

ELENA CRESPO NAVARRO
ANDRÉS GONZÁLEZ SERRANO
(DIRS.)

LAURA ARAGONÉS MOLINA
(COORD.)

LOS DERECHOS HUMANOS COMO ELEMENTOS DE INTERACCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
EN ESTUDIOS LATINOAMERICANOS, UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2024

INDICE

	<i>Pág.</i>
ABREVIATURAS	11
PRESENTACIÓN, <i>Elena Crespo Navarro</i>	13
THE GUARANTEE OF THE HUMAN RIGHTS OF MIGRANTS IN THE EUROPEAN UNION: HOW TO ENSURE A FAIR AND EQUAL RECEPTION FOR MIGRANTS OF DIFFERENT NATIONALITIES BASED ON THE PERFORMANCE OF THE COUNCIL OF EUROPE?, <i>Adriana Isabelle Barbosa Sá Leitão Di Pasquale</i>	17
1. Introduction	18
2. The role of the Council of Europe in the welcoming of migrants: human rights in focus.....	19
3. Migratory movements to Europe: what has changed from 2014/15 to 2022?	22
4. Ensuring a fair and equal reception: is it possible to overcome prejudices?...	25
5. Final considerations.....	27
(UN)ACCOMPANIED MINORS AND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD. WHAT FINDINGS FROM JUDICIAL CROSS-FERTILIZATION IN EUROPEAN AREA?, <i>Emanuele Vannata</i>	29
1. Introduction	30
2. The principle of the «best interests of the child»: a normative lighthouse guarding minors	33
3. A judicial cross-fertilization to ensure the (migrant) child's best interests in the ECtHR and CJEU case-law	36
4. Some concluding remarks	43
LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, <i>Adela Rodríguez Mañogil</i>	45
1. Introducción.....	46
2. No discriminación por razón de identidad de género y orientación sexual en el ámbito laboral	54
2.1. La prohibición de la discriminación basada en la identidad de género ...	54

	<i>Pág.</i>
2.2. La prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual.....	59
3. No discriminación por razón de orientación sexual en el ámbito de la sanidad pública.....	67
4. No discriminación por razón de orientación sexual en el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia de la ciudadanía de la unión.....	69
5. No discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género en el marco de la protección internacional.....	74
6. Conclusiones	81
 DIGITALIZATION PROCESS OF JUDICIAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS: WHAT EFFECTS FOR RULE OF LAW AND HUMAN RIGHTS?, <i>Stefano Busillo</i>	 85
1. Introduction: judicial cooperation, digital evidence and the peculiar involvement of human rights	87
2. The legal framework on digital cooperation in criminal matters	89
2.1. (Some among the) Consolidated Instruments	89
2.2. Current Main Legal Initiatives from the European Union and the Council of Europe	91
3. Rule of law and fundamental human rights involved	94
3.1. Positive Effects	94
3.2. Limiting the Negative Effects: Independence, Necessity and Proportionality as Safeguard Principles.....	95
3.3. Jurisprudential Protection of Rights: Clarifications and Achievements Stemming from the European Caselaw	96
4. ...Yet with some unsolved doubts?	101
4.1. The Privatization of Justice as a Threat to Fundamental Rights in the EPP Proposal	101
4.2. The Second Protocol to the Convention on Cyber Crime: A Loose and (Already) Depleted Tool?.....	104
5. Conclusions and potential solutions	108
 ¿QUÉ CONSECUENCIAS SE DERIVAN DE LA EXPULSIÓN DE RUSIA DEL CONSEJO DE EUROPA?, <i>Alessandra Nasoni</i>	 111
1. Introducción	112
2. Las difíciles relaciones de Rusia con el Consejo de Europa: algunos datos....	115
3. La expulsión de Rusia del Consejo de Europa.....	117
3.1. Cronología de los hechos	117
3.2. Peculiaridad de la expulsión de Rusia del Consejo de Europa	121
3.3. Legitimidad jurídica de la expulsión inmediata de Rusia del Consejo de Europa	121
4. Las consecuencias de la expulsión de Rusia del Consejo de Europa	123
4.1. Consecuencias sobre la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos	124
4.2. Consecuencias sobre la composición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	126
5. Consideraciones finales	128

THE ACTUAL ABILITY OF INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT (ISDS) MECHANISMS INCLUDED IN EU INTERNATIONAL AGREEMENTS TO SUFFICIENTLY SAFEGUARD HUMAN RIGHTS: THE SPECIFIC CASE OF PRIVACY AND DATA PROTECTION, <i>Gabriele Rugani</i>	131
1. Introduction: to what extent can investment tribunals, established by NGFTAs or IPAs, take into consideration human rights in their decisions?	132
2. The fundamental rights to privacy and personal data protection, to safeguard which eu authorities could suspend personal data flows to non-EU countries	135
3. The damages caused to foreign investors by the suspension of data flows, and the possibility for such investors to initiate an ISDS procedure against the eu under NGFTAs or IPAs	137
4. The data protection provisions in ngftas: could they justify the suspension of data flows and save the EU from a negative judgment in the framework of ISDs procedures?	139
4.1. The applicability of data protection provisions by Investment Tribunals established by NGFTAs or IPAs	141
4.2. The criticisms that could influence the interpretation of data protection provisions: the meaning of «adequate safeguard».....	142
4.3. The criticisms that could influence the interpretation of data protection provisions: the aim and the composition of Investment Tribunals	145
5. Conclusions and suggestions	144
LA CONSULTA PREVIA. PIEDRA ANGULAR PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE COMUNIDADES INDÍGENAS Y GRUPOS TRIBALES A LA LUZ DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, <i>Juliana Carolina Rodríguez Patarroyo</i>	147
1. Introducción	148
2. Marco legal de la consulta previa	149
2.1. Regulación internacional de la consulta previa y el debate sobre el derecho de veto	149
2.2. La consulta previa y el derecho interno de los Estados parte.....	152
2.3. El derecho a la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y grupos tribales	153
3. Características de la consulta previa en contextos de explotación a los recursos naturales en tierras colectivas.....	154
3.1. La buena fe de la consulta previa	154
3.2. La consulta debe ser previa e informada	155
3.3. La consulta debe ser adecuada.....	156
4. La interdependencia entre consulta previa y otros derechos humanos	157
4.1. Consulta previa y el derecho a la propiedad colectiva	157
4.2. La autodeterminación y la consulta previa	158
4.3. La consulta previa y el derecho a la identidad cultural	159
5. La consulta previa y las tensiones jurídicas entre proyectos inversión y derechos colectivos de las comunidades indígenas y grupos tribales.....	159
5.1. Proyectos de inversión y derechos humanos.....	159
5.2. Conflicto de intereses entre inversionistas y comunidades indígenas	160

	<u>Pág.</u>
5.3. El test de ponderación como herramienta jurídica para solucionar colisiones entre derechos	162
6. Conclusión	164

PRESENTACIÓN

Elena CRESPO NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universidad Miguel Hernández de Elche

Titular de la Cátedra *Jean Monnet* UMH

Reforzar los valores de la Unión Europea.

El papel de la ciudadanía activa.

Entre los objetivos de la Cátedra *Jean Monnet* de la Universidad Miguel Hernández de Elche (UMH) *Reforzar los valores de la Unión Europea: el papel de la ciudadanía activa* (Ref. 611526-EPP-1-2019-ES-EPP-JMO-CHAIR) ocupó un lugar destacado el refuerzo del diálogo y la cooperación entre especialistas universitarios, profesionales y otros miembros de la sociedad interesados en la promoción y protección de los derechos humanos. Recordemos que, como reconoce expresamente el art. 2 del Tratado de la Unión Europea, dicha organización internacional se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Valores que se consideran comunes a los Estados miembros (todos ellos miembros también del Consejo de Europa) en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. De modo que la propia Unión y, en consecuencia, toda su acción *ad intra* y *ad extra* deben basarse en tales valores. Valores que comparten también el Consejo de Europa y la Organización de Estados Americanos.

Para el cumplimiento de ese objetivo creamos un grupo de reflexión interuniversitario sobre el futuro de la Unión Europea y sus valores, compuesto por profesores universitarios, profesionales y expertos en la práctica forense, europeos y latinoamericanos. La activación de ese grupo de reflexión nos permitió estrechar lazos de colaboración ya existentes, pero también crear nuevos. Así, en el marco de las actividades desarrolladas por dicho grupo, la Cátedra *Jean Monnet* UMH(2019) se integró, participando activamente desde el comienzo, en la *Red Iberoamericana sobre docencia e investigación en derechos humanos*.

La citada red, que está resultando ser una excelente herramienta de interacción para la docencia y la investigación en materia de protección de los derechos humanos, tiene su origen en la Competición en Litigación internacional (*ComLit*). La *ComLit* es una actividad de innovación docente e internacionalización que organizan conjuntamente la Universidad de Alcalá (España) y la Universidad Militar de Nueva Granada (Colombia) desde hace ya varios años, en la que la Cátedra *Jean Monnet* UMH ha venido colaborando regularmente. Su finalidad principal es perfeccionar la formación jurídica de futuros abogados litigantes ante tribunales internacionales de derechos humanos, potenciando el estudio de los mecanismos internacionales de protección desde una perspectiva eminentemente práctica, a través de la simulación. Complementariamente, se persigue también generar sinergias entre las instituciones y particulares participantes y, en esa línea, la *ComLit* auspició la creación de la red iberoamericana de abogados y juristas expertos en la litigación internacional.

Tras cuatro ediciones de la *ComLit* y con la *Red Iberoamericana sobre docencia e investigación en derechos humanos* ya en funcionamiento, se diseñó una actividad adicional con el fin, no solo de seguir fortaleciendo los vínculos entre sus miembros, sino también de fomentar el debate y el intercambio de ideas y puntos de vista sobre temas de actualidad e interés relacionados con la protección de los derechos humanos. Se inició así el *Congreso Internacional sobre Litigación en Derecho Internacional Público*, cuya primera sesión, celebrada del 15 a 18 de junio de 2021, tuvo como resultado la publicación de la obra colectiva Pascual Vives, F. y González Serrano, A. (dirs.) y Rodríguez Patarroyo, J. (coord.) *Litigación internacional y protección de los derechos humanos*, La Ley 2022.

El libro que ahora presentamos es el fruto de la segunda sesión del *Congreso Internacional sobre Litigación en Derecho Internacional Público*, que con el título «Congreso Internacional de jóvenes investigadores: Los derechos humanos como instrumento de interacción en el Derecho Internacional Público», tuvo lugar en Bogotá (Colombia) los días 11 y 12 de julio de 2022 en modalidad virtual sincrónica, debido a las dificultades generadas por la pandemia de COVID-19 para llevar a cabo un encuentro de forma íntegramente presencial.

Los principales protagonistas de esa segunda edición del Congreso fueron jóvenes investigadores, pues el encuentro se planteó como un foro de diálogo, debate e intercambio científico centrado en la protección de los derechos humanos que ofreció a doctorandos y jóvenes investigadores postdoctorales una extraordinaria oportunidad de presentar sus trabajos ante un público especializado y reflexionar conjuntamente en torno a varios ejes temáticos. Se abordaron temas como el diálogo sustantivo y procesal entre los tribunales regionales de derechos humanos; la protección de los derechos humanos en Europa; y la protección de las inversiones internacionales: empresas transnacionales y derechos humanos.

Esta obra colectiva, que recoge los resultados de dicho Congreso, se encuadra en las actividades de la Cátedra *Jean Monnet* UMH(2019) sobre los valores de la Unión Europea. Ello justifica que en este libro se conceda un lugar fundamental (seis de sus siete capítulos) a la protección de los derechos humanos en Europa.

La obra comienza analizando un tema de enorme transcendencia que, lamentablemente, no acaba de resolverse de manera efectiva, como es el de la compatibilidad de la política de inmigración de la Unión Europea con el respeto de los citados valores, particularmente, con la protección de los derechos humanos. A ello se dedican los dos primeros capítulos, que plantean el diálogo e interacción entre mecanismos de protección. En el primer capítulo, Adriana Isabelle Barbosa Sá Leitão Di Pasquale (doctoranda de la Universidad de Pisa), reflexiona sobre el modo de garantizar en la Unión Europea una recepción justa e igualitaria para los migrantes, al margen de su nacionalidad, a partir de los patrones fijados por el Consejo de Europa. Y, en el capítulo segundo, Emanuele Vannata (doctorando en Ciencia Jurídica-Derecho internacional, europeo y comparado de la Universidad de Salerno), aborda la cuestión de la protección de los menores no acompañados desde la exigencia de garantizar en todo momento el interés superior del niño.

A continuación, Adela Rodríguez Mañogil (profesora ayudante de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Miguel Hernández de Elche) revisa, en el capítulo tercero, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de prohibición de la discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. Asunto, asimismo de actualidad, respecto del que, progresivamente, va aumentando la atención que dedican, no solo el Tribunal de la Unión, sino igualmente los tribunales de derechos humanos.

También doctorando de la Universidad de Salerno, Stefano Busillo analiza en el capítulo cuarto el proceso de digitalización de la cooperación judicial de la Unión Europea en materia penal y sus implicaciones para el Estado de derecho y los derechos humanos.

Seguidamente, Alessandra Nasoni (doctoranda del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Miguel Hernández de Elche) examina, en el quinto capítulo, las consecuencias en materia de protección de los derechos humanos de la expulsión de Rusia del Consejo de Europa a raíz de la agresión a Ucrania el 24 de febrero de 2022.

Gabriele Rugani (investigador post doctoral en Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea de la Universidad de Pisa), estudia en el capítulo sexto la capacidad real de los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado incluidos en los tratados internacionales de la UE para salvaguardar la privacidad y la protección de datos.

Cierra esta obra colectiva el trabajo de Juliana Carolina Rodríguez Patarroyo (investigadora en formación del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos IELAT-UAH) que se sitúa en el ámbito americano para tratar la cuestión de la relevancia de la consulta previa para el ejercicio de los derechos colectivos de comunidades indígenas y grupos tribales, tema que plantea a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los siete capítulos en los que se estructura este libro fueron seleccionados, de entre los trabajos presentados al citado *Congreso Internacional sobre Litigación en Derecho Internacional Público*, por el Comité Científico, compuesto

por profesorado de las Universidades integrantes del grupo de reflexión y de la Red Iberoamericana. Concretamente, el Prof. Dr. Dr. Carlos Jiménez Piernas (Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Alcalá); el Prof. Dr. Alejandro del Valle Gálvez (Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Cádiz); el Prof. Dr. Leonardo Pasquali (Titular de Derecho de la Unión Europea de la Universidad de Pisa), la Profa. Dra. Teresa Russo (Titular de Derecho de la Unión Europea de la Universidad de Salerno), todos ellos catedráticos *Jean Monnet* de la Comisión Europea, y yo misma.

Con el fin de garantizar el rigor y calidad científica de la obra, tanto la valoración de los trabajos presentados al Congreso, como la posterior selección de aquellos que serían objeto de publicación, estuvo guiada por los criterios específicos aprobados por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI) en su Resolución de 21 de noviembre de 2022, por la que se publican los criterios específicos aprobados para cada uno de los campos de evaluación (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 305, de 21 de diciembre de 2022, pp. 178958-178984), para el Campo núm. 9 «Derecho y jurisprudencia».

Termino esta breve presentación agradeciendo la colaboración del Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos (IELAT) que participa directamente en la edición de esta obra (en particular, a la investigadora del Instituto, Profa. Laura Aragonés Molina, coordinadora del libro) y a las universidades que apoyaron la celebración del segundo *Congreso Internacional sobre Litigación en Derecho Internacional Público*, la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina), la Universidad Rafael Landívar (Guatemala) y, muy especialmente, la Universidad Militar de Nueva Granada (Colombia) y al Prof. Andrés González Serrano, Decano de la Facultad de Derecho de dicha Universidad y codirector del libro. Ha colaborado, además, activamente en la edición, la Profa. Rocío María Pozo Tomás (doctoranda de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Miguel Hernández) a quien quiero manifestar mi gratitud por su excelente disposición y generosa dedicación.

En Elche, a 20 de octubre de 2024.

THE GUARANTEE OF THE HUMAN RIGHTS OF MIGRANTS IN THE EUROPEAN UNION: HOW TO ENSURE A FAIR AND EQUAL RECEPTION FOR MIGRANTS OF DIFFERENT NATIONALITIES BASED ON THE PERFORMANCE OF THE COUNCIL OF EUROPE?

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES
EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿CÓMO ASEGURAR UNA ACOGIDA JUSTA E
IGUALITARIA PARA LOS MIGRANTES DE DIFERENTES NACIONALIDADES A
PARTIR DE LAS ACTUACIONES DEL CONSEJO DE EUROPA?

Adriana Isabelle BARBOSA SÁ LEITÃO DI PASQUALE

PhD Student at the University of Pisa

ABSTRACT: Migration is a global phenomenon of interest to practically all regions of the world and Europe is still the main destination of international migrants. These groups, when arriving to the continent, are very likely to be subjected to discrimination and prejudices. The current «refugee crisis», however, has emphasized the contrast between the welcoming of Ukrainians and of persons coming from Syria and other Middle Eastern countries. This theoretical, bibliographical, descriptive, exploratory, and qualitative research, by shedding light on discrepancies of treatment based on the origins of the migrants, presents the Council of Europe as an organisation able to guide the EU in order to ensure the reception of migrants in accordance with its own values and the human rights.

RESUMEN: *La migración es un fenómeno global de interés para prácticamente todas las regiones del mundo y Europa sigue siendo el principal destino de los migrantes internacionales. Estos grupos, al llegar al continente, pueden ser objeto de discriminación y prejuicios. La actual «crisis de refugiados», sin embargo, ha enfatizado el contraste entre la acogida de los ucranianos y de las personas que vienen de Siria y otros países del Medio Oriente. Este estudio teórico, bibliográfico,*

descriptivo, exploratorio y cualitativo, al lanzar luz sobre las discrepancias de trato en función del origen de los migrantes, presenta al Consejo de Europa como una organización capaz de orientar a la UE con el fin de garantizar la acogida de los migrantes de conformidad a sus propios valores y a los derechos humanos.

KEYWORDS: Migration, Europe, refugee crisis, Council of Europe, human rights, European values.

PALABRAS CLAVE: *Migración, Europa, crisis de refugiados, Consejo de Europa, derechos humanos, valores europeos.*

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The role of the Council of Europe in the welcoming of migrants: human rights in focus. 3. Migratory movements to Europe: what has changed from 2014/15 to 2022? 4. Ensuring a fair and equal reception: is it possible to overcome prejudices? 5. Final Considerations.

1. INTRODUCTION

When reflecting on the protection of human rights in Europe, one of the biggest challenges that arise is the guarantee of these fundamental rights for migrants arriving in the European Union (EU), once these groups are often seen with a «less human» status, lacking the basics for their survival and dignity.

The World Migration Report of 2022 portrays that Europe emerges as the main destination of international migrants, with 87 million migrants¹ and, since the beginning of the invasion² in Ukraine, more than 7.6 million Ukrainian refugees were recorded across Europe³.

Before receiving these refugees, tens of thousands of other migrants tried to reach Europe from Northern Africa, and many migrants continue to use the services of smugglers to embark for Europe. A large number of them are subjected to abuse during these displacements, and some fall into human trafficking networks. Even so, many, upon arriving in Europe, are expelled, as it was seen in the way in which European countries dealt with the last great refugee crisis, between 2014 and 2015⁴.

At this point, it is worth clarifying some concepts used throughout this study. The term «migration» is used in the sense of the process of moving from one place to another⁵; a «migrant» is a person who chooses to move, not because of a direct threat to life or freedom, but to find work, education, or other personal reasons; a «refugee», instead, is a person that has left his or her country of origin

¹ M. McAULIFFE and A. TRIANDAFYLLOU, *World Migration Report 2022*, International Organization for Migration (IOM), Geneva, 2021.

² The EU Council Decision of 4 March 2022 uses the concept of «invasion» to refer to the presence of Russian military armed forces in Ukraine. In: Council Implementing Decision (EU) 2022/382, The Council of the European Union, 4 March 2022.

³ United Nations High Commissioner for Refugees, *Operational Data Portal - Ukraine refugee situation*, 2022, Available at: <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>.

⁴ S. SCHMAHL and M. BREUER, *The Council of Europe its Laws and Policies*, Oxford University Press, 1st ed., New York, 2017, p.794.

⁵ McAULIFFE and TRIANDAFYLLOU, *World Migration...*, op. cit.