEL, 2018, p. 27).

VI. CONCLUSIONES

El fenómeno de las noticias falsas es ciertamente preocupante para el buen desarrollo de la democracia. Su difusión masiva a una velocidad hasta ahora nunca visto gracias a los imparables avances tecnológicos hace que la desinformación llegue en el mundo entero casi en un instante, lo que, sin duda alguna, puede poner en peligro la estabilidad política. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, más inquietantes son los importantes retrocesos en los derechos fundamentales - especialmente en la libertad de expresión - que se experimentan bajo el pretexto de luchar contra las mentiras digitales.

Cualquiera que sea las opciones elegidas por los Estados, debemos preguntarnos ¿hasta qué punto una legislación específica podría cambiar la tendencia? Nunca antes tuvimos un espacio de tal magnitud para comunicar entre nosotros, difundir ideas, compartir, etc. de manera tan sencilla y rápida. No se puede desaprovechar esta oportunidad única de instaurar un verdadero espacio digital, en el cual todas las ideas y opiniones son bienvenidas, siempre y cuando se respeta los tradicionales límites a tal derecho reconocidos por todos los sistemas democráticos. No creemos que sea el papel del legislador, y aún menos de empresas privadas, elegir lo que sería «verdadero» y lo que sería «falso». La propia educación de los ciudadanos, y sobre todo su capacidad para analizar y pensar de manera autónoma frente a tal cantidad de información y desinformación, es la que debe servir como única medida posible frente a este nuevo desafío digital.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BOTERO MARINO, Catalina (2018), «La regulación estatal de las (mal llamadas) ‘fake news’ y los estándares de protección aplicables a la libertad de expresión». Recuperado de: <http://elpulso.hn/la-regulacion-estatal-de-las-mal-llamadas-fake-news-y-los-estandares-de-proteccion-aplicables-de-la-libertad-de-expresion/>.

BOUAZZA ARIÑO, Omar (2016), «Alcance y límites de la libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Administrativo* 43, Iustel: Madrid, 19 p.

CENTRO DE ESTUDIOS GILBERTO BOSQUES (2018), «Regulación de las noticias falsas (fake news): desafíos y avances en la Unión Europea», México: Senado de la Republica, 15 p. Recuperado de: http://centrogilbertobosques.senado.gob.mx/docs/NC_RegulacionFakeNews_120218.pdf.

ESQUIVEL ALONSO, Yéssica (2016), «El discurso del odio en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos», *Cuestiones constitucionales*, volumen 35, pp. 3-44.

FLETCHER, Richard, CORNIA, Alessio, GRAVES, Lucas & KLEIS NIELSEN, Rasmus (2018), «Measuring the reach of ‘fake news’ and online disinformation in Europe», Instituto Reuters y Universidad de Oxford, 10 p.

FRAU-MEIGS, Divina (2017), «Contra la información falsa, espíritu crítico», Correo, UNESCO. Recuperado de: <https://es.unesco.org/courier/2017-julio-septiembre/informacion-falsa-espiritu-critico>.

GRUPO DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL (2018), «A multi-dimensional approach to disinformation - Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation». Recuperado de: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>.

GUESS, Andrew, NYHAN, Brendan & REIFLER Jason (2018), «Selective Exposure to Misinformation: Evidence from the consumption of fake news during the 2016 U.S. presidential campaign», Consejo Europeo de Investigación, 49 p.

MOURON, Philippe (2018), «Une future loi pour lutter contre les fake news: les difficultés d’une définition juridique», *Revue Européenne des médias et du numérique, IREC*, n.º 45, pp. 66-73. Recuperado de: <https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01725827/document>.

COMENTA ESTE ARTÍCULO

MON JO

DU MARDI AU DIMANCHE DÈS 6H



WWW.JURI-DILEYC.FR

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVAS UNIÓN EUROPEA



ÍNDICE TEMÁTICO JURISPRUDENCIA

Ayuda de Estado: Tribunal General, EDF/Comisión, 16 de enero de 2018, T-747/15; TJUE, SNCF Mobilités/Comisión, 7 de marzo de 2018, C-127/16 P

Competencia: TJUE, F. Hoffmann-La Roche y otros, 23 de enero de 2018, C-179/16; TJUE, Kühne + Nagel International y otros/Comisión, 1 de febrero de 2018, C-261/16 P, C-263/16 P, C-264/16 P, C-271/16 P

Derecho institucional: Tribunal General, De Capitani/Parlamento, 22 de marzo de 2018, T-540/15

Derechos fundamentales: TJUE, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, 27 de febrero de 2018, C-64/16; TJUE, Menci, 20 de marzo de 2018, C-524/15, C-537/16, C-596/16 y C-597/16

Espacio de libertad, seguridad y justicia: TJUE, Schrems, 25 de enero de 2018, C-498/16; TJUE, F, 25 de enero de 2018, C-473/16; TJUE, Flightright, 7 de marzo de 2018, C-274/16, C-447/16 y C-448/16

Inversión: TJUE, Achmea, 6 de marzo de 2016, C-284/16

Libertad de establecimiento: TJUE, American Express, 7 de febrero de 2018, C-304/16, C-643/16

Libre circulación de capitales: TJUE, Jahin, 18 de enero de 2018, C-45/17; TJUE, SEGRO, 6 de marzo de 2018, C-52/16, C-113/16

Libre circulación de personas: TJUE, Matzak, 21 de febrero de 2018, C-518/15

Libre prestación de servicios: Tribunal de Justicia, Sporting Odds, 28 de febrero de 2018, C-3/17

Medio ambiente y consumidores: TJUE, Comisión/Grecia, 22 de febrero de 2018, C-328/16; TJUE, Comisión/Polonia, 22 de febrero de 2018, C-336/16; Tribunal General, TestBioTech/Comisión, 14 de marzo de 2018, T-33/16

Propiedad intelectual e industrial: Tribunal General, Shoe Branding Europe/EUIPO - Adidas, 1 de marzo de 2018, T-85/16, T-629/16; Tribunal General, Cinkciarz.pl/EUIPO (€\$), 8 de marzo de 2018, T-665/16; Tribunal General, Crocs/EUIPO - Gifi Diffusion (Chaussures), 14 de marzo de 2018, T-651/16; Tribunal General, La Mafia Franchises/EUIPO - Italie (La Mafia SE SIENTA A LA MESA), 15 de marzo de 2018, T-1/17

Relaciones exteriores: TJUE, Western Sahara Campaign, 27 de febrero de 2018, C-266/16

Seguridad social de los trabajadores migrantes: TJUE, Altun y otros, 6 de febrero de 2018, C-359/16; TJUE, Blanco Marqués, 15 de marzo de 2018, C-431/16

Trabajadores: TJUE, Porras Guisado, 22 de febrero de 2018, C-103/16; TJUE, John, 28 de febrero de 2018, C-46/17

AYUDA DE ESTADO

Tribunal General, EDF/Comisión, 16 de enero de 2018, T-747/15

Resumen: El Tribunal General de la UE confirma la Decisión de la Comisión que ordena a Francia recuperar 1 370 millones de euros en el marco de una ayuda de Estado concedida a EDF.

TJUE, SNCF

Mobilités/Comisión, 7 de marzo de 2018, C-127/16 P

Resumen: Francia debe recuperar más de 642 millones de euros (más intereses) en relación con una ayuda de Estado concedida a la sociedad Sernam.

COMPETENCIA

TJUE, F. Hoffmann-La Roche y otros, 23 de enero de 2018, C- 179/16

Resumen: El acuerdo entre los grupos farmacéuticos Roche y Novartis dirigido a reducir los usos oftalmológicos del medicamento Avastin y a aumentar los del Lucentis podría constituir una restricción de la competencia «por su objeto».

Fallo: El artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de su aplicación, una autoridad nacional de defensa de la competencia puede incluir en el mercado de referencia, además de los medicamentos autorizados para el tratamiento de las patologías de que se trate, otro medicamento cuya autorización de comercialización no cubre dicho tratamiento, pero que se utiliza con ese fin y guarda, por tanto, una relación concreta de sustituibilidad con los

primeros. Para determinar si existe esa relación de sustituibilidad, dicha autoridad debe, en el supuesto de que las autoridades o los órganos jurisdiccionales competentes para ello hayan realizado un examen de la conformidad del producto en cuestión con las disposiciones aplicables que regulan su fabricación o comercialización, tener en cuenta el resultado de dicho examen, evaluando sus eventuales efectos en la estructura de la oferta y la demanda.

El artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que una práctica colusoria acordada entre las partes de un contrato de licencia relativo a la explotación de un medicamento, que, con el fin de reducir la presión de la competencia sobre el uso de dicho medicamento para el tratamiento de determinadas patologías, tiene por objeto limitar los comportamientos de terceros consistentes en promover el uso de otro medicamento para el tratamiento de esas mismas patologías, no está excluida del ámbito de aplicación de la referida disposición por el hecho de que esa práctica colusoria fuera accesoria al mencionado contrato.

El artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que constituye una restricción de la competencia «por su objeto», a los efectos de dicha disposición, una práctica colusoria entre dos empresas que comercializan dos medicamentos competidores, que tiene como objetivo, en un contexto caracterizado por la incertidumbre científica, la difusión entre la Agencia Europea de Medicamentos, los profesionales sanitarios y el público de información engañosa sobre los efectos adversos del uso de uno de esos medicamentos para el tratamiento de patologías no cubiertas por la autorización de comercialización de éste, con el fin de reducir la presión

de la competencia resultante de dicho uso sobre el uso del otro medicamento.

El artículo 101 TFUE debe interpretarse en el sentido de que una práctica colusoria de esas características no puede acogerse a la exención prevista en el apartado 3 de dicho artículo.

**TJUE, Kühne + Nagel
International y otros/Comisión,
1 de febrero de 2018, C-261/16
P, C-263/16 P, C-264/16 P, C-
271/16 P**

Resumen: El Tribunal de Justicia mantiene las multas impuestas por la Comisión a varias sociedades en el marco de un cártel en el sector de los servicios de tránsito aéreo internacional.

DERECHO INSTITUCIONAL

**Tribunal General, De
Capitani/Parlamento, 22 de
marzo de 2018, T-540/15**

Resumen: El Parlamento Europeo debe en principio permitir el acceso a los documentos relativos a los diálogos tripartitos en curso, si se formula una solicitud precisa en ese sentido. El trabajo de los diálogos tripartitos constituye una fase decisiva del procedimiento legislativo.

**DERECHOS
FUNDAMENTALES**

**TJUE, Associação Sindical dos
Juizes Portugueses, 27 de
febrero de 2018, C-64/16**

Resumen: Las reducciones salariales aplicadas a los miembros del Tribunal de Contas en Portugal no violan el principio de independencia judicial. En efecto, las medidas en cuestión,

adoptadas en el marco de la ayuda financiera de la Unión Europea a dicho Estado miembro, fueron aplicadas con carácter general y temporal a una gran parte de la función pública portuguesa.

Fallo: El artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que el principio de independencia judicial no se opone a que se apliquen a los miembros del Tribunal de Contas (Tribunal de Cuentas, Portugal) medidas generales de reducción salarial como las controvertidas en el litigio principal, vinculadas a exigencias imperativas de supresión del déficit presupuestario excesivo y a un programa de ayuda financiera de la Unión Europea.

**TJUE, Menci, 20 de marzo de
2018, C-524/15, C-537/16, C-
596/16 y C-597/16**

Resumen: El principio ne bis in idem puede limitarse con el fin de proteger los intereses financieros de la Unión y los mercados financieros de ésta. Sin embargo, dicha limitación no deberá exceder de lo estrictamente necesario para alcanzar esos objetivos. La normativa italiana en materia de manipulación del mercado podría ser contraria al Derecho de la Unión.

Fallo (C-524/15): El artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual puede incoarse un proceso penal contra una persona por impago del impuesto sobre el valor añadido devengado en los plazos legales, cuando ya se ha impuesto a esa persona por los mismos hechos una sanción administrativa irrevocable de carácter penal en el sentido del citado artículo 50, siempre que dicha normativa:

- persiga un objetivo de interés general que pueda justificar la referida acumulación de procedimientos y sanciones, esto es, la lucha contra las infracciones en materia de impuesto sobre el valor añadido, y esos procedimientos y sanciones tengan finalidades complementarias,
- contenga normas que garanticen una coordinación que limite a lo estrictamente necesario la carga adicional que esa acumulación de procedimientos supone para las personas afectadas, y
- establezca normas que permitan garantizar que la gravedad del conjunto de las sanciones impuestas se limite a lo estrictamente necesario con respecto a la gravedad de la infracción de que se trate.

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional cerciorarse, teniendo en cuenta todas las circunstancias del litigio principal, de que la carga que resulta en concreto para la persona afectada de la aplicación de la normativa nacional controvertida en el litigio principal y de la acumulación de procedimientos y sanciones que esta autoriza no sea excesiva con respecto a la gravedad de la infracción cometida.

Fallo (C-537/16): El artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite tramitar un procedimiento de sanción administrativa pecuniaria de carácter penal contra una persona en razón de actos ilícitos constitutivos de manipulación del mercado por los que ya se ha pronunciado una condena penal firme contra dicha persona, en la

medida en que esta condena pueda, habida cuenta del perjuicio ocasionado a la sociedad por la infracción cometida, ser apta para reprimir la infracción de manera efectiva, proporcionada y disuasoria.

El principio *ne bis in idem* garantizado en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confiere a los particulares un derecho directamente aplicable en un litigio como el litigio principal.

Fallo (C-596/16 y C-597/16): El artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), en relación con el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional según la cual no puede tramitarse un procedimiento de sanción administrativa pecuniaria de carácter penal tras una sentencia penal firme absolutoria en que se haya declarado que no han quedado probados los hechos supuestamente constitutivos de infracción de la normativa relativa a las operaciones con información privilegiada, sobre la base de los cuales se incoó igualmente dicho procedimiento.

ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

TJUE, Schrems, 25 de enero de 2018, C-498/16

Resumen: El Sr. Schrems puede ejercitar una acción individual contra Facebook Ireland en Austria. En cambio, como cesionario de derechos de otros consumidores, no puede acogerse

al fuero del consumidor para entablar una acción colectiva.

Fallo: El artículo 15 del Reglamento (CE) n.º44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, 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 usuario de una cuenta privada de Facebook no pierde la condición de «consumidor» en el sentido de ese artículo cuando publica libros, pronuncia conferencias, gestiona sitios web, recauda donaciones y acepta la cesión de los derechos de numerosos consumidores para ejercerlos ante los tribunales.

El artículo 16, apartado 1, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que no se aplica a la acción de un consumidor con la que pretende ejercer ante el tribunal del lugar en el que está domiciliado no sólo sus propios derechos, sino también derechos cedidos por otros consumidores domiciliados en el mismo Estado miembro, en otros Estados miembros o en terceros Estados.

**TJUE, F, 25 de enero de 2018,
C-473/16**

Resumen: Un solicitante de asilo no puede ser sometido a un examen psicológico para determinar su orientación sexual. La realización de este tipo de examen constituye una injerencia desproporcionada en la vida privada del solicitante.

Fallo: El artículo 4 de la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como

beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la autoridad responsable de examinar las solicitudes de protección internacional o los órganos jurisdiccionales competentes para conocer, en su caso, de un recurso contra una decisión de esta autoridad, ordenen un dictamen pericial para la valoración de los hechos y las circunstancias relativos a la orientación sexual alegada por el solicitante, siempre que los métodos empleados en tal dictamen respeten los derechos fundamentales garantizados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dicha autoridad y los órganos jurisdiccionales no fundamenten su decisión exclusivamente en las conclusiones del dictamen pericial y que no queden vinculados por esas conclusiones al valorar las declaraciones del solicitante sobre su orientación sexual.

El artículo 4 de la Directiva 2011/95, a la luz del artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, para valorar la credibilidad de la orientación sexual alegada por un solicitante de protección internacional, se realice y se utilice un examen psicológico, como el controvertido en el litigio principal, que tiene por objeto proporcionar una imagen de la orientación sexual de dicho solicitante, basándose en tests de personalidad proyectivos.

**TJUE, Flightright, 7 de marzo
de 2018, C-274/16, C-447/16 y
C-448/16**

Resumen: La compañía aérea que no ha realizado en un Estado miembro más

que el primer segmento de un vuelo de conexión puede ser demandada ante los órganos jurisdiccionales del destino final, situado en otro Estado miembro, a efectos de una compensación por retraso. Así ocurre cuando los distintos vuelos han sido objeto de una única reserva para todo el trayecto y el gran retraso a la llegada al destino final se debe a un incidente que ha tenido lugar en el primero de los vuelos.

Fallo: El artículo 5, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, 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 no se aplica a un demandado domiciliado en un Estado tercero, como el demandado en el litigio principal.

El artículo 5, punto 1, letra a), del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «materia contractual», con arreglo a dicha disposición, incluye la acción de compensación de los pasajeros aéreos por gran retraso de un vuelo de conexión, ejercitada, sobre la base del Reglamento (CE) n.º 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91, contra un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo que no es quien contrata con el pasajero afectado.

El artículo 5, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento n.º 44/2001 y el artículo 7, punto 1, letra b), segundo guion, 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, deben interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de un vuelo de conexión, constituye «lugar de ejecución» de dicho vuelo, con arreglo a esas disposiciones, el lugar de llegada del segundo vuelo, cuando el transporte en los dos vuelos lo realicen dos transportistas aéreos distintos y el recurso de compensación por gran retraso de ese vuelo de conexión en virtud del Reglamento n.º 261/2004 se base en un incidente que ha tenido lugar en el primero de dichos vuelos, realizado por el transportista aéreo que no es quien contrata con los pasajeros afectados.

INVERSIÓN

TJUE, Achmea, 6 de marzo de 2016, C-284/16

Resumen: La cláusula arbitral incluida en el Tratado celebrado entre los Países Bajos y Eslovaquia sobre la protección de las inversiones no es compatible con el Derecho de la Unión. Esta cláusula sustrae del mecanismo de control judicial del Derecho de la Unión los litigios que pueden versar sobre la aplicación o la interpretación de este Derecho.

Fallo: Los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones

realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro.

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

TJUE, *American Express*, 7 de febrero de 2018, C-304/16, C-643/16

Resumen: Un régimen tripartito que implica a un socio de marca combinada o a un agente está sujeto a los mismos límites que los aplicables a los regímenes cuatripartitos en materia de tasas de intercambio. No obstante, el mero hecho de que un régimen de tarjetas de pago tripartito se sirva de un socio de marca combinada no determina necesariamente su sujeción a las exigencias en materia de acceso.

Fallo (C-304/16): El artículo 1, apartado 5, del Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta, debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un acuerdo entre un socio de marca combinada o un agente, por una parte, y un régimen de tarjetas de pago tripartito, por otra, no es necesario que ese socio de marca combinada o ese agente actúe como emisor, en el sentido del artículo 2, punto 2, del citado Reglamento, para que se considere que dicho régimen emite instrumentos de pago basados en una tarjeta con marca combinada con un socio o a través de un agente y que, por lo tanto, es un régimen de tarjetas de pago cuatripartito en el sentido de la primera de las referidas disposiciones.

Fallo (C-643/16): El artículo 35, apartado 2, párrafo primero, letra b), de la Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE, debe interpretarse en el sentido de que un régimen de tarjetas de pago tripartito que haya celebrado un acuerdo para la utilización de marcas combinadas con un socio puede acogerse a la excepción prevista en dicha disposición y, por lo tanto, no está sujeto a las exigencias enunciadas en el artículo 35, apartado 1, de la referida Directiva en caso de que ese socio de marca combinada no sea un proveedor de servicios de pago y no preste servicios de pago en ese régimen en lo que concierne a los productos ofrecidos con las marcas combinadas. En cambio, un régimen de tarjetas de pago tripartito que se sirva de un agente para la prestación de servicios de pago no puede acogerse a la susodicha excepción y, por lo tanto, está sujeto a las exigencias enunciadas en el citado artículo 35, apartado 1.

LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS

TJUE, *Jahin*, 18 de enero de 2018, C-45/17

Resumen: Los rendimientos del patrimonio de los nacionales franceses que trabajan en un Estado que no sea un Estado miembro de la UE o del EEE o Suiza pueden ser sometidos a las contribuciones sociales francesas.

Fallo: Los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la legislación de un Estado miembro, como la que es

objeto del litigio principal, conforme a la cual un nacional de ese Estado miembro que resida en un tercer Estado distinto de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (EEE) o la Confederación Suiza, en el que esté afiliado a un régimen de seguridad social, está sujeto, en dicho Estado miembro, a gravámenes sobre los rendimientos del capital en concepto de cotización al régimen de seguridad social establecido por éste, mientras que un nacional de la Unión afiliado a un régimen de seguridad social de otro Estado miembro está exento de tales gravámenes en virtud del principio de unicidad de la legislación aplicable en materia de seguridad social con arreglo al artículo 11 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

TJUE, SEGRO, 6 de marzo de 2018, C-52/16, C-113/16

Resumen: El hecho de privar de su derecho de usufructo a personas que no tienen un vínculo de parentesco cercano con los propietarios de terrenos agrícolas en Hungría contraviene el Derecho de la Unión. Esta medida constituye una restricción indirectamente discriminatoria injustificada del principio de la libre circulación de capitales.

Fallo: El artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales, en virtud de la cual los derechos de usufructo anteriormente constituidos sobre terrenos agrícolas cuyos titulares no tengan la condición de parientes cercanos del propietario de tales terrenos se extinguen ex lege y, en consecuencia, se cancelan en el Registro de la Propiedad.

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

TJUE, Matzak, 21 de febrero de 2018, C-518/15

Resumen: El tiempo de guardia domiciliaria de un trabajador que debe responder a las llamadas del empresario en un plazo de tiempo breve debe considerarse «tiempo de trabajo». La obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de tiempo breve limitan considerablemente las posibilidades que tiene un trabajador de dedicarse a otras actividades.

Fallo: El artículo 17, apartado 3, letra c), inciso iii), de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no pueden establecer excepciones, con respecto a determinadas categorías de bomberos contratados por los servicios públicos de protección contra incendios, al conjunto de obligaciones derivadas de esta Directiva, incluido su artículo 2, que define, en particular, los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «período de descanso».

El artículo 15 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no permite a los Estados miembros mantener o adoptar una definición del concepto de «tiempo de trabajo» menos restrictiva que la que contiene el artículo 2 de esta Directiva.

El artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que no obliga a los Estados miembros a determinar la retribución de períodos de

guardia domiciliaria como los controvertidos en el litigio principal en función de la calificación de estos períodos como «tiempo de trabajo» y «períodos de descanso».

El artículo 2 de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de ocho minutos, plazo que restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse «tiempo de trabajo».

LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Tribunal de Justicia, *Sporting Odds*, 28 de febrero de 2018, C-3/17

Resumen: La normativa húngara en materia de adjudicación de concesiones para explotar casinos tradicionales y la relativa a la organización de juegos de casino en línea no son compatibles con el Derecho de la Unión. Estas normas impiden de manera discriminatoria a los operadores de juegos de azar establecidos en otro Estado miembro acceder al mercado húngaro de esos juegos.

Fallo: El artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a un sistema dual de organización del mercado de los juegos de azar en el cual algunas modalidades de juegos de azar están sometidas al régimen de monopolio estatal, mientras que otras están sujetas a un régimen de concesiones y de autorizaciones para la organización de juegos de azar, siempre que el órgano jurisdiccional remitente determine que la normativa que restringe la libre

prestación de servicios persigue efectivamente, de forma coherente y sistemática, los objetivos invocados por el Estado miembro de que se trata.

El artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual la concesión de una autorización para la organización de juegos de azar en línea se reserva en exclusiva a los operadores de juegos de azar que explotan, gracias a una concesión, casinos situados en territorio nacional, en la medida en que dicha norma no constituye un requisito indispensable para alcanzar los objetivos que se persiguen y en que existen medidas menos restrictivas para lograrlos.

El artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa como la controvertida en el litigio principal, que establece un régimen de concesiones y de autorizaciones para la organización de juegos de azar en línea, dado que contiene normas discriminatorias respecto a los operadores establecidos en otros Estados miembros o establece normas no discriminatorias pero que no se aplican de manera transparente o que se ponen en práctica de modo que se impide o se hace más difícil la solicitud de determinados licitadores establecidos en otros Estados miembros.

El artículo 56 TFUE y el artículo 4 TUE, apartado 3, en relación con los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que no contempla que se examine de oficio la proporcionalidad de las medidas que restringen la libre prestación de servicios, en el sentido del artículo 56

TFUE, y que hace recaer sobre las partes del procedimiento la carga de la prueba.

El artículo 56 TFUE, en relación con los artículos 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales, debe interpretarse en el sentido de que corresponde al Estado miembro que ha aplicado una normativa restrictiva aportar las pruebas para demostrar la existencia de objetivos que puedan legitimar la restricción de una libertad fundamental garantizada por el Tratado FUE y su proporcionalidad; si no lo hace, el órgano jurisdiccional nacional debe poder deducir todas las consecuencias que se deriven de esa omisión.

El artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no cabe afirmar que un Estado miembro no ha cumplido su obligación de justificar una medida restrictiva por el hecho de que no haya aportado un análisis de los efectos de tal medida ni en el momento en que esta se incorporó a la normativa nacional ni en el momento en que el órgano jurisdiccional nacional ha examinado dicha medida.

El artículo 56 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una sanción como la controvertida en el litigio principal, impuesta por haber infringido la normativa nacional que establece un régimen de concesiones y de autorizaciones para la organización de juegos de azar, en el supuesto de que tal normativa nacional resulte contraria al citado artículo.

MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

TJUE, Comisión/Grecia, 22 de febrero de 2018, C-328/16

Resumen: Por haber tardado en aplicar el Derecho de la Unión relativo al tratamiento de las aguas residuales urbanas, se condena a Grecia a una suma a tanto alzado de 5 millones de euros y a una multa coercitiva decreciente de 3,28 millones de euros por semestre de retraso. El Tribunal de Justicia ya había declarado una primera vez el incumplimiento de Grecia en una sentencia de 2004.

TJUE, Comisión/Polonia, 22 de febrero de 2018, C-336/16

Resumen: El Tribunal de Justicia declara que Polonia ha infringido el Derecho de la Unión sobre la calidad del aire ambiente. Los valores límite aplicables a las concentraciones de PM10 se han superado de manera continuada en dicho Estado miembro.

**Tribunal General,
TestBioTech/Comisión, 14 de marzo de 2018, T-33/16**

Resumen: El Tribunal General de la UE anula la decisión por la que la Comisión denegó una solicitud de revisión de la autorización para comercializar productos que contienen soja modificada genéticamente. Las consecuencias de los OMG sobre la salud humana o animal pueden estar comprendidas en el ámbito del Derecho medioambiental, de modo que las organizaciones no gubernamentales pueden invocar tales cuestiones en el marco de una solicitud de revisión basada en el Reglamento de Aarhus.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

**Tribunal General, Shoe
Branding Europe/EUIPO -**

Adidas, 1 de marzo de 2018, T-85/16, T-629/16

Resumen: Adidas puede oponerse al registro como marca de la Unión de dos bandas paralelas sobre el calzado. Las marcas solicitadas en estos asuntos pueden dar lugar al riesgo de aprovechamiento indebido de la marca anterior de Adidas que representa tres bandas paralelas sobre un zapato.

**Tribunal General,
Cinkciarz.pl/EUIPO (€\$), 8 de
marzo de 2018, T-665/16**

Resumen: El Tribunal General de la UE anula la denegación del registro como marca de la Unión de una marca figurativa que incluye los símbolos de las divisas «€» y «\$». La EUIPO no motivó suficientemente su resolución denegatoria.

**Tribunal General,
Crocs/EUIPO - Gifi Diffusion
(Chaussures), 14 de marzo de
2018, T-651/16**

Resumen: El Tribunal General confirma la anulación del registro del dibujo de la sociedad Crocs, debido a que fue hecho público con anterioridad a su registro.

**Tribunal General, La Mafia
Franchises/EUIPO - Italie (La
Mafia SE SIENTA A LA
MESA), 15 de marzo de 2018,
T-1/17**

Resumen: La marca «La Mafia se sienta a la mesa» es contraria al orden público. Italia solicita con éxito la nulidad del registro de dicha marca como marca de la Unión Europea.

RELACIONES EXTERIORES

**TJUE, Western Sahara
Campaign, 27 de febrero de
2018, C-266/16**

Resumen: El Acuerdo de Pesca celebrado entre la UE y Marruecos es válido, puesto que no es aplicable al Sáhara Occidental ni a las aguas adyacentes a éste.

Fallo: Dado que ni el Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos ni el Protocolo entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Colaboración en el sector pesquero entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos son de aplicación a las aguas adyacentes al territorio del Sáhara Occidental, el análisis de la primera cuestión prejudicial no ha revelado ningún elemento que, a la luz del artículo 3 TUE, apartado 5, pueda afectar a la validez del Reglamento (CE) n.º 764/2006 del Consejo, de 22 de mayo de 2006, relativo a la celebración de dicho Acuerdo, de la Decisión 2013/785/UE del Consejo, de 16 de diciembre de 2013, relativa a la celebración de dicho Protocolo, ni del Reglamento (UE) n.º 1270/2013 del Consejo, de 15 de noviembre de 2013, relativo al reparto de las posibilidades de pesca en virtud de dicho Protocolo.

**SEGURIDAD SOCIAL DE
LOS TRABAJADORES
MIGRANTES**

**TJUE, Altun y otros, 6 de
febrero de 2018, C-359/16**

Resumen: En caso de fraude, los tribunales nacionales pueden descartar

la aplicación del certificado de seguridad social de los trabajadores desplazados en la Unión Europea. Éste es el caso si la institución expedidora se abstiene de revisar de oficio el certificado en un plazo razonable a la luz de los elementos de fraude que se le comunican.

Fallo: El artículo 14, punto 1, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, y con las modificaciones introducidas por el Reglamento (CE) n.º 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y el artículo 11, apartado 1, letra a), del Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, deben interpretarse en el sentido de que, cuando la institución del Estado miembro al que han sido desplazados los trabajadores presenta ante la institución expedidora de los certificados E 101 una solicitud de revisión de oficio y de retirada de éstos a la luz de información obtenida en una investigación judicial que le ha permitido constatar que los mencionados certificados se han obtenido o invocado fraudulentamente y la institución expedidora no ha tenido en cuenta esa información para revisar la fundamentación de su expedición, el juez nacional puede, en un procedimiento incoado contra las personas sospechosas de haber recurrido

a trabajadores desplazados al amparo de dichos certificados, no tenerlos en cuenta si, sobre la base de esa información, y siempre que se respeten las garantías inherentes al derecho a un proceso equitativo que deben concederse a estas personas, comprueba la existencia de tal fraude.

TJUE, Blanco Marqués, 15 de marzo de 2018, C-431/16

Resumen: El complemento de pensión concedido en España a los trabajadores en situación de incapacidad permanente total es compatible con la percepción de una pensión de jubilación de otro Estado miembro o de Suiza. A pesar de que deba considerarse que estas prestaciones son de la misma naturaleza, la cláusula de suspensión prevista por la normativa española no es aplicable a dicho complemento.

Fallo: Una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual el complemento de pensión de invalidez permanente total queda suspendido durante el período en el que el beneficiario de la pensión percibe una pensión de jubilación en otro Estado miembro o en Suiza, constituye una cláusula de reducción en el sentido del artículo 12, apartado 2, del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado por el Reglamento (CE) n.º 592/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008.

El artículo 46 bis, apartado 3, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «legislación del primer Estado miembro» que figura en dicha disposición incluye la interpretación que un órgano jurisdiccional supremo ha realizado de una disposición legislativa nacional.

Debe considerarse que un complemento de pensión de incapacidad permanente total concedido a un trabajador en virtud de la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, y una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en Suiza son de la misma naturaleza, en el sentido del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008.

El artículo 46 ter, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n.º 118/97, modificado por el Reglamento n.º 592/2008, debe interpretarse en el sentido de que una norma nacional que prohíbe la acumulación, como la que se deduce del artículo 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, no es de aplicación a una prestación calculada con arreglo al artículo 46, apartado 1, letra a), inciso i), de este Reglamento si esta prestación no está incluida en el anexo IV, parte D), del mismo Reglamento.

TRABAJADORES

TJUE, Porras Guisado, 22 de febrero de 2018, C-103/16

Resumen: Las trabajadoras embarazadas pueden ser despedidas con motivo de un despido colectivo. En ese caso, el empresario debe comunicar a la trabajadora embarazada los motivos que justifican el despido y los criterios objetivos seguidos para designar a los trabajadores afectados por el despido.

Fallo: El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

El artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido.

El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado

a luz o en período de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal.

El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

TJUE, John, 28 de febrero de 2018, C-46/17

Resumen: Cabe limitar temporalmente la prolongación de un contrato de trabajo más allá de la edad de jubilación ordinaria. El trabajador no puede invocar que se trata de un recurso abusivo a contratos de duración determinada.

Fallo: El artículo 2, apartado 2, 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 no se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que supedita el aplazamiento de la fecha de cese de la actividad de los trabajadores que han alcanzado la edad legal para el reconocimiento de la pensión de jubilación al consentimiento del

empresario otorgado por una duración determinada.

La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que permite a las partes de un contrato de trabajo aplazar, de común acuerdo durante la relación laboral, sin limitación temporal ni otros requisitos, y eventualmente varias veces, la fecha estipulada de extinción del contrato -vinculada al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria-, por la única razón de que el trabajador, al alcanzar la edad de jubilación ordinaria, tiene derecho a una pensión de jubilación.

JURI-DILEYC.COM

ÍNDICE TEMÁTICO LEGISLACIÓN



Ayuda de Estado:

Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC n.o 3/17/COL, de 18 de enero de 2017, por la que se modifican, por centésima segunda vez, las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales mediante la introducción de nuevas Directrices sobre el concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 61, apartado 1, del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo [2017/2413] (DO L 342 de 21.12.2017, p. 35/84)

Consumidores:

Reglamento (UE) 2017/2394 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales responsables de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 (DO L 345 de 27.12.2017, p. 1/26)

Defensa:

Decisión (PESC) 2017/2315 del Consejo, de 11 de diciembre de 2017, por la que se establece una cooperación estructurada permanente y se fija la lista de los Estados miembros participantes (DO L 331 de 14.12.2017, p. 57/77)

Recomendación del Consejo, de 6 de marzo de 2018, relativa a un programa para la aplicación de la Cooperación Estructurada Permanente (CEP) (DO C 88 de 8.3.2018, p. 1/4)

Elecciones:

Recomendación (UE) 2018/234 de la Comisión, de 14 de febrero de 2018, con vistas a reforzar el carácter europeo y el desarrollo eficiente de las elecciones de 2019 al Parlamento Europeo (DO L 45 de 17.2.2018, p. 40/43)

Estado de Derecho:

Recomendación (UE) 2018/103 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2017, por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 y (UE) 2017/1520 (DO L 17 de 23.1.2018, p. 50/64)

Extranjeros:

Reglamento (UE) 2017/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 en lo que respecta a la utilización del Sistema de Entradas y Salidas (DO L 327 de 9.12.2017, p. 1/19)

Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno (DO L 339 de 19.12.2017, p. 83/159)

Fiscalidad:

Reglamento (UE) 2017/2454 del Consejo, de 5 de diciembre de 2017, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 904/2010 relativo a la cooperación administrativa y la lucha contra el fraude en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (DO L 348 de 29.12.2017, p. 1/6)

Directiva (UE) 2017/2455 del Consejo, de 5 de diciembre de 2017, por la que se modifican la Directiva 2006/112/CE y la Directiva 2009/132/CE en lo referente a determinadas obligaciones respecto del impuesto sobre el valor añadido para las prestaciones de servicios y las ventas a distancia de bienes (DO L 348 de 29.12.2017, p. 7/22)

Lista de la UE de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales (DO C 29 de 26.1.2018, p. 2/2)

Medio ambiente:

Directiva (UE) 2018/410 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para intensificar las reducciones de emisiones de forma eficaz en relación con los costes y facilitar las inversiones en tecnologías hipocarbónicas, así como la Decisión (UE) 2015/1814 (DO L 76 de 19.3.2018, p. 3/27)

Mercado interior:

Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE (DO L 60I de 2.3.2018, p. 1/15)

Política social:

Decisión (UE) 2018/402 de la Comisión, de 13 de marzo de 2018, por la que se crea el Grupo Asesor Europeo para la Autoridad Laboral Europea (DO L 72 de 15.3.2018, p. 20/23)

Propiedad intelectual:

Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso (DO L 48 de 21.2.2018, p. 3/11)

Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión, de 1 de marzo de 2018, sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea (DO L 63 de 6.3.2018, p. 50/61)

Vecindad:

Recomendación n.º 1/2017 del Consejo de Cooperación UE-Armenia, de 20 de noviembre de 2017, sobre las prioridades de colaboración entre la UE y Armenia [2018/315] (DO L 60 de 2.3.2018, p. 51/55)

A blue rectangular box with a white border and a subtle reflection effect below it. Inside the box, the text "JURI-DILEYC.COM" is written in white, uppercase, sans-serif font, centered horizontally and vertically.

JURI-DILEYC.COM

CLUB DE LECTURA

CHARTRE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION
EUROPÉENNE*Fabrice Picod**Sébastien Van Drooghenbroeck*

1280 p.

Bruylant

ISBN: 9782802760412

150€



Resumen: Le 1er décembre 2009, entré en vigueur le traité de Lisbonne. Par ce biais, la Charte des droits fondamentaux acquérait la valeur contraignante pleine et entière dont elle s'était vu initialement privée lors de sa proclamation par le Parlement européen, le Conseil et la Commission, le 7 décembre 2000.

En moins de vingt années, l'application de la Charte a conduit à la production d'une jurisprudence abondante et complexe, tant à l'égard des droits et libertés qu'elle consacre - songeons par exemple au principe non bis idem, à la matière de la protection des données à caractère personnel, ou encore à l'interdiction des discriminations -, qu'en lien avec les clauses transversales qui en gouvernent l'interprétation et la mise en oeuvre : délimitation de son invocabilité vis-à-vis des actes étatiques, lien avec la Convention européenne des droits de l'Homme et articulation avec la protection constitutionnelle des droits et libertés.

Une synthèse de cet acquis, et des perspectives qu'il laisse entrevoir, a paru utile, voire indispensable. Le présent ouvrage s'y emploie sous la forme d'un commentaire article par article, systématique, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, à laquelle l'article 6 du traité sur l'Union européenne confère la même valeur juridique que les traités constitutifs.

Chaque commentaire intègre les références doctrinales et jurisprudentielles les plus récentes et les plus pertinentes sur les sujets traités, et opère les renvois aux autres instruments de protection des droits de l'Homme susceptibles d'offrir un éclairage à la Charte. Issu des efforts conjugués d'une équipe franco-belge, cet ouvrage croise les regards des universitaires, des chercheurs et des praticiens, à l'image du public auquel il est destiné.

DERECHO DEL COMERCIO ELÉCTRICO

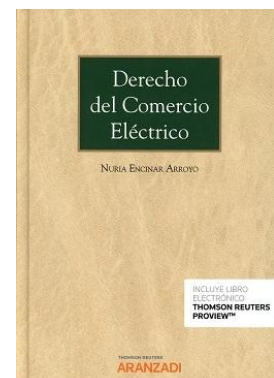
Nuria Encinar Arroyo

900 p.

Aranzadi

ISBN: 9788491774723

94,50€



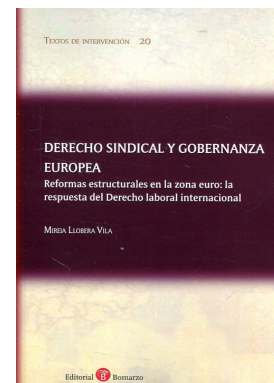
Resumen: Derecho del comercio eléctrico es una obra de Derecho positivo y práctica comercial en materia de suministro

eléctrico de la Unión Europea, de España y de Inglaterra y Gales, que analiza el grado de desarrollo de sus respectivos procesos de liberalización, respecto de las previsiones comunitarias e identifica el nivel alcanzado en el establecimiento de unos mercados minoristas en libre competencia. A su vez, se aborda, de manera rigurosa y exhaustiva, el grado de protección al consumidor eléctrico que se ha alcanzado en ambas regulaciones.

La obra analiza la Estrategia marco de la Unión de la Energía, incluido el paquete «Clean Energy for all Europeans» de 30 de noviembre de 2016 en el que los consumidores son un pilar imprescindible para lograr los objetivos y desafíos de la Unión de la Energía en la transición hacia una economía hipocarbónica. Pero para ello, la consecución de un mercado interior de la electricidad, aún en fase de construcción, se constituye en la herramienta clave para ofrecer a los consumidores una energía eficiente, sostenible, segura, limpia a un precio asequible y competitivo. Ante este nuevo marco y con los retos ya expuestos, el consumidor debe evolucionar. El consumidor no debe ser un consumidor pasivo sino un consumidor activo, capacitado, comprometido, que participe, que se implique en el desarrollo del mercado, que se beneficie del abaratamiento del precio de la luz, de las nuevas tecnologías y que bajo una visión evolutiva y sistemática debe progresar hacia el consumidor eléctrico digital.

**DERECHO SINDICAL Y GOBERNANZA EUROPEA
REFORMAS ESTRUCTURALES EN LA ZONA EURO: LA
RESPUESTA DEL DERECHO LABORAL INTERNACIONAL**
Mireia Llobera Vila

128 p.
Editorial Bomarzo
ISBN: 9788417310066
15€



Resumen: En junio de 2012 la UE desembolsó un total de 41.3 billones de euros al gobierno español para cubrir las necesidades de capital de las entidades bancarias. Para dicho 'rescate' no sólo se exigieron reformas relativas a la regulación del sector financiero. También existe una condicionalidad en el orden laboral. De hecho, las reformas de 2010-2012 -que marcan un antes y un después en el modelo de Derecho sindical en nuestro país- se originan en el contexto de un procedimiento comunitario por déficit excesivo abierto a España, durante el cual nuestro país se acoge al Programa de Ayuda Financiera. En el marco de ambos procedimientos, España debía abordar, además de otras cuestiones, la reforma de las pensiones y del sistema de relaciones laborales.

**INNOVATION AND FUTURE OF THE LEGAL PROFESSION IN EUROPE -
L'INNOVATION ET L'AVENIR DE LA PROFESSION D'AVOCAT EN EUROPE**
Michel Bénichou

192 p.
Bruylant
ISBN: 9782802758440
50€

Resumen: In October 2016, the Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE) organised a conference on « Innovation and the Future of the Legal Profession ». The conference addressed such questions as : how will the legal profession evolve or reinvent itself to be an essential part of its future ? Can the profession's core values be upheld whilst adapting to these challenges ? Who are the key players innovating and positioning the legal profession in an ever-changing environment ? How are European lawyers responding to these questions ?



This CCBE book is the resulting collection of essays by the expert speakers, elaborating their ideas and thoughts on their respective topics into compelling articles.

En octubre 2016, le Conseil des barreaux européens (CCBE) a organisé un colloque sur « L'innovation et l'avenir de la profession d'avocat ». Le colloque a abordé des questions telles que : comment la profession d'avocat évolue-t-elle ou se réinvente-t-elle pour occuper une place essentielle dans son avenir ? Est-il possible de respecter les valeurs fondamentales de la profession tout en relevant ces défis ? Quels sont les acteurs clés de l'innovation et du positionnement de la profession d'avocat dans un environnement en constante évolution ? Comment les avocats européens répondent-ils à ces questions ?

Le livre du CCBE est le fruit de la rencontre d'experts exposant leurs idées et leurs réflexions sur leur sujet respectif dans des articles constructifs.

LA PROYECCIÓN EXTERIOR DE LA UE HACIA EL MEDITERRÁNEO SUR TRAS LAS PRIMAVERAS ÁRABES

Alberto Priego Moreno
Steffen Bay Rasmussen

219 p.
Aranzadi
ISBN: 978-84-9152-509-7
26,30€



Resumen: La Unión Europea tiene en Mediterráneo una de las fronteras más complicadas. El contraste entre estos dos mundos puede provocar malos entendidos que pueden llevar a situaciones altamente conflictivas. Para ello, la UE ha adoptados ambiciosas políticas (Política de Vecindad) e innovadores proyectos (Unión para el Mediterráneo) que no siempre han tenido el éxito esperado. Las Primaveras Árabes han reconfigurado el mapa de la región alterando no solo sus relaciones sino la aproximación a la misma. En este trabajo se aborda una nueva visión que tiene por puntos más destacables la definición de la región -Mediterráneo Sur- como un Regional Security Complex y la aproximación holística de la UE a la misma. Además se hace una comparación con las relaciones que tiene la Unión Europea con otras regiones como el Flanco Este, América Latina o Asia. En definitiva se trataría de buscar opciones para redefinir la estrategia de la UE hacia una región que resulta vital no solo para nuestros intereses sino también para nuestra estabilidad.

LAS (IN)SEGURIDADES DE EUROPA: UNA PERSPECTIVA CRÍTICA

Antonio Campillo Meseguer

Carmen Guillén Lorente

Salvador Cayuela Sánchez

286 p.

Marcial Pons

ISBN: 9788491234395

25€



Resumen: El comienzo del siglo XXI ha venido marcado por la aparición o intensificación de nuevas formas de violencia –terrorismo transnacional, redes mafiosas, guerras civiles y étnicas, etc.– sumadas a las tradicionales formas de hacer la guerra, al tiempo que nuevos riesgos globales –catástrofes ecológicas, acusadas hambrunas, precarización social y laboral, crisis financieras, etc.– han reclamado un mayor protagonismo entre los males de los hombres. Los atentados terroristas en suelo europeo, la inestabilidad política en Oriente Medio, los nuevos flujos migratorios y de refugiados, el espionaje de las comunicaciones o los continuos choques entre legislaciones nacionales y transnacionales obligan a repensar de forma crítica una concepción tradicional de la seguridad completamente desbordada hoy. Se exige por ello la construcción de una visión más abierta e integral, no limitada a las clásicas cuestiones militares y policiales, sino atenta –además– a las problemáticas y dinámicas globales y sus efectos locales.

Esta es la convicción sobre la que se construye el compendio que aquí se presenta, destinado a ofrecer un marco de interpretación crítico sobre el par seguridad/inseguridad en la Europa actual. En este sentido, se abordan temáticas con frecuencia apartadas de los clásicos estudios sobre seguridad, analizadas, por lo demás, desde una perspectiva interdisciplinar atenta a las íntimas conexiones entre fenómenos aparentemente distanciados. Asumiendo pues la definición de «seguridad humana» propuesta por la ONU –en la que se conjugan aspectos militares y policiales con las dimensiones jurídica, económica, ecológica y social–, se ofrece aquí una serie de textos que conforman en sí un marco de reflexión crítica sobre la seguridad en la Europa del siglo XXI.

LOS PROCEDIMIENTOS DE CELEBRACIÓN DE ACUERDOS INTERNACIONALES POR LA UNIÓN EUROPEA TRAS EL TRATADO DE LISBOA

Manuel Cienfuegos Mateo

215 p.

Jose María Bosch Editor

ISBN: 9788494792908

25€



Resumen: La presente obra está dedicada al estudio de los procedimientos de celebración de acuerdos internacionales por la Unión Europea por el Tratado de Lisboa de 2007. Permite al lector adentrarse en el conocimiento de la

actividad convencional que la Unión lleva a cabo en el ejercicio de las amplias competencias externas que los Tratados le atribuyen. La obra considera, en el primer capítulo, la noción de acuerdo internacional de la Unión Europea como vía para distinguir esta fuente básica del Derecho de la Unión de otros instrumentos convencionales que no merecen esta calificación, a pesar de que a veces son confundidos. Y, a continuación, se centra en los diferentes procedimientos de conclusión de acuerdos internacionales por la Unión Europea, destacando los actores que intervienen y las relaciones interinstitucionales que se establecen en el iter procedimental. Se examina así, en dos capítulos sucesivos, el procedimiento general del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, primero con una perspectiva diacrónica en el capítulo segundo y después con una aproximación sincrónica en el capítulo tercero, de manera que se vea tanto la película de la evolución histórica del procedimiento general como la foto final que resulta hoy en día. Por último, en el capítulo cuarto, se analizan los procedimientos especiales que perviven para la celebración de acuerdos internacionales por la Unión en los ámbitos del comercio internacional, la unión económica y monetaria y la política exterior y de seguridad común, y se añade -para ofrecer una panorámica general más completa- una referencia al procedimiento especial aplicable, ya fuera de la Unión, a la conclusión de los acuerdos de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. La obra se cierra con unas conclusiones generales en las que se resaltan los principales logros y carencias de esta temática desde sus orígenes a la actualidad.

NUEVO REGLAMENTO EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS VERSUS BIG DATA

Faustino Gudín Rodríguez-Magariños

350 p.

Tirant lo Blanch

ISBN: 9788491900221

29,90€



Resumen: Tras la revolución telemática, la existencia del derecho a la intimidad ha sido reputado por ciertos sectores -no sin cierta razón- como un derecho vacío de contenido, una quimera o una mera entelequia.

Vivir en un mundo sin intimidad se nos asemeja a un cosmos orwelliano, donde todo se halla condicionado por una mirada ajena que nos coarta. No yace en él más la esperanza de libertad, pues todo lo que hacemos o elegimos se encuentra supervisado.

Este contexto asimétrico reclama un contrapeso que ponga límites a los grupos y poderes que parecen controlarlo todo desde la sombra.

Ya Solón, padre de las primeras leyes democráticas, advertía que leyes son semejantes a las telas de araña; detienen a lo débil y ligero pero son deshechas por lo fuerte y poderoso. No es este el caso, pocas regulaciones han sido tan aclamadas como necesarias como el nuevo Reglamento.

Con esta norma, de aplicación directa y prevalente para todos los ciudadanos de la Unión, Europa se erige en una potencia mundial un marco de referencia mundial y, a la par, se postula como quizás la sociedad democrática más avanzada. En consecuencia, conocer y saber utilizar esta importantísima normativa se nos antoja tanto un deber del jurista como una necesidad ciudadana.

No obstante, este capital instrumento normativo sólo puede ser apropiadamente comprendido y calibrado, dentro del complejo acervo normativo y jurisprudencial que le confiere su verdadero sentido.

RESPUESTAS NORMATIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA A LA AMENAZA DEL ESTADO ISLÁMICO (DAESH)

Juan Jorge Piernas López

261 p.

Comares

ISBN: 978-84-9045-651-4

23€



Resumen: El presente libro, fruto del trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación I+D+I Der 2015-64205-R titulado: «La ‘Lucha de Civilizaciones’ (El Estado Islámico): retos y consecuencias para Naciones Unidas, la Comunidad Internacional y su Derecho. ¿Una ‘Alianza de Civilizaciones’ contra el Estado Islámico?», cuyos Investigadores Principales son el profesor Cesáreo Gutiérrez Espada y la profesora María José Cervell Hortal, Catedrático y Profesora Titular respectivamente de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Murcia, analiza la reacción de la Unión Europea ante la irrupción del autodenominado Estado Islámico de Irak y el Levante (en adelante «EIL», «Daesh» o «EI») en territorio europeo con los atentados de París de noviembre de 2015 y de Bruselas de marzo de 2016.

Con este fin, la primera parte del libro examina los principales instrumentos de la política antiterrorista de la Unión Europea, y la evolución que la misma ha experimentado, desde sus comienzos intergubernamentales al margen de los Tratados, hasta la estrategia actual para combatir el terrorismo ad intra y ad extra de la Unión. Este análisis se desarrolla en el capítulo 1.

Con base en este marco, la segunda parte del libro analiza de forma detallada las principales medidas anunciadas por el Consejo y el Consejo Europeo tras la irrupción del Estado Islámico en territorio de la Unión Europea en noviembre de 2015, divididas con arreglo a los cuatro objetivos de la Estrategia de Lucha contra el Terrorismo de la Unión Europea, a saber, los objetivos de prevención, protección, persecución y respuesta. Lo anterior es posible habida cuenta de que, dos años después de los atentados de París de noviembre 2015, la mayor parte de las medidas anunciadas por el Consejo y el Consejo Europeo tras los mismos han sido adoptadas por los colegisladores de la Unión, lo que permite analizar su tramitación, y estudiar la opinión de la doctrina sobre las mismas.

De esta forma, el capítulo 2 examina la política de prevención del terrorismo de la Unión Europea aplicada al Estado Islámico, y para ello estudia las principales medidas anunciadas tras los atentados de París y Bruselas en este ámbito, en concreto las relativas a la prevención de la radicalización y la des-radicalización, y la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo.

Por su parte, el capítulo 3 analiza la política de protección frente al terrorismo de la Unión Europea aplicada al Estado Islámico, y para ello estudia las principales medidas anunciadas tras los atentados de París y Bruselas en relación con este objetivo de la

estrategia antiterrorista de la UE, en concreto la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo, y del Consejo, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR), y otras medidas legislativas relativas al control de fronteras y de armas de fuego, entre las que destacan la revisión del Código de fronteras Schengen y la modificación de la Directiva 91/477/CEE del Consejo, sobre el control de la adquisición y tenencia de armas.

Asimismo, el capítulo 4 estudia la política de persecución del terrorismo de la Unión Europea aplicada al Estado Islámico, y con este fin examina las principales medidas anunciadas tras los atentados de París y Bruselas en relación con este objetivo, en concreto, la adopción del Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol), la puesta en funcionamiento del Centro Europeo de Lucha contra el Terrorismo, y otras medidas relativas a la financiación del terrorismo.

Finalmente, el capítulo 5 analiza la política de respuesta ante el terrorismo de la Unión Europea aplicada al Estado Islámico, que ha estado protagonizada por la invocación, por parte de la República Francesa, de la cláusula de defensa mutua incluida en el artículo 42, apartado 7, del Tratado de la Unión Europea.

Por último, en la tercera parte del libro se presentan las principales conclusiones del estudio llevado a cabo, en las que se señalan las características más destacadas de la reacción de la Unión Europea ante la irrupción del Estado Islámico en su territorio. Esperamos poder contribuir con estas páginas a que sea conocida y entienda mejor la manera en que la Unión Europea puede contribuir a la lucha contra el terrorismo, y la forma en que lo está haciendo para combatir al autodenominado Estado Islámico.

THEORY AND PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Pieter van Dijk

Fried van Hoof

Arjen van Rijn

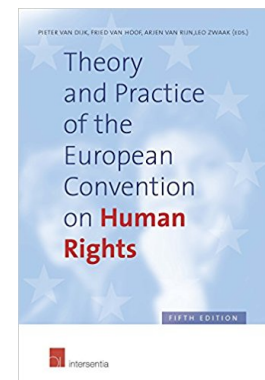
Leo Zwaak

1230 p.

Intersentia

ISBN: 9781780684932

175€



Resumen: Since the first edition of Theory and Practice of the European Convention on Human Rights forty years ago, this book has become the leading reference in the field of human rights in Europe. It provides a systematic and comprehensive overview of the functioning of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its application by the European Court of Human Rights.

With Protocol No. 14 entering into force on 1 June 2010, the protection of human rights in Europe and the case law of the Court have seen a dynamic development during the last decade. A completely new edition of Theory and Practice of the European Convention on Human Rights was thus very much needed.

This fifth edition is again an accessible, easy-to-use, complete and up-to-date reference book, which provides an essential source of information for the practitioners, theorists and students in the field of human rights.

With contributions by Yutaka Arai, Sjoerd Bakker, Tom Barkhuysen, Hemme Battjes, Maya Beeler-Sigron, Edwin Bleichrodt, Hansko Broeksteeg, Antoine Buyse, Karin de Vries, Masha Fedorova, Cees Flinterman, Janneke Gerards, Yves Haeck, Clara Burbano Herrera, Oswald Jansen, Laurens Lavrysen, Koen Lemmens, Joachim Meese, Stefan Sottiaux, Frederik Swennen, Bas van Bockel, Michiel van Emmerik, Arjen van Rijn, Marjolein van Roosmalen, Ben Vermeulen, Cornelis Wouters and Leo Zwaak.

**PARTICIPA EN EL CLUB DE LECTURA:
JURI-DILEYC.COM**

PUBLICAR CON JURI-DILEYC

JURI-DILEYC AGRADECE LA REMISIÓN DE MANUSCRITOS PARA SU PUBLICACIÓN. DEBEN EN TODO CASO CORRESPONDER A NUESTROS ÁMBITOS DE PUBLICACIÓN (DERECHO, ECONOMÍA, POLÍTICA, CUESTIONES CONTEMPORÁNEAS).

ACEPTAMOS MANUSCRITOS EN ESPAÑOL, FRANCÉS E INGLÉS.

**SU MANUSCRITO DEBE SER ENVIADO A:
INFO@JURI-DILEYC.COM (OBJETO: MANUSCRITO)**

SU TRABAJO SERÁ EVALUADO POR UN COMITÉ EDITORIAL.

LE CONTESTAREMOS POR CORREO ELECTRÓNICO EN UN PLAZO DE 3-4 SEMANAS, UNA VEZ RECIBIDO SU MANUSCRITO.

**PUBLICACIONES ESPECIALES
(SEMINARIOS, COLOQUIOS, JORNADAS, ETC.)**

JURI-DILEYC APOYA FIRMEMENTE LOS ENCUENTROS UNIVERSITARIOS DE INVESTIGADORES (SEMINARIOS, COLOQUIOS, JORNADAS, ETC.) Y SU DIFUSIÓN GLOBAL PARA FOMENTAR EL DIÁLOGO E INTERCAMBIO.

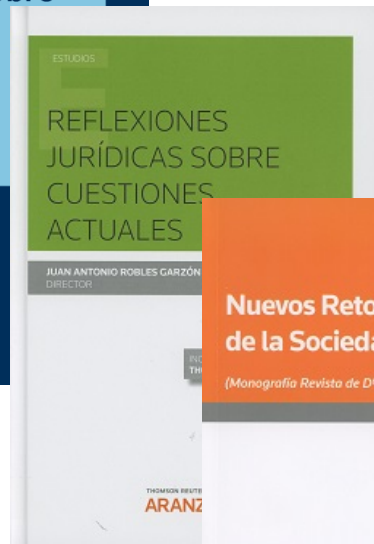
**PUEDEN ENVIARNOS SU PROYECTO DE PUBLICACIÓN A:
INFO@JURI-DILEYC.COM (OBJETO: INVESTIGACIÓN)**

CADA PROYECTO SERÁ EVALUADO POR UN COMITÉ EDITORIAL.

LE CONTESTAREMOS POR CORREO ELECTRÓNICO EN UN PLAZO DE 3-4 SEMANAS.



VISITA NUESTRAS LIBRERÍAS JURÍDICAS
LIBRERIA.JURI-DILEYC.COM (ES)
LIBRAIRIE.JURI-DILEYC.COM (FR)



Trimestral - n.º 3, Agosto de 2017
DERECHO Y ECONOMÍA DE LA Integración



DIRECCIÓN
 CARLOS F. MOLINA DEL POZO

Muslim Migrations in Europe
 (M. GRADOLI)

Derecho Social Comunitario
 (J.E. LÓPEZ AHUMADA)

Brexit y Fiscalidad
 (D. CARBAJO VASCO)

Derecho de la Competencia
 (B. HERNÁNDEZ BATALLER)

Despido / Influencia de los pronunciamientos del TJUE
 (R.K. APARICIO ALDANA)

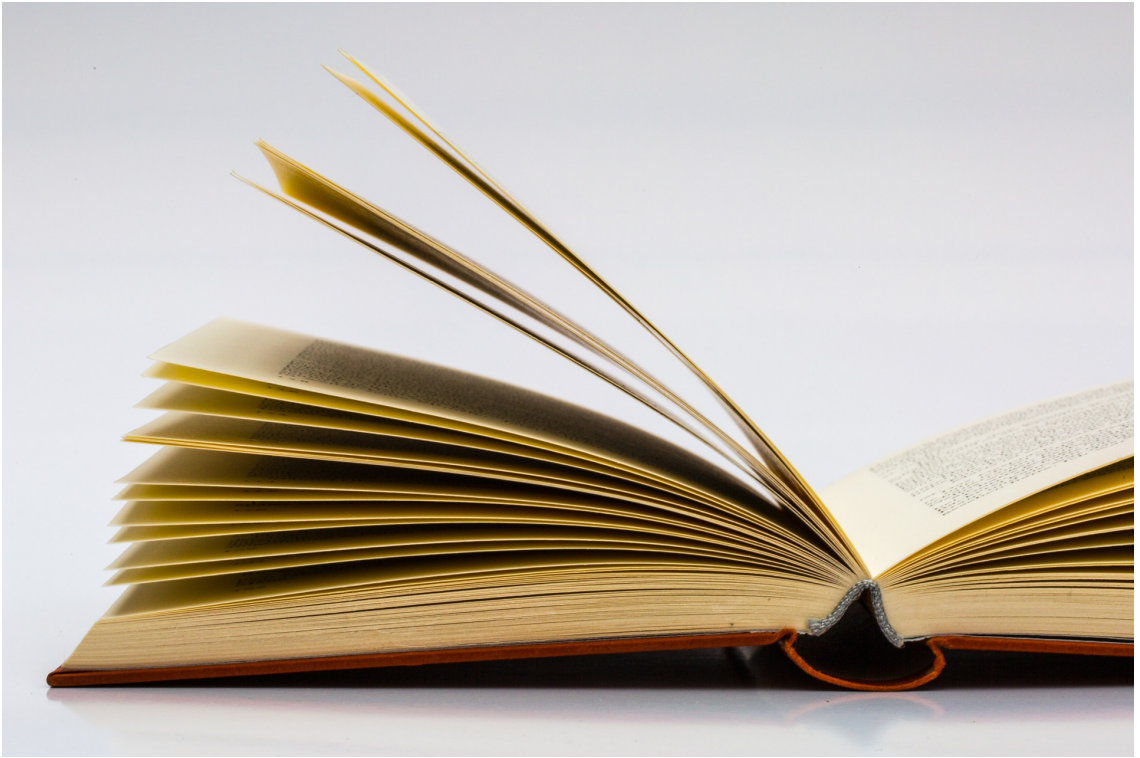
DOSSIER ESPECIAL MIGRACIONES
 (M.T. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ)

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

Y TODOS LOS NÚMEROS DE LA REVISTA DERECHO Y ECONOMÍA DE LA INTEGRACIÓN
 15 € (SIN IVA) / N.º



LIBRERIA.JURI-DILEYC.COM



JURI-DILEYC

