

El intercambio de datos personales entre la Unión Europea y América Latina

Roberto Cippitani

Sistema interamericano: las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios

Calogero Pizzolo

El Derecho Parlamentario del Mercosur

Mariana Rodríguez Saumell de Koch

Derechos de los refugiados en la República Argentina

Federico Irusta

Las inmunidades parlamentarias

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Oriol Junqueras Vies"

Natalí Mariana Pavioni

Libre circulación de personas y reagrupación familiar

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Chenchooliah"

Nadine Abadi, Martín Canepa, Ricardo Fernández y Melina Fickinger

Protección de datos, libertad de expresión y derecho al olvido

A propósito de los asuntos C-136/17, C-507/17, y C-673/17 tratados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Mariano Liszczyński y María del Pilar García Martínez

Concepto de familia e Interés Superior del Niño

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Bajratari"

Agustín Fabbriatore, Andrea Sisaro y Florencia L. Causada Calo

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

RI&HR

Jean Monnet
Centre of Excellence
"Regional Integration
and Human Rights"

Jean Monnet
Centro de Excelencia
"Integración Regional
y Derechos Humanos"

IR&DH



Año VIII – Nr. 1 – 2020



Cofinanciado por el programa Erasmus+ de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año VIII – N° 1 – 2020

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

DIRECTOR

Calogero Pizzolo
Catedrático Jean Monnet - UBA

CONSEJO ACADEMICO

Paola Acosta (Colombia)
José María Serna (México)
Javier Palummo (Uruguay)
Carlos Francisco Molina del Pozo (España)
Marcello Di Filippo (Italia)
Roberto Cippitani (Italia)
Javier García Roca (España)
Laurence Burgorgue Larsen (Francia)
Laura Montanari (Italia)
Pablo Podadera Rivera (España)
Alfredo Soto (Argentina)
Sandra Negro (Argentina)
Walter Carnota (Argentina)

CONSEJO EDITORIAL

Andrea Mensa González
Agustin Fabbricatore
Sofía Tonelli
Jeremías Brusau
Rocío Buosi

Índice

Editorial /

Palabras del Director 6

Doctrina /

El intercambio de datos personales entre la Unión Europea y América Latina 8-37

Roberto Cippitani

Sistema interamericano: las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios

Calogero Pizzolo 38-78

El Derecho Parlamentario del Mercosur

Mariana Rodríguez Saumell de Koch 79-109

Derechos de los refugiados en la República Argentina

Federico Irusta 110-127

Comentarios a Jurisprudencia/

Las inmunidades parlamentarias

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Oriol Junqueras Vies”

Natalí Mariana Pavioni 129-149

Libre circulación de personas y reagrupación familiar

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Chenchooliah”

Nadine Abadi, Martín Canepa, Ricardo Fernández y Melina Fickinger 150-160

Concepto de familia e Interés Superior del Niño

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Bajratari”

Agustín Fabbricatore, Andrea Sisaro y Florencia L. Causada Calo 161-176

Protección de datos, libertad de expresión y derecho al olvido

A propósito de los asuntos C-136/17, C-507/17, y C-673/17 tratados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Mariano Liszczyński y María del Pilar García Martínez 177-196

Editorial /

Pandemia e integración

La edición de este nuevo número de la Revista IR&DH sumó como desafío inédito hacer frente a la pandemia Covid-19. Nuestras actividades, al igual que la de millones de personas en todo el mundo, se vio alterada e influenciada por una “nueva normalidad”. Por ello, deseamos que nuestras primeras palabras en esta ocasión sean para acompañar desde el afecto a todos aquellos que ya no están entre nosotros pero que permanecen presentes en el recuerdo. También agradecer a todo nuestro equipo de colaboradores, como al personal de nuestra querida Facultad que nos han permitido cumplir, dentro de las limitaciones impuestas por la emergencia sanitaria, con el desarrollo de actividades académicas previstas y pensadas para la “antigua normalidad”.

En el presente número incluimos un estudio sobre un punto de convergencia clave entre la integración regional y la tutela efectiva de los derechos humanos: la protección de los datos personales. Otro punto de convergencia no menor es el estudio de las garantías mínimas en los procedimientos migratorios. En esta ocasión, analizados desde el Sistema Interamericano. Luego se aborda un tema específico como el desarrollo de un derecho parlamentario en el Mercosur; para pasar luego a algunas reflexiones sobre el derecho migratorio en nuestro país. Finalmente, acompañamos algunos comentarios a sentencias relevantes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el período agosto-diciembre 2019.

Prof. Dr. Calogero Pizzolo
Coordinador Académico
Centro de Excelencia Jean Monnet IR & DH
Universidad de Buenos Aires

Doctrina /

El intercambio de datos personales entre la Unión Europea y América Latina

§

Roberto Cippitani¹

Resumen: En este artículo se presentan los aspectos jurídicos de la transferencia de datos entre la Unión Europea y los países de América latina, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea. Con ese fin, el autor desarrolla los conceptos principales en materia de protección de datos personales, detallando su evolución, las principales normas que regulan la cuestión y la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Luego, explora las posibilidades que genera la interacción entre la Unión y algunos países latinoamericanos. Para ello, presenta algunas normas nacionales e internacionales que tienden a la protección de los datos personales, con énfasis en el sistema interamericano de derechos humanos.

Palabras clave: *datos personales – integración y derechos humanos – intimidad*

Abstract: This article presents the legal aspects of the data transference between the European Union and Latin American countries from the perspective of the European Union Law. To this end, the author develops the main concepts of the European Union Law in terms of personal data, detailing its development, the principal norms and the recent decisions of the Court of Justice of the European Union on this matter. Further on, the author explores the possibilities that follows to the interaction between the Union and some latin american countries. For that purpose, the author introduces some national and international regulations prone to personal data protection with emphasis in the interamerican system of Human Rights.

Key words: *personal data – Regional integration and Human Rights – privacy*

¹ Catedrático Jean Monnet de la Università degli Studi di Perugia (Italia). Profesor de Bioderecho, Derecho de la informática e informática forense en el Departamento de Medicina de la misma universidad.

Sumario:

I. Intercambio de datos en la «aldea global». II. La transferencia de datos personales a «Países terceros». III. El concepto de «transferencias». IV. El problema de la relación entre el ordenamiento jurídico europeo y los de los países terceros. V. El nivel adecuado de protección y la comparación con otros sistemas jurídicos. VI. Medidas de transferencia en caso de ausencia de la decisión de la Comisión (UE). VII. Principios de tratamiento y derechos de la persona interesada. Limitaciones en el interés público. VIII. La transferencia de datos de la Unión Europea a países latinoamericanos.

I. Intercambio de datos en la «aldea global»

La pandemia está afectando y afectará algunos aspectos de la globalización, especialmente la circulación de las personas.

Pero la crisis sanitaria no ha parado, sino, al contrario, ha aumentado enormemente la necesidad de intercambiar datos y de acceder a la información².

La «aldea global», es decir, el espacio comunicativo global basado en los «*mass media*» imaginado por Marshall McLuhan³, se ha ido ampliando sobre los fundamentos de Internet y, en general, de la comunicación digital. La digitalización, es decir la transformación de toda la comunicación en *bits* eléctricos, permite la circulación instantánea de enormes cantidades de datos en todo el mundo globalizado, de manera muy barata y superando obstáculos físicos, incluso los creados por la pandemia.

² Vid. sobre este tema Corte IDH, Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20: COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, 9 de abril de 2020, en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>. En este período, la Organización Mundial de la Salud y la Unión Europea se están interesando también por el problema de la «infodemia» es decir de la circulación de información inexacta o falsa. Vid. Comisión europea, Comunicación conjunta al Parlamento europeo, al Consejo europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los JOIN(2020) 8 final, del 10 de junio de 2020.

³ Vid. *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man* (1962), *Understanding Media* (1964), *Guerra y paz en la Aldea Global* (1968).

La imponente circulación de datos se pone en marcha por muchísimas razones de naturaleza personal, económica, científica.

Dicha circulación permite representar la época actual como una «sociedad del conocimiento», es decir, una sociedad y una economía basadas en elaborar y compartir conocimiento, más que en la producción y intercambio de bienes⁴. En particular, el intercambio de datos es importante entre dos continentes que están conectados «genéticamente», como América y Europa.

Esta profunda interconexión está afirmada en muchos documentos institucionales como, entre los últimos, en la declaración política «Una asociación para la próxima generación» del «Summit 2015» de Bruselas entre los países del CELAC y la Unión Europea en que se destaca que se ha decidido de «*ahondar en [la] duradera asociación estratégica birregional, basada en vínculos históricos, culturales y humanos, el Derecho internacional, el pleno respeto de los derechos humanos, valores comunes e intereses mutuos*». Estos vínculos se expresan a través de intensos flujos informativos y comunicativos que deben ser apoyados por iniciativas concretas, como programas de financiación y herramientas tecnológicas⁵.

Es necesaria una infraestructura jurídica para fortalecer el intercambio de información entre los dos bloques, como lo afirma el Tratado de Asociación entre Mercosur y Unión Europea, que en el apartado 3 del artículo 18 (que forma parte del Título IV dedicado, no casualmente, al «Fortalecimiento de la integración »), afirma que: «*La cooperación deberá adoptar todas las formas que se consideren convenientes y, particularmente, ...sistemas de intercambio de información en todas las formas adecuadas, inclusive a través del establecimiento de redes informáticas*».

⁴ Vid. los ensayos SOSA MORATO, B. E., *Un humanista ante el umbral de la Sociedad del Conocimiento. Un esfuerzo por comprenderla*; COLCELLI, V., *El «conocimiento» en la tradición del derecho privado europeo*; CIPPITANI, R., *El Derecho privado de la Unión Europea desde la perspectiva de la Sociedad del Conocimiento*; ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., *Sucintas reflexiones en torno al derecho de la sociedad del conocimiento*, en CIPPITANI, R., *El Derecho en la Sociedad del Conocimiento*. Sobre la teoría general de los derechos humanos en la sociedad del conocimiento, vid. también in ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., *Introducción al Derecho*.

⁵ Es el caso del consorcio BELLA (Building Europe Link to Latin America), cuyo principal inversor es la Comisión Europea, que ha firmado un acuerdo con EllaLink, un consorcio privado, para lanzar el despliegue de un cable submarino de fibra óptica que conecta Europa y América Latina. Vid. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/bella-new-digital-data-highway-between-europe-and-latin-america>

La infraestructura jurídica de los flujos de información entre ambos bloques lleva consigo relevantes cuestiones jurídicas, como afirma el apartado 4 del artículo 18 del Tratado antes mencionado, que establece que las dos partes « *acuerdan respetar la protección de los datos personales en todos aquellos ámbitos en los que se prevea intercambios de información a través de redes informáticas*».

Por lo tanto, es importante reflexionar sobre cuáles son los principios y los límites que se pueden aplicar para un intercambio de datos entre los dos Continentes. Hay que destacar que, a ambos lados del Atlántico, el tema de la protección de datos personales tiene una particular relevancia jurídica. Eso sobre todo en Europa, donde, por lo menos desde los años '80 del siglo pasado, se han ido desarrollando una disciplina jurídica y reflexiones institucionales sobre el tema de la protección de datos personales, elaborando una disciplina que se considera la más avanzada e influyente incluso a nivel internacional⁶. Esa disciplina ha estado conformada por el Consejo de Europa, es decir, por el sistema intergubernamental de protección de los derechos humanos, en particular a través del Convenio n° 108 del Consejo de Europa sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal del 1981; y sobre todo por la Unión Europea⁷, que ha adoptado ya desde los años '90 una directiva sobre la protección de los datos personales (Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995) y que hoy día regula la materia por medio del Reglamento no. 2016/679⁸, llamado «Reglamento general de protección de datos personales» (en adelante también «GDPR» según el acrónimo de su definición en inglés), entrado en vigor el 25 de mayo del 2018.

Sin embargo, cabe mencionar que el concepto de protección de datos había sido introducido ya unos años antes en el Tratado de Maastricht, por el que se estableció la Unión Europea⁹. El Tratado calificó la protección de los datos personales como un derecho

⁶ BYGRAVE, L. A., *Data Privacy Law: An International Perspective*.

⁷ Sobre la evolución de la normativa europea en tema de protección de datos personales, vid. BU-PASHA, S., *Cross-border issues under EU data protection law with regards to personal data protection*, en *Information & Communications Technology Law*.

⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

⁹ WAGNER, J., *The transfer of personal data to third countries under the GDPR: when does a recipient country provide an adequate level of protection?*, en *International Data Privacy Law*, Volume 8, Issue 4, November 2018, p. 318–337.

fundamental (véanse los artículos 2, 6 y 21 del TUE). Esta definición se ha desarrollado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (véase, en particular, el artículo 8)¹⁰.

En este artículo, en primer lugar, se trata la disciplina de la Unión Europea en materia de transferencia de datos personales a otros países. Luego, se estudiará el caso específico de las relaciones entre la Unión Europea y América Latina.

II. La transferencia de datos personales a «Países terceros»

En Europa, desde el Convenio n° 108 del 1981, la legislación europea ha regulado los flujos transnacionales de los mismos a nivel continental¹¹. Sin embargo, el Convenio no cubría la circulación de datos personales fuera de Europa, aunque contenía referencias a la transmisión de datos a Estados que no habían firmado el Convenio¹², así como el protocolo adicional del 2001 (*«Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows»*)¹³.

Ese tema fue tenido en cuenta por la Directiva 95/46/CE, en la que se afirmaba que «los flujos transfronterizos de datos personales son necesarios para el desarrollo del comercio internacional» (véase el «considerando» no. 56 de la Directiva). Al mismo tiempo,

¹⁰ Sobre la protección de datos personales como derecho fundamental, vid. IRION, K., *A Special Regard: The Court of Justice and the fundamental rights to privacy and data protection*, en *Gesellschaftliche Bewegungen - Recht unter Beobachtung und in Aktion: Festschrift für Wolfhard Kohte*.

¹¹ Art. 12(2) Convention 108: A Party shall not for the sole purpose of the protection of privacy, prohibit or subject to special authorisation trans-border flows of personal data going to the territory of another Party.

¹² Vid. El artículo 12, que se limita a establecer que «Una Parte no podrá, con el fin de proteger la vida privada, prohibir o someter a una autorización especial los flujos transfronterizos de datos de carácter personal con destino al territorio de otra Parte» (párr. 2) y que, sin embargo « cualquier Parte tendrá la facultad de establecer una excepción a las disposiciones del párrafo 2:... b) cuando la transmisión se lleve a cabo a partir de su territorio hacia el territorio de un Estado no contratante por intermedio del territorio de otra Parte, con el fin de evitar que dichas transmisiones tengan como resultado burlar la legislación de la Parte a que se refiere el comienzo del presente párrafo».

¹³ Vid. El artículo 2 (Transborder flows of personal data to a recipient which is not subject to the jurisdiction of a Party to the Convention) «1. *Each Party shall provide for the transfer of personal data to a recipient that is subject to the jurisdiction of a State or organisation that is not Party to the Convention only if that State or organisation ensures an adequate level of protection for the intended data transfer.*

2. *By way of derogation from paragraph 1 of Article 2 of this Protocol, each Party may allow for the transfer of personal data : a) if domestic law provides for it because of :*

–specific interests of the data subject, or

–legitimate prevailing interests, especially important public interests, or

b) if safeguards, which can in particular result from contractual clauses, are provided by the controller responsible for the transfer and are found adequate by the competent authorities according to domestic law.»

la Directiva pretendía evitar que el tratamiento de datos personales por parte de una entidad jurídica establecida en un país tercero (es decir, un país, europeo o extraeuropeo, que no forma parte de la Unión Europea) no debería «obstaculizar la protección de las personas» («considerando» no. 20).

Los países terceros pueden dividirse en dos categorías: países que «garantizan un nivel de protección adecuado» («considerando» no. 56) y países que no lo hacen («considerando» no. 57). El tratamiento debe prohibirse en los países que no garanticen un nivel de protección adecuado, si bien deben preverse excepciones «cuando el interesado haya dado su consentimiento, cuando la transferencia sea necesaria en relación con un contrato o una acción judicial, cuando así lo exija la protección de un interés público importante, por ejemplo en casos de transferencia internacional de datos entre las administraciones fiscales o aduaneras o entre los servicios competentes en materia de seguridad social, o cuando la transferencia se haga desde un registro previsto en la legislación con fines de consulta por el público o por personas con un interés legítimo» (vid. el «considerando» no. 58).

El nuevo Reglamento nº 2016/679, que ha entrado en vigor el 25 de mayo de 2018, responde a la necesidad de regular las cuestiones derivadas de la transferencia de datos personales fuera de la Unión Europea, así como a la Directiva 95/46/CE. En el preámbulo del Reglamento se afirma que, tras los rápidos cambios tecnológicos y socioeconómicos que se han producido en la sociedad en los últimos 20 años, debería facilitarse «la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales» («considerando» no. 6 del preámbulo del Reglamento). También establece que «Los flujos transfronterizos de datos personales a, y desde, países no pertenecientes a la Unión y organizaciones internacionales son necesarios para la expansión del comercio y la cooperación internacionales» («considerando» no. 101). Por otra parte, «El aumento de estos flujos plantea nuevos retos e inquietudes en lo que respecta a la protección de los datos de carácter personal. No obstante, si los datos personales se transfieren de la Unión a responsables, encargados u otros destinatarios en terceros países o a organizaciones internacionales, esto no debe menoscabar el nivel de protección de las personas físicas garantizado en la Unión» («considerando» no. 101).

El GDPR utiliza el mismo enfoque de la Directiva que distingue a los terceros países (y ahora también a las organizaciones internacionales) con respecto al grado de protección de los datos personales. La Comisión Europea se ha comprometido a negociar los acuerdos necesarios con terceros países u organizaciones internacionales para garantizar la aplicación de las normas europeas también fuera de la UE cuando se lleve a cabo el tratamiento de datos personales de ciudadanos europeos. El GDPR, al igual que la Directiva, prevé medidas en caso de que no se llegue a un acuerdo o a una decisión de adecuación.

A continuación, el Reglamento recomienda medidas tales como «a normas corporativas vinculantes, a cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión o por una autoridad de control, o a cláusulas contractuales autorizadas por una autoridad de control» («considerando» no. 108).

III. El concepto de «transferencia»

Antes de seguir estudiando las disposiciones de GDPR sobre la transferencia de datos fuera de la Unión Europea, hay que aclarar la noción de «transferencia» de datos personales (dentro de las expresiones «transferencia internacional» y «transferencia a países terceros»). Sin embargo, ni la Directiva ni el GDPR contienen una definición de ese término.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia del 2003 en el asunto *Lindqvist*¹⁴, contribuye a elaborar una posible definición de transferencia a países terceros, a pesar de que lo haga de una manera negativa. El Tribunal opina que no se puede considerar como «transferencia» el hecho que «una persona que se encuentra en un Estado miembro difunde datos personales en una página web, almacenada por su proveedor de servicios de alojamiento de páginas web que tiene su domicilio en el mismo Estado o en otro Estado miembro, de modo que dichos datos resultan accesibles cualquier persona que se conecte a Internet, incluidas aquéllas que se encuentren en países terceros» (apartado 71). De hecho «los datos personales que llegan al ordenador de una persona que se encuentra en un país tercero y que proceden de una persona que los ha

¹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Bodil Lindqvist v Åklagarkammaren i Jönköping*, C-101/01, ECLI:EU:C:2002:513, 06/11/2003, vid. Especialmente los apartados 56 y sigs.

publicado en un sitio Internet, no han sido objeto de una transferencia directa entre estas dos personas, sino que se han transmitido con la ayuda de la infraestructura informática del proveedor de servicios de alojamiento de páginas web donde está almacenada la página» (apartado 61).

Por lo tanto, en la sentencia *Lindqvist* se presupone que la transferencia directa es la que voluntariamente se pone en marcha entre el sujeto que está tratando los datos personales (el responsable o el encargado) y un tercero (en el sentido del artículo 4, n. 10, GDPR).

Una definición positiva y sistemática se puede encontrar en otras fuentes, especialmente en documento «*The transfer of personal data to third countries and International Organizations by EU institutions and bodies*» adoptado el 14 de julio de 2014, por el Supervisor Europeo de Protección de Datos¹⁵, que es la autoridad europea en este ámbito. La autoridad independiente de protección de datos de la Unión Europea se basa en la idea de voluntariedad que se puede encontrar en la sentencia *Lindqvist*, cuando considera «transferencia» de datos personales a países terceros: «*communication, disclosure or otherwise making available of personal data, conducted with the knowledge or intention of a sender (...) that the recipient(s) will have access to it*» (p. 6).

Además, según ese documento, las condiciones de «conocimiento» e «intención» excluirían los casos de acceso a través de acciones ilegales (por ejemplo, la piratería informática). Por otra parte, el mero hecho de que la información pueda o vaya a cruzar las fronteras internacionales hasta su destino debido a la forma en que están estructuradas las redes no se considera una transferencia.

¹⁵ El documento (que se puede encontrar en https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-07-14_transfer_third_countries_en.pdf) se refiere a la noción de transferencia de datos personales del Reglamento (CE) n.º 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos. Hoy en día dicho reglamento ha sido sustituido por el Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE.

En base a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a las observaciones del Supervisor europeo se pueden considerar como transferencia de datos personales operaciones como, por ejemplo:

i) el envío de datos por correo postal o electrónico por parte de un responsable del tratamiento de la UE a un destinatario en un país tercero;

ii) la transferencia por Internet, conocida como «*push*» (transferencia deliberativa): el responsable de la UE o el servidor central (controlador) inicia la comunicación hasta un destinatario en un país tercero;

iii) la transferencia por Internet conocida como «*pull*» (acceso permitido): la solicitud de transmisión de información es presentada en primer lugar al responsable del tratamiento de la UE por el destinatario en un país tercero;

iv) la recogida directa en línea de los datos de las personas en la UE por un encargado del tratamiento de datos afuera a la UE que actúe en nombre de un responsable del tratamiento de la UE, y

v) la publicación de datos personales en Internet por parte de un responsable del tratamiento de la UE ¹⁶.

Así pues, los aspectos jurídicos de la transferencia de datos a países terceros entrañan algunas complejidades prácticas que requieren dos agentes diferentes en ambas partes, el responsable del tratamiento y el responsable o el encargado del tratamiento¹⁷.

No cabe duda de que el responsable del tratamiento está obligado a cumplir las disposiciones de la legislación de la UE en materia de protección de datos, pero pueden surgir conflictos en relación con la legislación aplicable al responsable del tratamiento o al encargado del tratamiento. Sin embargo, el GDPR intenta gobernar a ambos actores con algunas obligaciones reforzadas cuando existe una conexión con la Unión Europea.

¹⁶ Véase, en particular, VAN DEN BULCK, P., *Transfers of personal data to third countries*.

¹⁷ En el caso de las redes sociales vid. KUCZERAWY, A., *Facebook and Its EU Users – Applicability of the EU Data Protection Law to US Based SNS*, en BEZZI M., DUQUENOY P., FISCHER-HÜBNER S., HANSEN M., ZHANG G. (eds) *Privacy and Identity Management for Life. Privacy and Identity 2009. IFIP Advances in Information and Communication Technology*.

Un principio general es que la ley del país del que se recogen los datos es aplicable al responsable del tratamiento hasta que tenga lugar la transferencia efectiva. Por lo tanto, es la obligación legal de las sucursales regionales dentro de la UE de cualquier empresa matriz de seguir la ley de protección de datos de la UE¹⁸.

IV. El problema de la relación entre el ordenamiento jurídico europeo y los de los países terceros

La transferencia de datos personales hacia un tercer país es una cuestión muy delicada, que debe considerarse dentro del problema general de las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y otros sistemas jurídicos, en particular en asuntos éticamente relevantes.

No obstante la dificultad de reglar la materia más allá de la Unión Europea (y de los países asociados)¹⁹, el derecho europeo intenta aplicar sus normas cuando hay una conexión, sea del sujeto del tratamiento (responsable o encargado), sea de la persona interesada (es decir la persona a la cual se refieren los datos) y eso «independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no» (vid. el artículo 3 del GDPR «Ámbito territorial»)²⁰.

En aplicación de la disciplina legislativa europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, especialmente de la sentencia en la causa *Google Spain*²¹, tiene una aplicación no sólo regional sino internacional²².

En cuanto a la relación entre el ordenamiento jurídico europeo y otros sistemas, la regla utilizada por las fuentes jurídicas y la jurisprudencia es la de la prevalencia del

¹⁸Kuczerawy (n 10) 80; European Commission, Protection of Personal Data.

¹⁹ Sobre los problemas que surgirán del Brexit, vid. MURRAY, A.D., *Data transfers between the EU and UK post Brexit?*, en *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 3, p. 149 sigs.

²⁰ Para un comentario del artículo 3 GDPR y sus implicaciones internacionales, vid. P.DE HERT, M. CZERNIAWSKI, *Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context*, en *International Data Privacy Law*, 2016, Vol. 6, No. 3, p. 230 sigs.

²¹ Tribunal de Justicia, *Google Spain et al. v AEPD, Costeja Gonzales*, C-131/12, 13/05/2014 ECLI:EU:C:2014:317

²² Vid. KUNER, C., JERKER, D., SVANTESSON, B., CATE, F. H., LYNSKEY, O., MILLARD, C., NI LOIDEAIN, N., *The GDPR as a chance to break down borders*, en *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 4, pp. 231-232; vid. PEROTTI, E., *The European Ruling on the Right to be Forgotten and Its Extra-EU Implementation*, 2015, p. 29, en http://www.academia.edu/19648451/The_European_Ruling_on_the_Right_to_be_Forgotten_and_its_extra-EU_implementation.

Derecho de la Unión Europea incluso en el caso de actividades llevadas a cabo en países terceros (vid. El artículo 19, apartado 1) 4, Reglamento (UE) 1291/2013, que se refiere a los programas de investigación financiados por la Comisión Europea, por ejemplo, en el marco del Programa Marco «Horizon 2020»).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el caso *Schrems* del 2015²³ puso de manifiesto la necesidad de regular las cuestiones derivadas de la transferencia de datos personales fuera de la Unión Europea.

Según el Tribunal de la Unión Europea «Aunque los medios de los que se sirva ese tercer país para garantizar ese nivel de protección pueden ser diferentes de los aplicados en la Unión para garantizar el cumplimiento de las exigencias derivadas de esa Directiva entendida a la luz de la Carta [de los derechos fundamentales de la Unión Europea], deben ser eficaces en la práctica para garantizar una protección sustancialmente equivalente a la garantizada en la Unión» (apartado 74).

Desde este punto de vista, la sentencia *Schrems* consideró ilegal la Decisión 2000/520/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000 (conocida como «Safe Harbour»), que, con arreglo a la Directiva 95/46/CE²⁴, había considerado que la legislación estadounidense garantizaba un nivel de protección adecuado a las normas europeas²⁵. En efecto, la Decisión 2000/520 considera que la primacía de los requisitos de seguridad nacional (establecida en el llamado «Patriot Act»), interés público y cumplimiento de la ley de los Estados Unidos sin control judicial es contraria a los principios del Derecho de la Unión Europea, en particular a los derechos fundamentales como la protección de los datos personales (artículo 8 de la Carta de la UE) y el «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial» (artículo 47 de la Carta de la UE) (véanse los apartados 86 y 95).

²³ Tribunal de Justicia, C-362/14, *Schrems*, 06/10/2015, ECLI:EU:C:2015:650.

²⁴ Según el considerando 57 de la Directiva 95/46, «cuando un país tercero no ofrezca un nivel de protección adecuado debe prohibirse la transferencia al mismo de datos personales».

²⁵ En virtud del artículo 25, apartado 2, de la Directiva 95/46, «el carácter adecuado del nivel de protección que ofrece un país tercero se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurren en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos; en particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de Derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países».

Es interesante observar que el requisito de «equivalencia esencial», tal como se expresa en el caso *Schrems*, se refleja en el considerando 104 del GDPR.

V. El nivel adecuado de protección y la comparación con otros sistemas jurídicos

El GDPR establece que la transferencia de datos personales a un país que no forma parte de la Unión Europea está permitida, cuando la Comisión Europea haya adoptado una «decisión de adecuación» con referencia a dicho país (vid. los «considerando» 103–107, 169; artículo 45).

Hasta la fecha sólo se han adoptado decisiones concernientes algunos países, a continuación: Andorra, Canadá (organizaciones comerciales), las Islas Feroe, Guernsey, Israel, la Isla de Man, Japón, Jersey, Nueva Zelanda, Suiza, y los Estados Unidos de América (limitada a al marco del llamado «Privacy Shield»). Además, la Comisión ha adoptado decisiones de adecuación para dos países Latinoamericanos, que forman parte del Mercosur: Argentina y Uruguay.

En base a las decisiones, los datos personales se pueden transferir desde la Unión (y Noruega, Liechtenstein e Islandia, que forman parte del «Espacio económico europeo» junto con la Unión) a dichos países terceros sin limitación alguna, tal como se transfieren dentro de la UE.

Además, para informar sobre la evolución de la situación en el país tercero o en la organización internacional, es responsabilidad de la Comisión revisar al menos cada cuatro años la decisión (artículo 45, párr. 3, GDPR).

Sin embargo, la Comisión puede reconocer la insuficiencia del nivel de protección de los datos y prohibir la transferencia de datos personales en consulta con los organismos pertinentes correspondientes (vid. el «considerando» no. 106 del GDPR).

Para que se adopte la decisión de adecuación, la Comisión debe establecer si el país o la organización internacional de que se trate «garantizan un nivel de protección adecuado» de los datos personales.

Aunque dicha expresión no parece suficientemente definida²⁶, el texto del GDPR proporciona algunos importantes criterios jurídicos al definir el concepto de «nivel de protección adecuado». El primer criterio se refiere a la existencia de un sistema de protección de los derechos humanos, es decir, según el «considerando» no. 104 del GDPR, si el país considerado respeta el Estado de Derecho, el acceso a la justicia y las normas y criterios internacionales en materia de derechos humanos, en particular en su Derecho general y sectorial, incluida la legislación relativa a la seguridad pública, la defensa y la seguridad nacional, así como el orden público y el Derecho penal.

Por lo tanto, la transferencia de datos personales a países terceros implica garantizar el respeto del Estado de Derecho y de los derechos humanos reconocidos por la legislación de la Unión Europea²⁷.

El concepto de Estado de Derecho es el resultado del principio de legalidad de la seguridad jurídica, de la prohibición de la arbitrariedad del ejecutivo, de la revisión jurídica independiente y efectiva y de la igualdad ante la ley²⁸. Por consiguiente, el enfoque de los países terceros en materia de respeto de los derechos humanos debe estar en consonancia con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, es decir, el artículo 6 del Tratado UE, la Carta de los Derechos Fundamentales, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades y Derechos Fundamentales.

El criterio del respeto de los derechos humanos tiene que considerar el contexto transnacional en que desarrolla el sistema de protección. En base al «considerando» no. 105 del GDPR, la Comisión debe considerar los compromisos internacionales adquiridos por el tercer país (u organización internacional), y las obligaciones resultantes de la participación en sistemas multilaterales o regionales, en particular en relación con la protección de los datos personales, y el cumplimiento de esas obligaciones (como, en Europa, la adhesión al Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981). Además

²⁶ Vid. P. VAN DEN BULCK, *Transfers of personal data to third countries*, p. 230.

²⁷ J. WAGNER, *The transfer of personal data to third countries under the GDPR: when does a recipient country provide an adequate level of protection?*

²⁸ Vid. SEPÚLVEDA IGUÍÑIZ, R.J., *Estado de derechos*, en ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, p. 239 sigs.

del respeto formal de los derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la protección de los datos personales, el reglamento establece que la Comisión tiene que verificar si se ponen en marcha «actividades concretas de tratamiento» y que «haya un control verdaderamente independiente de la protección de datos» así como reconocer a los interesados derechos efectivos y exigibles y acciones administrativas y judiciales efectivas (vid. el «considerando» no. 105 GDPR).

Un aspecto interesante de la decisión de adecuación es que puede tener en cuenta un país, pero también, en el ámbito de dicho país, un territorio o sector específico. Por lo tanto, la decisión puede referirse sólo a una región (Estado, provincia, etc.) de un país o considerar una materia específica en que se trate de protección de datos personales, como, por ejemplo, el tratamiento en sector biomédico.

VI. Medidas de transferencia en caso de ausencia de la decisión de la Comisión (UE)

En caso de ausencia de la decisión de la Comisión, «el responsable o el encargado del tratamiento solo podrá transmitir datos personales a un tercer país u organización internacional si hubiera ofrecido garantías adecuadas y a condición de que los interesados cuenten con derechos exigibles y acciones legales efectivas» (artículo 46 GDPR).

La legitimación de la transferencia de datos personales fuera de la UE podría proceder en base a acuerdos entre administraciones públicas, o entre particulares, como empresas asociaciones y otros sujetos. El artículo 46 del GDPR distingue entre los instrumentos contractuales que no requieren ninguna autorización específica de una autoridad supervisora y los que están sujetos a la autorización de la autoridad supervisora competente. Los primeros incluyen instrumentos contractuales, tales como:

- a) instrumentos jurídicamente vinculantes y exigibles entre autoridades u organismos públicos;
- b) normas corporativas vinculantes;
- c) cláusulas contractuales tipo de protección de datos, que podrían ser adoptadas por la Comisión o por una autoridad nacional de control y aprobadas por la Comisión²⁹;

²⁹ P. VAN DEN BULCK, *Transfers of personal data to third countries*, ob. cit., p. 240.

- d) códigos de conducta;
- e) mecanismo de certificación.

En cuanto a las cláusulas contractuales sujetas a autorización, se incluyen las siguientes:

a) cláusulas contractuales entre el responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento y el responsable del tratamiento, el encargado del tratamiento o el destinatario de los datos personales en el país tercero o la organización internacional, o

b) disposiciones que se insertarán en los acuerdos administrativos entre las autoridades de los organismos que incluyan derechos exigibles y efectivos de los interesados.

Por lo que se refiere al punto a), el derecho de la Unión conoce muchos tipos de acuerdos entre administraciones públicas, como los partenariados público-públicos, los convenios, las agrupaciones y otros acuerdos que reglan la colaboración entre entes para implementar políticas públicas o alcanzar objetivos comunes. El propio GDPR prevé que los sujetos involucrados en el tratamiento de datos personales celebren entre ellos acuerdos (vid., el artículo 26 GDPR sobre los responsables conjuntos del tratamiento y el artículo 28, párr. 3, GDPR que se refiere al acuerdo entre el responsable y el encargado)³⁰.

Los demás instrumentos surgen de la autonomía de los particulares, aunque no se puede excluir que involucren también los entes públicos. En particular, las cláusulas tipo han sido objeto de cuatro decisiones distintas del 2010 de la Comisión Europea³¹, que, con algunos cambios están todavía en vigor.

Las cláusulas tipo establecen definiciones, detalles sobre la transferencia de los datos, establecen los derechos y obligaciones del tercero beneficiario, del exportador e importador de datos, y especifican la disciplina de la responsabilidad. Cabe señalar que las

³⁰ Sobre los acuerdos entre responsables, vid. COLCELLI, V., *Joint Controller Agreement under GDPR*, in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 3, 2019, p. 1030 ss.

³¹ COMMISSION DECISION of 15 June 2001 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries, under Directive 95/46/EC; COMMISSION DECISION of 27 December 2004 amending Decision 2001/497/EC as regards the introduction of an alternative set of standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries; COMMISSION DECISION of 5 February 2010 on standard contractual clauses for the transfer of personal data to processors established in third countries under Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council.

cláusulas tipo sólo reglan la protección de datos, mientras que el exportador de datos y el importador de datos tienen libertad para incluir cualquier otra cláusula que consideren apropiada, siempre que no contrasten dichas cláusulas tipo.

Sin embargo, las cláusulas tipo, previstas en las decisiones no cumplen con todos los requisitos del GDPR, y por lo tanto debe ser actualizadas. En particular, como está previsto en el artículo 28, párr. 2, del GDPR, el contrato debe establecer «el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable».

Además, las cláusulas tipo tienen una estructura rígida: el artículo 10 establece que las partes se comprometen a no variar o modificar las cláusulas, pero de esta manera no se tiene en cuenta la mayor protección jurídica prevista en la disciplina vigente o futura.

Sin embargo, el GDPR prevé que, en caso de ausencia de adopción de cláusulas por la Comisión Europea, las autoridades nacionales de control pueden establecer cláusulas contractuales estándar para cumplir estos requisitos. Las autoridades nacionales siguen teniendo el poder de supervisar los flujos de datos, incluida su facultad de suspender o prohibir la transferencia de datos personales cuando determine que la transferencia se lleva a cabo infringiendo la legislación de protección de datos de la UE o nacional³². Además, los particulares o los entes públicos pueden adoptar en sus acuerdos las cláusulas que cumplen con el artículo 28 del Reglamento.

Otro instrumento para la transferencia internacional, previsto por el GDPR contrariamente a la Directiva, son las «normas corporativas vinculantes», es decir, las reglas intragrupo en materia de protección de datos personales que son vinculantes para sus empleados (vid. el artículo 47, párr. 1, GDPR)³³.

³² COMMISSION IMPLEMENTING DECISION (EU) 2016/2297 of 16 December 2016 amending Decisions 2001/497/EC and 2010/87/EU on standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries and to processors established in such countries, under Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council

³³ P. VAN DEN BULCK, *Transfers of personal data to third countries*, p. 242.

Ellas constituyen « *a business-specific framework that allows intra-organizational cross-border transfers of data from organizations within the European Union to their affiliates outside of the EU*»³⁴.

Las reglas corporativas no representan sólo un mecanismo de transferencia de datos personales, sino más bien un conjunto de políticas y procedimientos, auditorías y controles, manejo de quejas y capacitación.

El Grupo de trabajo llamado «Artículo 29», instituido por la Comisión para asesorarla en tema de protección de datos personales, y que hoy en día se ha sustituido por el European Data Protection Board (EDPB) a partir del 25 de mayo de 2018, ha elaborado algunos documentos sobre este tema (vid. WP 74³⁵, WP 108³⁶, WP 204³⁷ y WP 195a³⁸).

Dichos documentos aportan transparencia sobre los mecanismos de las empresas para proteger los datos personales de manera de cumplir con el artículo 47 GDPR. Inicialmente, las normas corporativas vinculantes fueron pensadas para las grandes empresas multinacionales, pero, sin embargo, hoy en día se adaptan mejor a las empresas medianas. Esto se debe a que pueden ofrecer una ventaja competitiva en el mercado y aumentar la confianza de los clientes y los reguladores en las prácticas de privacidad de la empresa. Además, el uso de los BCRs presenta varias ventajas tanto para las empresas como para las regulaciones. Por ejemplo, los BCR promueven la armonización dentro de las empresas, su gestión de datos y sus procesos de gobernanza debido a la aplicación de normas iguales y vinculantes.

³⁴ C. O'DONOGHUE, K. LEE LUST, *Binding corporate rules – Article 29 Working Party issues revised guidelines*, en *technologylawdispatch.com*, 20 de marzo de 2018.

³⁵ Working Document WP 74: Transfers of personal data to third countries: Applying Article 26 (2) of the EU Data Protection Directive to Binding Corporate Rules for International Data Transfers, adopted on June 3, 2003.

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2003_en.htm

³⁶ Working Document WP 108: Establishing a model checklist application for approval of Binding Corporate Rules, adopted on April 14, 2005.

http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/wpdocs/2005_en.htm

³⁷ Working Document WP204: Explanatory Document on the Processor Binding Corporate Rules, as last revised and adopted on 22 May 2015.

³⁸ Working Document WP 195a: Recommendation 1/2012 on the Standard Application form for Approval of Binding Corporate Rules for the Transfer of Personal Data for Processing Activities, adopted on 17 September 2012.

Elas deben especificar su alcance material, por ejemplo, las transferencias de datos o conjunto de transferencias, incluidas las categorías de datos personales, el tipo de tratamiento y sus finalidades, los tipos de interesados afectados y la identificación de los destinatarios en el tercer o terceros países (WP 257 p. 3; WP 256 p.3), así como los medios de reclamación en el Estado miembro de su residencia habitual, lugar de trabajo o lugar de la supuesta infracción.

El GDPR prevé otra nueva herramienta introducida, a saber, la adhesión de un importador de datos a un código de conducta que debe estar en consonancia con el compromiso vinculante y ejecutorio del responsable del tratamiento o del tratamiento en un tercer país de aplicar las salvaguardias adecuadas³⁹. Estos códigos están realizados por asociaciones y organismos que representan a los controladores o procesadores. Deberán ser aprobados por una autoridad nacional de control y el código deberá adecuarse a las actividades de tratamiento, que se limitan a un Estado miembro, o bien ajustarse al mecanismo de control de la coherencia, que es improbable que los anteriores estén controlados por varios Estados miembros. El objetivo del código de conducta no se limita a la transferencia de datos personales, sino que implica una aplicación adecuada del GDPR y ofrece técnicas para obtener una aplicación más fluida de las normas del GDPR.

VII. Principios de tratamiento y derechos de la persona interesada. Limitaciones en el interés público

La transferencia de datos personales puede realizarse para muchas razones en abstracto legítimas como, por ejemplo, las comerciales, culturales, sanitarias y científicas.

Los datos personales que se transfieren deben ser colectados y tratados en el respeto de la disciplina del GDPR, especialmente por lo que refiere al consentimiento informado de las personas interesadas. En particular, el responsable del tratamiento (o su encargado) deben informar a la persona (vid. artículo 13, párr. 1 y 2) sobre la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante; los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento; los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales; el plazo durante el

³⁹ P. VAN DEN BULCK, *Transfers of personal data to third countries*, p. 244

cual se conservarán los datos personales o, cuando no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo.

En particular, lo que es importante en el ámbito del discurso que se está haciendo, el responsable del tratamiento debe informar al interesado de la intención de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional y la existencia o ausencia de una decisión de adecuación de la Comisión. En el caso de ausencia de la decisión de adecuación, se debe hacer referencia a las garantías adecuadas, es decir, a los medios para realizar en marcha la transferencia de los cuales se ha hablado en el párrafo anterior.

Además, se debe informar de la existencia de los derechos reconocidos a la persona interesada, que son, principalmente: el derecho de ser informado; el derecho al acceso a las informaciones coleccionadas (artículo 15); el derecho a obtener la rectificación de los datos inexactos (artículo); el derecho a la supresión («el derecho al olvido») (artículo 17); el derecho a la limitación del tratamiento (artículo 18) y el derecho a la portabilidad de los datos de un responsable del tratamiento a otro (artículo 20); el derecho a la oposición a un tratamiento de datos (artículo 21).

Una vez que se ha resumido la disciplina general del GDPR europeo en materia de transferencia de datos personales, hay que tratar las reglas que se aplican en ámbitos específicos. Se trata de casos muy variados pero que tienen un carácter común: el tratamiento de los datos y su transferencia están justificados por razones de interés público. La necesidad de perseguir los intereses de naturaleza pública tiene como efecto principal, a cargo del Derecho de la Unión o de los derechos nacionales, el de establecer «restricciones a determinados principios y a los derechos» (vid. el «considerando» no. 73 GDPR) de las personas interesadas, es decir, las personas a las cuales se refieren los datos personales. Se trata de los derechos normalmente previstos por el Reglamento, que son, a continuación, el derecho de información, de acceso, de rectificación, de supresión de datos personales (llamado también «derecho al olvido»), de portabilidad de los datos, de oposición a las decisiones basadas en la elaboración de perfiles, así como de la comunicación de una violación de la seguridad de los datos personales a un interesado y a determinadas obligaciones conexas de los responsables del tratamiento.

Sobre todo, en muchos de los casos antes mencionados, la disciplina europea permite desplazar la obligación del responsable de conseguir el consentimiento para el tratamiento de parte del interesado (artículo 6, párr. 1, let. a), GDPR), en los casos previstos por la ley (vid. Artículo 8, párr. 2, Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea).

Los casos en los que el Derecho de la Unión o el Derecho nacional pueden derogar a los derechos de las personas están listados, en primer lugar, en el «considerando» no. 73, anteriormente citado, es decir: en caso de acciones necesarias como respuesta a catástrofes naturales o de origen humano; la actualización de registros públicos por razones de interés público general; el tratamiento ulterior de datos personales archivados para ofrecer información específica relacionada con el comportamiento político durante los regímenes de antiguos Estados totalitarios; la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros; la protección social; las violaciones de normas deontológicas en las profesiones reguladas; la salud pública y los fines humanitarios. Entre los fines listados en el considerando no. 79 se encuentran, en particular, razones asociadas a la materia penal, es decir, más precisamente «la prevención, investigación y el enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a las amenazas contra la seguridad pública».

Sin embargo, dicho listado no es cerrado, pues se hace referencia también a «otros objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un importante interés económico o financiero de la Unión o de un Estado miembro»

Además, en otras partes del GDPR se consideran otras materias donde se pueden derogar los derechos de las personas interesadas. Esto es, el caso del tratamiento de los datos personales para «fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos » (vid. el considerando no. 156 y el artículo 89 GDPR)⁴⁰.

⁴⁰ Por lo que se refiere a las reglas específicas que se aplican en caso de investigación científica, vid. Cippitani, R., "Finalità di ricerca scientifica ed eccezioni alla disciplina della protezione dei dati personali", in *Cyberspazio e diritto*, vol. 20, n. 62 (1-2 - 2019), pp. 161-176; Id. "Genetic research and exceptions to the protection of personal data", in Arnold R., Cippitani, R., Colcelli V. (Eds.) *Genetic Information and Individual Rights*.

Las derogaciones se consideran necesarias porque la aplicación de la disciplina general podría afectar la implementación de un interés relevante de la comunidad. Sin embargo, dichas limitaciones se pueden admitir sólo si fueron establecidas por ley (de la Unión o nacional) y si respetan algunos principios: la medida debe ser necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar los intereses colectivos.

Otras limitaciones están previstas en materia penal, por la cual la Unión Europea tiene una disciplina específica. De hecho, mientras el artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prescribe que toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, la Declaración 21, anexa al acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa (que ha otorgado a la Carta el nivel de tratado constitucional), reconoce que la naturaleza específica del ámbito de la seguridad merece un tratamiento legislativo especial.

En efecto, el Reglamento 2016/679 no se aplica al «tratamiento de datos de carácter personal por parte de las autoridades competentes a efectos de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a las amenazas contra la seguridad pública y la libre circulación de estos datos y su prevención, es objeto de un acto jurídico específico a nivel de la Unión» (vid. especialmente el considerando n. 19)

En materia penal la disciplina está dictada por la Unión europea a través de la Directiva (UE) no. 2016/680/UE del Parlamento Europeo y del Consejo⁴¹ y por la Directiva 2016/681/UE al tratamiento de los datos relativos a la información de cada pasajero en el

⁴¹ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Por un comentario sobre la Directiva, vid. SAJFERT, J., JURAJ, T., *Data Protection Directive (EU) 2016/680 for Police and Criminal Justice Authorities*, en Cole/Boehm GDPR Commentary, Edward Elgar Publishing, 2019, disponible a la dirección: <https://ssrn.com/abstract=3285873>; DI FRANCESCO MAESA, C., *Balance between Security and Fundamental Rights Protection: An Analysis of the Directive 2016/680 for data protection in the police and justice sectors and the Directive 2016/681 on the use of passenger name record (PNR)*, en Eurojust.it; VAN DER SLOOT, B., *Legal consistency after the General Data Protection Regulation and the Police Directive*, en European Journal of Law and Technology, vol. 9 (3), 2018, p. 1 sigs.; SAJFERT, J., QUINTEL, T., *Data Protection Directive (EU) 2016/680 For Police and Criminal Justice Authorities*, en Cole, Boehm, GDPR Commentary (forthcoming Edward Elgar Publishing, 2019), disponible en <https://ssrn.com/abstract=3285873>.

transporte aéreo, a través del registro de nombres de los pasajeros (Passenger Name Record, PNR); eso especialmente en relación con los datos de las reservas de los vuelos con fines de prevención, comprobación, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y delitos graves.

Hay que añadir que el Derecho de la Unión Europea incluye otras fuentes que pueden tener un impacto en la transferencia de datos personales en el ámbito penal, como el caso del Reglamento (UE) no. 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, que se refiere al tema de la lucha contra el terrorismo internacional.

VIII. La transferencia de datos de la Unión Europea a países latinoamericanos

En base a la disciplina jurídica que trata la transferencia de datos personales fuera de la Unión europea, hay que analizar la situación cuando los países de destino de los datos personales que vienen de Europa son los latinoamericanos.

En primer lugar, cabe recordar que a la fecha, además que las decisiones concernientes a Argentina (Decisión de la Comisión de 30 de junio de 2003, con arreglo a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina) y Uruguay (Decisión de la Comisión de 21 de agosto de 2012 de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección adecuada de los datos personales por la República Oriental del Uruguay en lo que respecta al tratamiento automatizado de datos personales) no se han aprobado medidas para otros países latinoamericanos o para bloques regionales como Mercosur.

Sin embargo, puede ser importante comprender los argumentos que la Comisión ha tenido en consideración para adoptar las decisiones para los dos países sudamericanos, si no como presupuesto para adoptar otras decisiones de adecuación, por lo menos como base para los acuerdos y las otras medidas de transferencia de datos personales entre Europa y América Latina.

En el preámbulo de las decisiones concernientes a Argentina y Uruguay se identifica el contexto normativo de la protección de datos personales en el país, a todos niveles, constitucional, legislativos y reglamentarios. A nivel constitucional, no es necesaria la

presencia de una específica norma que protege los datos personales (como sucede en Argentina, vid. punto 7 del preámbulo de la decisión), si no es suficiente el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona (vid. el punto 5 del preámbulo de la decisión para Uruguay, en que se hace referencia al artículo 72 de la Constitución).

Lo importante es que el país haya adoptado una legislación específica en tema de datos personales que prevea un nivel adecuado de protección, por lo menos desde del punto de vista de la legislación europea. Además, es relevante la presencia de recursos administrativos y judiciales para defender de manera efectiva a las personas interesadas.

Como se ha mencionado anteriormente, la Comisión europea debe tener en cuenta el contexto transnacional de la legislación de un país. Lo que sucede, por lo que se refiere a los dos países sudamericanos, en la más reciente decisión para Uruguay en la cual se destaca (vid. el punto 13 del preámbulo) que el Uruguay forma parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969 y está sujeta a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hay que subrayar que el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos contiene normas que se refieren a la protección de los datos personales. Como recuerda la decisión sobre Uruguay, en particular, el artículo 11 reconoce el derecho a la vida privada, y el artículo 30 establece que se pueden restringir los derechos fundamentales reconocidos por la Convención, sólo de manera conforme a leyes que se dictan por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Otras fuentes del bloque elaboran el derecho a la protección de los datos personales. Se trata de documentos normalmente de naturaleza política, y por lo tanto no vinculantes, pero que expresan la gran atención al tema de la privacidad y que constituyen un contexto favorable a la implementación normativa y judicial del derecho regional⁴² a nivel nacional⁴³.

Entre las fuentes que se refieren a la protección de los datos personales, hay que citar la Declaración de Nuevo León (Cumbre Extraordinaria de las Américas: Monterrey,

⁴² Vid. CIPPITANI, R., *Interpretación del Derecho de la Integración*; Id., *Construcción del Derecho Privado en la Unión Europea - Sujetos y Relaciones Jurídicas*. *Juruá Internacional*.

⁴³ Vid. el Estudio comparativo sobre los distintos regímenes jurídicos, políticas y mecanismos de aplicación existentes para la protección de datos personales, inclusive las leyes, reglamentos y autorregulación nacionales (CP/CAJP-3063/12), presentado por el Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos.

México, 12 al 13 de enero de 2004) en el cual se establece que el acceso a la información en poder del Estado, con el debido respeto a las normas constitucionales y legales, incluidas las de privacidad y confidencialidad, es condición indispensable para la participación ciudadana y promueve el respeto efectivo de los derechos humanos.

Se puede hacer referencia también a la «Declaración de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas» propuesta por el Comité Jurídico Interamericano en el 2012 que tiene como objetivo el de «establecer un marco para salvaguardar los derechos de la persona a la protección de los datos personales y a la autodeterminación en lo que respecta a la información. Los principios se basan en normas reconocidas a nivel internacional. Su intención es proteger a las personas de la recopilación, el uso, la retención y la divulgación ilícitos o innecesarios de datos personales». Estos principios son compatibles con los de la legislación europea⁴⁴.

⁴⁴ Los 12 principios son los que se menciona a continuación: PRINCIPIO 1: PROPÓSITOS LEGÍTIMOS Y JUSTOS: Los datos personales deben ser recopilados solamente para fines legítimos y por medios justos y legales; PRINCIPIO 2: CLARIDAD Y CONSENTIMIENTO: Se deben especificar los fines para los cuales se recopilan los datos personales en el momento en que se recopilen. Como regla general, los datos personales solamente deben ser recopilados con el consentimiento de la persona a que se refieran; PRINCIPIO 3: PERTINENCIA Y NECESIDAD: Los datos deben ser verídicos, pertinentes y necesarios para los fines expresos de su recopilación; PRINCIPIO 4: USO LIMITADO Y RETENCIÓN: Los datos personales deben ser mantenidos y utilizados solamente de manera legítima no incompatible con el fin o fines para los cuales se recopilaron. No deberán mantenerse más del tiempo necesario para su propósito o propósitos y de conformidad con la legislación nacional correspondiente; PRINCIPIO 5: DEBER DE CONFIDENCIALIDAD: Los datos personales no deben divulgarse, ponerse a disposición de terceros ni emplearse para otros propósitos que no sean aquellos para los cuales se obtuvieron, excepto con el conocimiento o consentimiento de la persona en cuestión o bajo autoridad de la ley; PRINCIPIO 6: PROTECCIÓN Y SEGURIDAD: Los datos personales deben ser protegidos mediante salvaguardias razonables y adecuadas contra accesos no autorizados, pérdida, destrucción, uso, modificación o divulgación; PRINCIPIO 7: FIDELIDAD DE LOS DATOS: Los datos personales deben mantenerse fieles y actualizados hasta donde sea necesario para los propósitos de su uso; PRINCIPIO 8: ACCESO Y CORRECCIÓN: Se debe disponer de métodos razonables para permitir que aquellas personas cuyos datos personales han sido recopilados puedan solicitar el acceso a dichos datos y puedan solicitar al controlador de datos que los modifique, corrija o elimine. En caso de que fuera necesario restringir dicho acceso o corrección, deberían especificarse las razones concretas de cualquiera de estas restricciones de acuerdo con la legislación nacional; PRINCIPIO 9: DATOS PERSONALES SENSIBLES: Algunos tipos de datos personales, teniendo en cuenta su sensibilidad en contextos particulares, son especialmente susceptibles de causar daños considerables a las personas si se hace mal uso de ellos. Los controladores de datos deberían adoptar medidas de privacidad y de seguridad que sean acordes con la sensibilidad de los datos y su capacidad de hacer daño a los individuos sujetos de la información; PRINCIPIO 10: RESPONSABILIDAD: Los controladores de datos adoptarán e implementarán las medidas correspondientes para el cumplimiento de estos principios; PRINCIPIO 11: FLUJO TRANSFRONTERIZO DE DATOS Y RESPONSABILIDAD: Los Estados Miembros cooperarán entre sí en la creación de mecanismos y procedimientos que aseguren que los controladores de datos que operen en más de una jurisdicción puedan ser efectivamente hechos responsables por el cumplimiento de estos principios;

La propia jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene en consideración del tema de la protección de los datos personales. En la sentencia *Contreras y otros Vs. El Salvador*, del 31 de agosto de 2011, se considera que el establecimiento de obstáculos por parte del Estado al acceso a los datos personales «constituye una violación agravada de la prohibición de injerencias en la vida privada y familiar de una persona, así como de su derecho a preservar su nombre y sus relaciones familiares, como medio de identificación personal» (apartado 116, Análisis de fondo).

Por lo tanto, se podría identificar en las fuentes latinoamericanas un derecho al «habeas data» reconocido a nivel transnacional, constitucional y legislativo⁴⁵.

Cabe destacar que este contexto normativo forma parte de los ordenamientos de los países latinoamericanos integrantes del sistema de protección regional de los derechos humanos. Por ejemplo, del Derecho mexicano, en base al artículo primero de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, que, luego de la reforma del 2011, prevé que «todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección» y que «las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia».

En América Latina, muchas constituciones establecen la obligación del Estado de respetar los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales (entre otros:

PRINCIPIO 12: PUBLICIDAD DE LAS EXCEPCIONES: Cuando las autoridades nacionales establezcan excepciones a estos principios por motivos relacionados con la soberanía nacional, la seguridad interna o externa, el combate a la criminalidad, el cumplimiento de normativas u otras prerrogativas de orden público, deberían poner en conocimiento del público dichas excepciones.

⁴⁵ En América Latina, el «hábeas data no exige que las entidades públicas o privadas protejan por su iniciativa los datos personales que procesan, sino que sólo requiere que la persona agraviada, tras presentar una denuncia ante la justicia, obtenga acceso y la capacidad de rectificar todo dato personal que pueda atentar contra su derecho a la privacidad. Una garantía de esta índole opera cuando ya la lesión ha sido ocasionada; cuando la persona no ha recibido un préstamo bancario, ha perdido alguna oportunidad de empleo o de interacción social. Asimismo, este mecanismo puede no otorgar un recurso legal a una persona agraviada si sus datos personales han sido transferidos fuera del país» (vid. RAMÍREZ IRÍAS, L., *Análisis comparativo de legislaciones sobre protección de datos personales y hábeas data*, Consultoría: Elaboración del Anteproyecto de Ley del Hábeas Data en Honduras, 21 de enero de 2014, Tegucigalpa, M.D.C). Véase la panorámica de la legislación de los países latinoamericanos en D. A. LÓPEZ CARBALLO, D.A. (coord.), *Protección de datos y habeas data: una visión desde Iberoamérica*.

Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua)⁴⁶. Además, muchos países de Latinoamérica tienen una legislación específica en materia de protección de datos personales, que algunas veces se inspiran a la disciplina de la Unión Europea. Siguiendo con el ejemplo de México, la Constitución de ese país reconoce el habeas data y los derechos asociados como derechos fundamentales (véase los artículos 6 y 16)⁴⁷ y una Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares de 2010 (LFPDPPP) y en su Reglamento de 2011⁴⁸. La reforma constitucional del 2014 ha establecido un Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI)⁴⁹ (véase el artículo 6, párr. A, fracción VIII).

Otros países de América Latina han adoptado medidas legislativas y organizativas para proteger los datos personales, como, por ejemplo: Colombia (vid. el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia y la Ley 1581 de 2012; la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) está facultada para ejercer la vigilancia); Brasil (Ley 13.709 del 2018 o LGPD; se ha establecido una Autoridade Nacional de Proteção de Dados o “ANPD”, por la Medida Provisoria 869/18), y Chile (vid. La Ley N° 19.628).

En conclusión, el marco legislativo de muchos países latinoamericanos, así como el contexto regional en el cual se enmarcan, reconocen el derecho a la protección de los datos personales y proporcionan herramientas jurídicas para tornarlo efectivo. Eso, de manera análoga, por lo menos desde el punto de vista formal, al Derecho europeo.

Como se ha mencionado, la presencia de dicha legislación es una condición necesaria, pero no suficiente, para una decisión de adecuación de la Comisión Europea, en cuanto se deben tener en consideración incluso cuestiones de efectividad y de eficacia del sistema de protección de los datos personales. Sin embargo, el marco normativo y su

⁴⁶ Rueda Aguilar, D., *El fortalecimiento del sistema regional de Protección de los Derechos Humanos en Latino América*, disponible en www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_045.pdf, pág. 11-12.

⁴⁷ Por un comentario sobre la legislación mexicana en materia de protección de los datos personales, vid. GERALDES DA CUNHA LOPES, T. M., LÓPEZ RAMÍREZ, L., *La Protección de Datos Personales en México*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

⁴⁸ SOLANGE MAQUEO, M., *Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, Comentada*, 2018, p. 9 sigs.; GONZÁLEZ PADILLA, R., *Protección de datos personales en posesión de los particulares*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, en www.juridicas.unam.mx.

⁴⁹ Anteriormente a la entrada en vigor, en el 2015, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información, la denominación era «Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos» (IFAI).

contexto pueden representar una base para transferir y compartir datos personales entre particulares y entre administraciones públicas, bajo el respecto de los principios y de las reglas de los dos sistemas jurídicos y de los controles de las autoridades de supervisión.

Bibliografía

ÁLVAREZ LEDESMA, M.I., *Introducción al Derecho*, 4th ed., McGraw-Hill Interamericana Editores, México, 2019.

ÁLVAREZ LEDESMA, M. I., CIPPITANI, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, ISEG, Roma-Perugia-México.

BEZZI M., DUQUENOY P., FISCHER-HÜBNER S., HANSEN M., ZHANG G. (eds) *Privacy and Identity Management for Life. Privacy and Identity 2009. IFIP Advances in Information and Communication Technology*, vol 320. Springer, Berlin, Heidelberg, 2010.

BU-PASHA, S., “Cross-border issues under EU data protection law with regards to personal data protection”, en *Information & Communications Technology Law*, 26:3, 2017.

BYGRAVE, L. A., *Data Privacy Law: An International Perspective*, Oxford University Press, 2014.

CIPPITANI, R., *El Derecho en la Sociedad del Conocimiento*, ISEG, Roma-Perugia, 2012.

CIPPITANI, R., “Finalità di ricerca scientifica ed eccezioni alla disciplina della protezione dei dati personali”, in *Cyberspazio e diritto*, vol. 20, n. 62 (1-2 - 2019).

CIPPITANI, R.; “Genetic research and exceptions to the protection of personal data”, in ARNOLD R., CIPPITANI, R., COLCELLI V. (eds.) *Genetic Information and Individual Rights*, Universität Regensburg, Regensburg, 2018.

CIPPITANI, R., *Interpretación del Derecho de la Integración*, Astrea, Buenos Aires, 2016

CIPPITANI, R., *Construcción del Derecho Privado en la Unión Europea - Sujetos y Relaciones Jurídicas*. Juruá Internacional, Curitiba-Porto, 2017.

COLCELLI, V., “Joint Controller Agreement under GDPR”, in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 3, 2019.

DE HERT, P., CZERNIAWSKI, M., “Expanding the European data protection scope beyond territory: Article 3 of the General Data Protection Regulation in its wider context”, en *International Data Privacy Law*, 2016, Vol. 6, No. 3.

DI FRANCESCO MAESA, C., Balance between Security and Fundamental Rights Protection: An Analysis of the Directive 2016/680 for data protection in the police and justice sectors and the Directive 2016/681 on the use of passenger name record (PNR), en Eurojust.it

GERALDES DA CUNHA LOPES, T. M., LÓPEZ RAMÍREZ, L., La Protección de Datos Personales en México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales /UMSNH, 2010.

GONZÁLEZ PADILLA, R., Protección de datos personales en posesión de los particulares, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, en www.juridicas.unam.mx.

IRION, K., A Special Regard: The Court of Justice and the fundamental rights to privacy and data protection, en *Gesellschaftliche Bewegungen - Recht unter Beobachtung und in Aktion: Festschrift für Wolfhard Kohte*, Baden-Baden: Nomos.

KUNER, C., JERKER, D., SVANTESSON, B., CATE, F. H., LYNSKEY, O., MILLARD, C., NI LOIDEAIN, N., “The GDPR as a chance to break down borders”, en *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 4.

LÓPEZ CARBALLO, D.A. (coord.), Protección de datos y habeas data: una visión desde Iberoamérica, Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, 2015.

MURRAY, A.D., “Data transfers between the EU and UK post Brexit?”, en *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 3, p. 149 sigs.

O'DONOGHUE, K. LEE LUST, Binding corporate rules – Article 29 Working Party issues revised guidelines, en technologylawdispatch.com, 20 de marzo de 2018.

RUEDA AGUILAR, D., El fortalecimiento del sistema regional de Protección de los Derechos Humanos en Latino América, disponible en www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_045.pdf

SAJFERT, J., JURAJ, T., Data Protection Directive (EU) 2016/680 for Police and Criminal Justice Authorities, en *Cole/Boehm GDPR Commentary*, Edward Elgar Publishing, 2019, disponible a la dirección: <https://ssrn.com/abstract=3285873>;

SAJFERT, J., QUINTEL, T., Data Protection Directive (EU) 2016/680 For Police and Criminal Justice Authorities, en *Cole, Boehm, GDPR Commentary (forthcoming Edward Elgar Publishing, 2019)*, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3285873>.

SOLANGE MAQUEO, M., *Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados, Comentada*, México: Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), 2018.

VAN DEN BULCK, P., “Transfers of personal data to third countries”, en *ERA Forum*, 2017, 18(2).

VAN DER SLOOT, B., “Legal consistency after the General Data Protection Regulation and the Police Directive”, en *European Journal of Law and Technology*, vol. 9 (3), 2018.

WAGNER, J., “The transfer of personal data to third countries under the GDPR: when does a recipient country provide an adequate level of protection?”, en *International Data Privacy Law*, Volume 8, Issue 4, November 2018.

Sistema interamericano: las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios¹

§

Calogero Pizzolo²

Resumen: El presente artículo analiza el alcance de la tutela efectiva de las personas migrantes dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En consecuencia, el autor desarrolla la garantía al debido proceso legal como noción dinámica e integradora en procedimientos donde interviene un grupo particularmente vulnerable. Se detalla el elenco de garantías mínimas que ha especificado la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la protección de las personas migrantes. También, el autor se detiene en algunos problemas particulares que surgen en el marco de procedimientos de extradición y deportación. Por último, vienen tratados el principio de no devolución (*non-refoulement*) y la prohibición de expulsiones colectivas en relación con las garantías mínimas en los procedimientos migratorios.

Palabras clave: *personas migrantes – debido proceso legal – Sistema Interamericano de Derechos Humanos – procedimientos migratorios - principio de no devolución – prohibición de expulsiones colectivas*

Abstract: This article analyses the scope of the effective protection of migrant people in the Inter-American Human Rights System. For this purpose, the author develops the right to due process as a dynamic and inclusive requirement for any process in which migrants are involved, in attention of their particular vulnerability. Further on, he details the minimum guarantees that the Inter-American Court of Human Rights has set for the protection of

¹ Este estudio se ha desarrollado con el apoyo del programa Erasmus+ de la Unión Europea en el marco del proyecto para el desarrollo del Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Acuerdo Nr. 2018-3245/043-00, Proyecto: 611111-EPP-1-2019-1-AR-EPPJMO-CoE).

² Catedrático de Derecho de la Integración, y de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Catedrático Jean Monnet de Derecho Público Europeo.

Sistema interamericano:
las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios

migrants in any kind of process. In addition, the author concentrates on some specific issues that arise within extradition and deportation procedures. Finally, the author examines the *non-refoulement* principle and the collective expulsions prohibition.

Key words: *migrant people – due process – Inter-American Human Rights System – migration procedures – non-refoulement principle – non-refoulement principle - collective expulsions prohibition*

Sumario:

I. El debido proceso legal como noción *dinámica e integradora* aplicada a los procedimientos migratorios. II.- Procedimientos de carácter migratorios que involucran a niñas y niños. A.- Derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio. B.- Derecho a que los procedimientos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado. C.- Derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales. D.- Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete. E.- Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular. F.- Derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante. G.- Deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados. H.- Derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada. I.- Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos. J.- Plazo razonable de duración del proceso. III.- Procedimientos de expulsión y deportación. IV.- Procedimientos para determinar la condición de refugiado. V.- Procedimientos de extradición. VI.- Principio de no devolución (*non-refoulement*). VII.- Prohibición de expulsiones colectivas.

I.- El debido proceso legal como noción dinámica e integradora aplicada a los procedimientos migratorios

En el marco de la *tensión* que existe –por una parte– entre el derecho de los Estados a regular la migración, como una manifestación del principio de soberanía, y –por la otra– el respeto a la dignidad intrínseca y el derecho de millones de seres humanos que emigran de sus países en busca de mejores condiciones de vida para ellos y sus familias, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los mecanismos internacionales de protección – entre ellos el sistema interamericano- adquieren especial relevancia.³

Los diferentes escenarios que plantea la migración internacional sitúan a las personas migrantes de frente a distintos *procedimientos judiciales y administrativos* que

³ Véase DÍAZ P., Acceso a los tribunales y debido proceso legal de las personas migrantes desde los estándares del Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos, en AA. VV “Derechos Humanos de los migrantes”, Programa de cooperación sobre derechos humanos México-Comisión europea, México D.F., 2005, pp. 219-238.

tienen implicaciones directas sobre la tutela efectiva y el ejercicio de sus derechos humanos.⁴

Estos procedimientos, originados principalmente en el *control migratorio* que llevan a cabo los Estados⁵, van desde los procedimientos migratorios que se dan al ingresar a un país, al solicitar la *residencia* o regularización y, en especial, los procesos de *expulsión* o *deportación*, hasta aquellos tendientes a dirimir controversias sobre derechos laborales y de seguridad social, así como aquellos relativos al acceso a derechos económicos, sociales y culturales. De igual manera, se encuentran los procedimientos penales en que los migrantes pueden acudir bajo la condición de víctimas, testigos o acusados, o aquellos que pueden resultar en su *extradición* a otro país.

Las personas en el contexto de la migración –sostiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)–, “independientemente de que no sean nacionales del Estado en el que se encuentran, tienen *derecho al respeto y garantía* de sus derechos humanos. A excepción del derecho a *entrar, circular y residir* en un país, el cual se encuentra restringido a aquellas personas que cuenten con la autorización legal para hacerlo, y de ciertos derechos políticos restringidos a los ciudadanos, *los migrantes tienen derecho a que se les respeten y garanticen los demás derechos reconocidos en la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos en igualdad de condiciones con las demás personas*”.⁶

Dentro de la cimentación de este amplio marco de protección tanto la CIDH, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)⁷, han avanzado en una extensa

⁴ La migración consiste en el desplazamiento geográfico interno o internacional de personas por motivos diversos como la búsqueda de mejores oportunidades laborales, por ende, de condiciones de vida, o la huida por conflictos que amenazan su vida, situación en la que la persona que emigra no lo hace voluntariamente y recibe la condición de refugiado o asilado.

⁵ Entendido básicamente como aquél dirigido a administrar la entrada, circulación y salida de población extranjera dentro de la política migratoria de un Estado, ya que llega a cooptar la definición misma de política migratoria. Tres momentos cruciales del control migratorio son: el ingreso y el rechazo en frontera; la circulación y la detención y, finalmente, la expulsión o devolución (véase GARCÍA L., Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio, “Estudios de Derecho”, Núm. 169. ene-jun 2020, p. 122).

⁶ CIDH, *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, Organización de Estados Americanos (OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15), párr. 80. Sin resaltar en el original.

⁷ Los temas del debido proceso han figurado con gran frecuencia en la jurisprudencia de la Corte IDH tanto contenciosa como consultiva.

jurisprudencia sobre cuál es el *alcance* que debe reconocérsele a las garantías del debido proceso enunciadas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).⁸ En otras palabras: ¿Estas garantías deben respetarse más allá de las instancias judiciales en cualquier tipo de instancias procesal?, o bien, ¿qué sucede con aquéllas garantías concebidas para ser aplicadas a los procedimientos penales, pueden aplicarse a otros procedimientos no penales?

Para intentar contestar estas preguntas, y otras similares, debemos repasar –aunque más no sea sumariamente– la interpretación que del nombrado artículo 8 han hecho los órganos de control previstos en la CADH (cfr. artículo 33).

En su OC-9 la Corte IDH dejó sentado que, el artículo 8 citado, es denominado por la CADH “Garantías Judiciales”, lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, este artículo –se aclara–, “no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino *el conjunto de requisitos*

Véase GARCÍA RAMÍREZ S., El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, pp. 637-670.

⁸ La citada norma titulada “Garantías Judiciales” dice: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Sistema interamericano:
las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios

que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención".⁹

Sobre la citada definición, García Ramírez mantiene que es útil observar su carácter "altamente protector", puesto que incluye tanto las garantías mínimas previstas en el artículo 8 (CADH), como otras adicionales que pudieran resultar necesarias para la adecuada integración del concepto de debido proceso. Para el ex presidente de la Corte IDH, los derechos y garantías que integran dicho concepto, "son parte de un *sistema dinámico, en constante formación*. Constituyen piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista".¹⁰

Con posterioridad, en la OC-11, la Corte IDH explica que en materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el artículo 8 (CADH), "no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, *el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal*".¹¹ Esta afirmación de la Corte IDH –que va a replicar en su jurisprudencia contenciosa–, nos pone en presencia de lo que García Ramírez denomina "un caso manifiesto de interpretación extensiva *pro homine*, con alcance general".¹²

⁹ Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27. Sin resaltar en el original.

¹⁰ Véase GARCÍA RAMÍREZ S., El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, pp. 667-668. Sin resaltar en el original. Véase también Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 146. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 2.

¹¹ Corte IDH. Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 149. Véase también Corte IDH. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 28. Sin resaltar en el original.

¹² GARCÍA RAMÍREZ S., El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, p. 668.

La *idea matriz* de las consideraciones precedentes se inspira en una concepción central de los derechos humanos forjada como límite infranqueable a la actuación de los poderes públicos.¹³ El respeto a dichos derechos, afirma en este rumbo la Corte IDH, “constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino *implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción*, bajo las exigencias establecidas en la Convención”.¹⁴

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Por lo tanto, explica la Corte IDH, cuando la CADH se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere “a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que *cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal* en los términos del artículo 8 [CADH]”.¹⁵

La jurisprudencia que repasamos, presenta al debido proceso como un derecho humano fundamental a obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración pública estatal excluida de cumplir con este deber. Las

¹³ Un análisis profundizado de los efectos de esta doctrina en SALMÓN E. Y BLANCO C., *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

¹⁴ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 68.

¹⁵ Ídem, párr. 71.

Sistema interamericano:
las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios

garantías mínimas “deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.¹⁶

Como podemos observar, la Corte IDH promueve una interpretación *amplia*¹⁷ que nos lleva a calificar a la noción de debido proceso como *dinámica e integradora*. Dinámica, porque la interpretación que se hace del texto de la CADH va más allá de su literalidad desplazando una visión estática y atemporal –incompatible con el dinamismo propio que demuestra la evolución de los derechos humanos–, por otra visión que parte de considerar a dichos derechos como un *derecho vivo*. Integradora, porque el debido proceso se suma, en palabras de la propia Corte IDH, a cualquier instancia procesal donde se discutan derechos.

Dentro de este contexto, los procedimientos migratorios, en cualquiera de sus manifestaciones –ya sea impulsados por órganos jurisdiccionales, cuasi-jurisdiccionales o administrativos–, se ven alcanzados por la noción de debido proceso defendida por la Corte IDH.¹⁸ En consecuencia, el debido proceso legal “es un derecho que *debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio*”.¹⁹ Esta definición de los

¹⁶ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 127.

¹⁷ Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr. 96.

¹⁸ Corte IDH. Caso Vélez Lóor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 143; Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121 y 122; y Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrs. 127 y 129.

CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, John Doe y otros (Canadá). 21 de julio de 2011, párr. 116; CIDH, Informe de Fondo No. 81/10, Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos). 12 de julio de 2010, párr. 51; CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, Nelson Iván Serrano Sáenz (Ecuador). 6 de agosto de 2009, párr. 61; CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08. Caso 12.534, Andrea Mortlock (Estados Unidos). 25 de julio de 2008, párrs. 78 y 83; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 64/08, Caso 11.691, Raghda Habbal e hijo (Argentina). 25 de julio de 2008, párr. 54; CIDH, Informe de Fondo No. 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México). 13 de abril de 1999, párr. 46.

¹⁹ Tanto al Corte IDH como la CIDH ponen énfasis en esta afirmación. Véase, entre otros, Corte IDH. Caso Vélez Lóor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párrs. 141 y 142.

CIDH, Informe de Fondo No. 78/11, Caso 12.586, John Doe y otros (Canadá). 21 de julio de 2011, párr. 116; CIDH, Informe de Fondo No. 81/10, Caso 12.562, Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos). 12 de julio de 2010, párrs. 5 y 63; CIDH, Informe de Fondo No. 84/09, Caso 12.525, Nelson Iván Serrano Sáenz (Ecuador). 6 de agosto de 2009, párr. 61; CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo No. 63/08. Caso 12.534, Andrea Mortlock (Estados Unidos). 25 de julio de 2008, párrs. 78 y 83; CIDH, Informe de Admisibilidad No. 64/08, Caso 11.691, Raghda Habbal e hijo (Argentina). 25 de julio de 2008, párr. 54; y CIDH, Informe de

jueces de San José va a ser determinante, dentro del sistema interamericano, para la tutela efectiva de los derechos de las personas migrantes.

Lo que surge claramente, sostiene García, es que las garantías del debido proceso en el ingreso, residencia, regularización, cambio de categoría, cancelación de residencia, deportación o expulsión y otros procesos migratorios, “son para todas las personas extranjeras, independientemente si tienen estatus regular o no. Esto obliga a los Estados latinoamericanos a, por ejemplo, regular un recurso efectivo y con las debidas garantías contra los rechazos en frontera”.²⁰

Para que exista el debido proceso, “es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses *en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables*”. La presencia de condiciones de desigualdad real, entiende la Corte IDH, obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la “defensa eficaz de los propios intereses”.²¹

En el caso de las personas migrantes, se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos. Por un lado, por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad. Por el otro, por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. En

Fondo No. 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz (México). 13 de abril de 1999, párr. 56 y 58.

²⁰ GARCÍA L., Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio, “Estudios de Derecho”, Núm. 169. ene-jun 2020, p. 140. El citado autor agrega: “Durante la tramitación de tales procesos e incluso durante el trámite de los recursos judiciales contra las decisiones, el rechazo, devolución o expulsión deben quedar suspendidos. ¿Pueden las personas estar detenidas durante tales trámites? Para niños, niñas y adolescentes, la jurisprudencia ha sido clara en sentido negativo. Para las demás personas, debe tenerse en cuenta que el principio es la no detención y que esta no puede tener una duración excesiva (Ídem).

²¹ Véase Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121; y Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 146. Sin resaltar en el original.

relación a esto último, “el Estado *debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real*”.²²

Esta línea argumental es profundizada por la Corte IDH en la OC-21 al demandar que, las garantías reconocidas en el artículo 8 (CADH), “deben ser respetadas y aseguradas a *todas las personas sin distinción*”. Tratándose, por caso, de procedimientos que involucran a niñas o niños, “deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 (CADH), de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales”. De esta forma, la protección especial derivada del citado artículo 19 y del artículo VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) “implica que *la observancia por parte de los Estados de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas y niños*, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso migratorio no se da en las mismas condiciones que un adulto. Por ello, el proceso tiene que estar adaptado a las niñas o niños y ser accesible para ellos” (ver punto II).²³

El esquema argumentativo que repasamos de la Corte IDH para afirmar sus garantías –se ha señalado- tiene tres capas: primero, que el debido proceso debe ser garantizado para todas las personas sin discriminación, esto es, sin diferenciación por estatus legal; segundo, que han sido reconocidas como un grupo con particular vulnerabilidad y tercero, que mayores obligaciones pueden ser exigibles en función de ella.²⁴

La *vulnerabilidad* es un concepto útil para ilustrar la débil relación entre el no nacional y el Estado receptor, a pesar del marco jurídico internacional de los derechos humanos.²⁵ La Asamblea General de Naciones Unidas, como fundamento de su resolución 54/166 (2000) sobre “Protección de los migrantes”, destacó que tenía presente “la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los migrantes debido, entre otras cosas, a que no

²² Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 126. Sin resaltar en el original.

²³ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 114.

²⁴ Cfr. GARCÍA L., Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio, “Estudios de Derecho”, Núm. 169. ene-jun 2020, p. 124.

²⁵ Véase OLEA RODRÍGUEZ H. M., Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), “Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad”, N° 9, octubre 2015 – mayo 2016, pp. 249-272.

viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los migrantes sin documentación o en situación irregular”.²⁶

Como señala García Ramírez, la jurisprudencia de la Corte IDH tiene en materia de vulnerabilidad, una de sus manifestaciones más destacadas, y se inscribe –según el citado autor- en lo que podemos llamar, válidamente, la jurisprudencia “transformadora” de la Corte IDH. A lo que agrega que la realidad de nuestra América Latina, “espacio judicial” de la Corte, suscita esa atención especial hacia los integrantes de grupos reconocidos como vulnerables.²⁷

La CIDH, por su parte, ha desarrollado los *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*.²⁸

En lo que aquí es objeto de análisis, el Principio 50 (Garantías de debido proceso legal en procedimientos migratorios) sostiene que todo migrante tiene derecho al debido proceso “ante las cortes, tribunales y todos los demás órganos y autoridades de la administración de justicia en cualquier proceso legal conducente a la restricción o reconocimiento de sus derechos, así como ante funcionarios y autoridades específicamente encargados de la determinación de su situación migratoria”. Los Estados, en consecuencia, deben adoptar todas las medidas que sean convenientes para evitar retrasos innecesarios en los procesos administrativos y judiciales, a fin de “no prolongar indebidamente el sufrimiento al recordar los sucesos vividos, y promover un manejo adecuado del riesgo de retraumatización como consecuencia de estos procesos”.

Para la CIDH, los procesos de migración deben ofrecer al migrante, por lo menos, las siguientes garantías: a. Funciones de control migratorio desempeñadas por autoridades

²⁶ Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General 54/166. Protección de los migrantes. 24 de febrero de 2000 [A/RES/54/166].

²⁷ GARCÍA RAMÍREZ S., Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Revista Mexicana de Derecho Constitucional”, Núm. 41, julio-diciembre 2019, pp. 1-32

²⁸ CIDH. Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019.

claramente identificadas por la ley para cumplirlas, incluidos funcionarios que estén facultados para solicitar y revisar la documentación; b. Información de su situación jurídica, proceso legal y derechos; c. Conducción de los procesos legales y apelaciones por una autoridad competente, independiente e imparcial; d. Protección de su información personal y del principio de confidencialidad. e. Notificación previa y detallada del proceso en el cual sea parte, sus implicaciones y posibilidades de apelación en un idioma y forma comprensibles para él; f. Derecho a comparecer sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer facultades judiciales, y a juicio dentro de un plazo razonable; analizar la legalidad de la detención o ser puesto en libertad sin perjuicio de la continuación del proceso judicial; g. Asistencia de un traductor o intérprete sin costo (incluso en cualquier proceso relacionado con su situación migratoria); h. Asistencia y representación jurídica por un representante legal competente seleccionado por el migrante (incluso en cualquier proceso relacionado con su situación migratoria) y sin costo cuando este carezca de medios para costear una representación privada; i. Audiencia o entrevista personal sin demora, dentro de un plazo razonable y con los medios necesarios para preparar su defensa y para reunirse de manera libre y privada con sus abogados; j. Notificación de la decisión tomada en el proceso; k. Recepción de notificación escrita de la decisión debidamente fundada y razonada; l. Apelación de la decisión dentro de un plazo razonable y con efecto suspensivo; m. Notificación del derecho a recibir asistencia consular y tener acceso efectivo a ella, cuando el migrante así lo solicite con el fin de notificar a las autoridades consulares de su país de origen; n. Derecho de los solicitantes de asilo y refugiados a ponerse en contacto con un representante de ACNUR y con las autoridades de asilo; o. Exención de sanciones desmedidas por cuenta de su entrada, presencia o situación migratoria, o por causa de cualquier otra infracción relacionada con la migración; y p. Aplicación de estas garantías, cuando corresponda, con sensibilidad frente a situaciones de trauma.

II.- Procedimientos de carácter migratorios que involucran a niñas y niños

Como vimos en el apartado anterior, los jueces de San José han tenido oportunidad de desarrollar extensamente esta materia en la OC-21 solicitada por los miembros fundadores del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay).²⁹

Procurando una sistematización de la OC-21 encontramos que la Corte IDH señala para los procedimientos que analizamos el siguiente elenco de *garantías mínimas*.³⁰

A.- Derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio

Todo migrante, afirma la Corte IDH, tiene derecho a que se le notifique la existencia de un proceso en su contra, pues, de lo contrario, mal podría garantizarse su derecho a la defensa. En el caso de niñas y niños migrantes, ello se extiende a *todo tipo de procedimiento* que los involucre. En este contexto “la existencia de personal capacitado para comunicarle a la niña o niño, de acuerdo al desarrollo de sus capacidades cognitivas, que su situación está siendo sometida a consideración administrativa o judicial garantizará que el derecho a la defensa pueda ser ejercido por la niña o niño, en el sentido de entender lo que está sucediendo y poder dar su opinión en lo que estime pertinente”.³¹

²⁹ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21. Entre los comentarios vinculados con esta opinión consultiva podemos citar: IPPDH, Derechos humanos de la niñez migrante, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, Buenos Aires, 2016; GALEANO BARRALAGA I. E., Garantías procesales aplicables a niños y niñas migrantes no acompañados en procesos de detenciones migratorias, “Revista Internacional de Derechos Humanos”, Año V – Núm. 5, 2015, pp. 151-172; y LUCERO VARGAS C., Perspectiva interamericana sobre la afectación de la libertad de menores en procedimientos migratorios, “Revista Transdisciplinaria de Estudios Migratorios”, diciembre 2015 Vol.1 No.1, pp. 44-54.

La relevancia de la temática propuesta es resaltada por los Estados solicitantes en estos términos: “En América Latina y el Caribe, se estima que alrededor de 25 millones de personas han migrado hacia países de Norteamérica y Europa, mientras que otros seis millones han migrado a otros países dentro de la región. De ellas, una cantidad creciente, aunque todavía inestimable, son niños, niñas y adolescentes algunos de los cuales migran junto a sus padres (o con uno de ellos) al tiempo que otros lo hacen, de manera creciente, en forma no acompañada o separada (...) Las personas migrantes en situación migratoria irregular, por un lado, y los niños y niñas, por el otro, *son grupos sociales que se encuentran en una condición de vulnerabilidad*. Ambos colectivos requieren, por ello, *un compromiso especial por parte de los Estados que deben procurar el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales*, teniendo en cuenta] un enfoque transversal de edad que tenga debidamente en [consideración] los derechos de los niños y niñas afectados por la migración” (Ídem, párr. 2).

³⁰ Ídem, párr. 116.

³¹ Ídem, párr. 117.

B.- Derecho a que los procedimientos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado

Al tratarse de procedimientos en los que se ven involucrados migrantes menores de edad, según la Corte IDH, las decisiones en materia migratoria *no pueden ser delegadas a funcionarios no especializados*. En consecuencia, en lo que concierne a procedimientos que involucren a niñas y niños, “los Estados deben garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior”.³²

C.- Derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales

Los Estados, sostiene la Corte IDH, tienen el deber de facilitar la posibilidad de que las niñas o niños puedan participar en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso. A estos efectos, tendrán derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por la autoridad competente. Dicho derecho, en opinión de los jueces de San José, debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)³³ el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña o niño se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino.³⁴

En el mismo sentido Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009 [CRC/C/GC/12], párrs. 40 a 47 y 82; y Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. 1 de septiembre de 2005 [CRC/GC/2005/6], párr. 25.

³² Ídem, párr. 121.

³³ El citado artículo dispone que: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

³⁴ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 102; y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 196.

Véase también, Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009 [CRC/C/GC/12], párrs. 65 a 67.

La Corte IDH recuerda que las niñas y niños deben ser oídos con el objeto de poder resolver de acuerdo a su mejor interés, siendo que incluso las opiniones de sus padres o tutores no pueden reemplazar la de las niñas o niños. En esta línea, “es necesario que los Estados tomen las previsiones pertinentes para considerar las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los infantes demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. De igual forma, constituye una obligación para los Estados adoptar las medidas pertinentes para garantizar este derecho a las niñas o niños con discapacidades tales que conlleven dificultades para hacer oír su opinión”.³⁵

En el caso de las niñas y niños migrantes, y particularmente, en el caso de aquellos no acompañados o separados de sus familias, el derecho a ser oído cobra una especial relevancia. Asimismo, cualquier declaración de una niña o niño debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos, la posibilidad de no declarar, la asistencia del representante legal y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla. En este orden de cosas, a fin de asegurar efectivamente el derecho a ser oído, los Estados “deben garantizar que el proceso se desarrolle en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad de la niña o niño y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado, de modo que la niña o el niño se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado”.³⁶

D.- Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete

Con el objeto de poder *garantizar* el derecho a ser oído, los Estados deben garantizar que toda niña o niño sea asistido por un traductor o intérprete en el caso de que no comprendiera o no hablara el idioma del ente decisor. En este sentido, “la asistencia de un traductor o intérprete se considera una *garantía procesal mínima y esencial* para que se cumpla el derecho de la niña o del niño a ser oído y para que su interés superior sea una

³⁵ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 122.

³⁶ Ídem, párr. 123.

consideración primordial. De lo contrario, la participación efectiva de la niña o del niño en el procedimiento *se tomaría ilusoria*”.³⁷

Esta garantía debe ser particularmente respetada en el caso de niñas o niños pertenecientes a *comunidades indígenas* a fin de respetar su identidad cultural y garantizar un efectivo acceso a la justicia. Al respecto, la Corte IDH ha interpretado que para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.³⁸

E.- Acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular

Debido a la especial vulnerabilidad de las niñas o niños que se encuentran fuera de su país de origen y, en especial, de aquellos no acompañados o separados, el acceso a la comunicación y asistencia consular se convierte en un derecho que cobra una especial relevancia y que debe ser garantizado y tratado de manera prioritaria por todos los Estados, en especial por las implicancias que puede tener en el proceso de recabar información y documentación en el país de origen, así como para velar por que la repatriación voluntaria únicamente sea dispuesta si así lo recomienda el resultado de un procedimiento de determinación del interés superior de la niña o del niño, de conformidad con las debidas garantías, y una vez que se haya verificado que la misma puede realizarse en condiciones seguras, de modo tal que la niña o niño recibirá atención y cuidado a su regreso.³⁹

Con anterioridad, en la *OC-16*, la Corte IDH había interpretado que la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* reconoce, como una función primordial del funcionario consular, el otorgamiento de asistencia al nacional del Estado que envía en la defensa de sus derechos ante las autoridades del Estado receptor, de modo tal que correlativamente el nacional del Estado que envía tiene derecho a acceder al funcionario

³⁷ Ídem, párr. 124.

³⁸ Cfr. Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 184; y Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 63.

³⁹ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 128.

consular con el fin de procurar dicha asistencia⁴⁰. El acceso efectivo a la comunicación consular debe darse sin dilación, de manera que puedan disponer de una defensa eficaz, para lo cual todos los extranjeros deben ser informados de este derecho⁴¹.

F.- Derecho a ser asistido por un representante legal y a comunicarse libremente con dicho representante

Los Estados, según los jueces de San José, tienen la obligación de garantizar a toda niña o niño involucrado en un procedimiento migratorio la asistencia jurídica a través del ofrecimiento de servicios estatales gratuitos de representación legal. De igual modo, este tipo de asistencia jurídica debe estar especializada, tanto en los derechos que asisten al migrante, como en atención específica en relación con la edad, de forma tal que permita garantizar un efectivo acceso a la justicia a la niña o niño migrante y velar por que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que lo afecte.⁴²

G.- Deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados

Los procedimientos administrativos o judiciales, que involucren a niñas o niños *no acompañados o separados de sus familias* –resalta la Corte IDH–, no podrán ser iniciados hasta tanto no haya sido nombrado un tutor. Específicamente, a fin de garantizar eficazmente el derecho a la libertad personal, el acceso rápido y gratuito a la asistencia jurídica y de otra índole, así como defender sus intereses y asegurar su bienestar.⁴³ Cuando se trata de niñas o niños no acompañados, no podrán ejercer la función de tutor los organismos o individuos cuyos intereses puedan entrar en conflicto con los de la niña o niño. En el caso de una niña o niño separado de su familia, “normalmente se nombrará tutor al familiar adulto que lo acompañe o quien le dispense cuidados sin ser familiar

⁴⁰ Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 80.

⁴¹ La protección consular no aplica respecto de los solicitantes de asilo y refugiados, dada las consecuencias que puede acarrear contra el principio de confidencialidad y la propia seguridad del refugiado y sus familiares.

⁴² Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 130.

⁴³ En el mismo sentido Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen. 1 de septiembre de 2005 [CRC/GC/2005/6], párr. 33.

directo, salvo que haya indicios de que ese arreglo no va a beneficiar al menor, por ejemplo, cuando éste haya sido maltratado por el adulto acompañante”.⁴⁴

Resulta necesario, por lo tanto, que los Estados creen mecanismos que permitan evaluar el ejercicio de la tutoría, a fin de que el interés superior de la niña o del niño esté debidamente representado durante todo el proceso de adopción de decisiones y, en particular, se prevengan los malos tratos.⁴⁵

H.- Derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada

El deber de motivación, viene interpretando la Corte IDH, es una de las debidas garantías para salvaguardar el derecho a un debido proceso⁴⁶. En este sentido se ha expresado que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de las personas a ser juzgadas por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática⁴⁷. Por ello, “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos *deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias*”.⁴⁸ En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos debe permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad⁴⁹. Además, debe mostrar que han sido

⁴⁴ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 135.

⁴⁵ Ídem, párr. 136.

⁴⁶ Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 141.

⁴⁷ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 224; y Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 77.

⁴⁸ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 224; y Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 152.

⁴⁹ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 224; y Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 122.

debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado.

En consonancia con lo anterior, y particularmente en el caso de niñas y niños, la resolución deberá dar cuenta motivadamente de la forma en que se tuvieron en cuenta las opiniones expresadas por la niña o niño, como también, la forma en que se ha evaluado su interés superior.⁵⁰

I.- Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos

La Corte IDH, en ejercicio tanto de su competencia consultiva como contenciosa, ha reafirmado el derecho de toda persona a *recurrir* todas aquellas decisiones finales que se adopten en el marco de procedimientos migratorios, *sean de carácter administrativo o judicial*, especialmente aquellas que ordenen la expulsión o deportación de un país o denieguen un permiso de ingreso o permanencia.

Este derecho adquiere una relevancia especial en aquellos casos en los que la niña o el niño considera que no ha sido debidamente escuchado o que sus opiniones no han sido tenidas en consideración. Por consiguiente, esta instancia de revisión debe permitir, entre otras cuestiones, identificar si la decisión ha tenido debidamente en consideración el principio del interés superior.⁵¹

En complemento con lo anterior, en aras de que el derecho a recurrir ante una autoridad judicial y a la protección judicial sea eficaz, *“es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos, de manera que de tratarse de una orden de deportación ésta debe ser suspendida hasta tanto no se haya proferido decisión judicial de la instancia ante la que se recurre. Sólo de*

⁵⁰ Esto último, en palabras del Comité de los Derechos del Niño, consiste en “una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio” (Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 12. El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009 [CRC/C/GC/12], párr. 45).

⁵¹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño. Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013 [CRC/C/GC/14], párr. 98.

esa forma se pueden proteger de manera efectiva los derechos de las niñas y niños migrantes”.⁵²

J.- Plazo razonable de duración del proceso

En atención al particular grado de afectación que podría suponer en una niña o niño, es particularmente importante hacer hincapié en que la duración del procedimiento hasta la adopción de la decisión final, debe respetar un plazo razonable. Ello implica que los procesos administrativos o judiciales que conciernen a la protección de derechos humanos de niñas y niños “deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcional por parte de las autoridades”. Lo anterior no solo revela una necesidad de cautelar y de proteger el interés superior de la niña o del niño, sino que contribuye asimismo a mantener la situación de incertidumbre por el menor tiempo posible generando el menor impacto a la integridad física, psíquica y emocional de la niña o niño. Sin embargo, “la duración debe extenderse lo suficiente como para garantizar que la niña o el niño sea adecuadamente oído. En este sentido, no se puede afectar el derecho de la niña o niño con base en justificaciones de mera celeridad del proceso”.⁵³

III.- Procedimientos de expulsión y deportación

Toda persona tiene el derecho a salir de cualquier Estado, sea el de su nacionalidad o no, aunque la manera usual de ejercicio por el Estado de sus facultades de control migratorio para el egreso de personas extranjeras es la expulsión o la deportación.

En el caso *Vélez Loor c. Panamá* (2010)⁵⁴, la Corte IDH tuvo oportunidad de profundizar en las condiciones de vigencia efectiva de las garantías del debido proceso de personas detenidas, y su posterior procesamiento por delitos relacionados con su situación

⁵² Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 142. La Corte IDH sigue aquí la jurisprudencia de los jueces de Estrasburgo (cfr. TEDH, *Caso Conka Vs. Bélgica*, No. 51564/99. Sentencia de 5 de febrero de 2002, párr. 79, y *Caso Gebremedhin [Gaberamadhien] Vs. Francia*, No. 25389/05, Sentencia de 26 de abril de 2007, párr. 58).

⁵³ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 143.

⁵⁴ Primera sentencia de la Corte IDH relacionada con el proceso de control y sanción migratoria contra un extranjero.

migratoria.⁵⁵ Dicho procesamiento, según la denuncia presentada, se habría sustanciado – entre otros cuestionamientos que incluyó la alegación de haber sufrido torturas durante la detención– “sin las debidas garantías y sin la posibilidad de ser oído y de ejercer su derecho de defensa”.⁵⁶ La Dirección Nacional de Migraciones interviniente, no notificó a la persona migrante detenida su resolución aplicando la pena correspondiente por delitos migratorios.

Ante el caso planteado, la Corte IDH reafirma que en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias⁵⁷, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas, “siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana”.⁵⁸ Si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias –sentencia la Corte IDH–, los objetivos perseguidos por las mismas “deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes”⁵⁹.

⁵⁵ Se trató de un ciudadano ecuatoriano detenido por las autoridades panameñas el 11 de noviembre de 2002 y deportado a Ecuador el 10 de septiembre de 2003. El Estado realizó un reconocimiento parcial de los hechos y de su responsabilidad internacional por varias de las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en la CADH.

⁵⁶ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 2.

La persona migrante había sido detenida por no contar con la documentación necesaria para permanecer en el país de destino. El detenido fue remitido a la Dirección de Migración y Naturalización de Darién. Posteriormente, la Directora Nacional de Migración y Naturalización del Ministerio de Gobierno y Justicia dictó la orden de detención 1430, y el detenido fue trasladado a la Cárcel Pública de La Palma, ya que dicha Dirección no contaba con celdas especiales para ubicar a los indocumentados. La Directora Nacional de Migración, luego de constatar que el señor Vélez Loor había sido deportado previamente de la República de Panamá a través de la resolución 6425, por encontrarse ilegal en el territorio nacional, resolvió imponerle la pena de dos años de prisión en uno de los Centros Penitenciarios del País. Ello en razón, se argumenta, de haber hecho caso omiso de las advertencias sobre el impedimento de entrada que existía contra él. Esto es, por haber infringido las disposiciones del Decreto Ley Número 16 sobre Migración, de 30 de junio de 1960 (derogado mediante el artículo 141 del Decreto Ley No. 3 de 22 de febrero de 2008 que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones).

⁵⁷ La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que versa sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio. Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 163.

⁵⁸ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 153. Sin resaltar en el original.

⁵⁹ Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 168.

Aclarado el concepto anterior, la Corte IDH desarrolla su argumentación teniendo en cuenta a la ya aludida (ver punto I) *situación de vulnerabilidad* en que se encuentra la persona migrante indocumentada. Esta situación no puede resultar ajena al momento de desarrollar un parámetro para el control de la tutela efectiva. La regla de interpretación que se impone entonces es que, *a mayor grado de vulnerabilidad de la persona migrante, mayor debe ser el grado de cumplimiento de las garantías del debido proceso*, y evitar así que las mismas devengan en garantías ilusorias.

Los migrantes indocumentados o en situación irregular –sostienen los jueces de San José– han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad, pues son los más expuestos a las violaciones potenciales o reales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos y diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado con relación a los nacionales o residentes.⁶⁰ En aplicación del *principio del efecto útil* y de las necesidades de protección en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad⁶¹, la Corte IDH “interpretará y dará contenido a los derechos reconocidos en la Convención, de acuerdo con la evolución del *corpus juris* internacional existente en relación con los derechos humanos de los migrantes, tomando en cuenta que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de este grupo”.⁶²

Lo dicho por la Corte IDH implica que al adoptar las medidas que correspondan, los Estados deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa. De igual forma, “la evolución de este ámbito del derecho internacional ha desarrollado *ciertos límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a*

⁶⁰ Ídem, párr. 112.

⁶¹ Cfr. Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, párr. 90; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 250; y Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 189.

⁶² Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 99.

*las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del migrante”.*⁶³

En el sentido anterior, para la Corte IDH, la CADH no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en su artículo 7.5⁶⁴ “en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio *pro persona*, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal”.⁶⁵ Consiguientemente, la Corte IDH considera que, para satisfacer la garantía establecida en el citado artículo 7.5 en materia migratoria –recordemos que la detención fue ordenada en el caso que observamos por una autoridad administrativa–, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. Como ya vimos, la Corte IDH ha establecido⁶⁶ que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 (CADH) *se aplican también a las decisiones de órganos administrativos*.⁶⁷

La Corte IDH concluye, en este punto, que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, *adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal*. Por esta razón, no puede la administración dictar “actos administrativos

⁶³ Ídem, párr. 100. Sin resaltar en el original.

⁶⁴ La norma citada dice: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

⁶⁵ Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 107.

⁶⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 119; Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200. párr. 208; Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71.

⁶⁷ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 108.

sancionatorios” sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican *mutatis mutandis* en lo que corresponda. El debido proceso legal, por lo tanto, “es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, *independientemente de su estatus migratorio*. Esto implica que el Estado debe garantizar que toda persona extranjera, aun cuando fuere un migrante en situación irregular, tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”.⁶⁸ El razonamiento anterior, es una consecuencia directa de la noción dinámica e integradora de debido proceso que promueven los jueces de San José (ver punto I).

En procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas –sostiene la Corte IDH– es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso. En casos como el que observamos, donde la consecuencia del procedimiento migratorio podía ser una privación de la libertad de carácter punitivo, “la asistencia jurídica gratuita se vuelve un imperativo del interés de la justicia”.⁶⁹ Al sentenciar en este sentido, la Corte IDH considera que el Estado de Panamá violó, en perjuicio del señor Vélez Loor, el derecho a ser oído contenido en el artículo 8.1 (CADH) y el derecho a contar con asistencia letrada contenido en el artículo 8.2.d) y 8.2.e) (CADH), en conexión con el artículo 1.1 (CADH).

La Corte IDH refiere que los extranjeros detenidos en un medio social y jurídico diferente de los suyos, y muchas veces con un idioma que desconocen, experimentan una condición de particular vulnerabilidad, que *el derecho a la información sobre la asistencia consular*, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar

⁶⁸ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 143. Según la Corte IDH “el procedimiento que concluyó con el acto administrativo sancionatorio que privó de la libertad al señor Vélez Loor no sólo se decidió sin que la parte fuese oída, sino que no brindaba la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, de audiencia ni del contradictorio, como parte de las garantías del debido proceso legal, colocando al migrante retenido al total arbitrio del poder sancionatorio de la Dirección Nacional de Migración” (Ídem, párr. 144).

⁶⁹ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 146. La Corte IDH considera que el hecho de no haber posibilitado el derecho de defensa ante la instancia administrativa que resolvió la aplicación de la sanción privativa de libertad impacta en todo el proceso, en razón de que el proceso administrativo sancionatorio es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos que se interpongan contra la decisión adoptada (Ídem, párr. 146).

de modo tal de asegurar que la persona extranjera detenida disfrute de un verdadero acceso a la justicia, se beneficie de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas, y goce de condiciones de detención compatibles con el respeto debido a la dignidad de las personas.

Desde la óptica de los derechos de la persona detenida, tres son por lo tanto para la Corte IDH los componentes esenciales del derecho debido al individuo por el Estado Parte: (A) el derecho a ser notificado de sus derechos bajo la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* (artículo 36.1.b)⁷⁰, lo cual debe realizarse en conjunto con sus obligaciones bajo el artículo 7.4 (CADH); (B) el derecho de acceso efectivo a la comunicación con el funcionario consular, y (C) el derecho a la asistencia misma⁷¹.

El derecho de un detenido extranjero a solicitar la ayuda del consulado de su país ha sido considerado como un componente de las *garantías mínimas* para brindar a los extranjeros la oportunidad de preparar adecuadamente su defensa⁷². De modo tal que la inobservancia u obstrucción del derecho del detenido a la información afecta las garantías judiciales, y puede resultar en una violación de las mismas.⁷³

En cuanto al *acceso efectivo* a la comunicación consular, la ya citada Convención de Viena dispone que al detenido se le debe permitir: 1) comunicarse libremente con los funcionarios consulares; y 2) recibir visitas de ellos (artículos 36.1.a y 36.1.b). El Estado receptor no debe obstruir la actuación del funcionario consular de brindar servicios legales

⁷⁰ Esta notificación le debe ser hecha antes de que rinda su primera declaración. Cfr. Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 106; y Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 164.

⁷¹ Cfr. Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 153.

⁷² Cfr. Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 164; Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164, párr. 116; y Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 122.

⁷³ Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 129; Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párrs. 125 y 126; y Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párrs. 195 y 196.

Sistema interamericano:
las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios

al detenido. Asimismo, el detenido tiene el derecho a la asistencia misma, lo cual impone al Estado del cual el detenido es nacional el deber de proteger los derechos de sus nacionales en el extranjero brindando protección consular. De esta manera, el derecho a la visita consular presenta un potencial para garantizar y dar efectividad a los derechos a la libertad personal, la integridad personal y la defensa.⁷⁴

Con posterioridad, en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* (2013), la Corte IDH insiste con las consideraciones precedentes. Este caso se refiere a la *devolución* de la familia Pacheco Tineo desde Bolivia a Perú como consecuencia del rechazo de una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados en Bolivia y de la decisión de *expulsión* –al ingresar irregularmente al territorio nacional– adoptada por las autoridades migratorias bolivianas. En cuanto a la solicitud al Estado boliviano del reconocimiento del estatuto de refugiados, los denunciantes alegan que esta solicitud fue resuelta desfavorablemente de manera sumaria y en violación de varias garantías de debido proceso.

Evocando la necesidad de tutela de un grupo vulnerable como el que integran las personas migrantes indocumentadas, la Corte IDH recuerda que esta condición de vulnerabilidad conlleva “una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de *jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de *facto* (desigualdades estructurales)”.⁷⁵

Un procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero –sentencia la Corte IDH– debe tener carácter individual, de modo que permita evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y ha de observar las siguientes garantías mínimas: (A) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra, si los hubiere, y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: a. la posibilidad de

⁷⁴ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 158.

⁷⁵ Véase Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 152.

exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra; y b. la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere; (B) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin; y (C) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.⁷⁶

Estos estándares de protección son mantenidos en el caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana* (2014) donde la Corte IDH reafirma que “un proceso que pueda resultar en la expulsión de un extranjero *debe ser individual*, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas. Asimismo, *dicho procedimiento no debe resultar discriminatorio en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus*”. La persona sometida a él ha de contar con las *garantías mínimas* ya expuestas (ver punto VII).⁷⁷

El citado caso permite, por otra parte, identificar el estándar que elabora la Corte IDH para determinar la existencia de un *recurso efectivo* para cuestionar la expulsión.⁷⁸ Según se destaca, las imprevistas privaciones de libertad y expulsiones de las víctimas se efectuaron en menos de 48 horas sin notificación previa. Dado lo anterior, para la Corte IDH no resulta necesario que, con relación al caso, se examine si, en términos generales, los recursos indicados por el Estado podrían resultar adecuados y efectivos en circunstancias análogas a las acaecidas a las presuntas víctimas. En efecto, “basta constatar que, dadas las circunstancias particulares de los hechos, en específico, la forma en la que se llevaron

⁷⁶ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 133.

⁷⁷ Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 356.

⁷⁸ El Estado señaló que, al momento de los hechos, en el derecho interno existían tres recursos internos, la acción de amparo, el habeas corpus (Ley No. 5353 de Habeas Corpus de 22 de octubre de 1914), y los recursos de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley No. 1494 de 9 de agosto de 1947). A la vez que alegó que las presuntas víctimas tuvieron la “oportunidad real y efectiva” de interponer dichos recursos, lo cual les habría permitido cuestionar la legalidad de su detención y la decisión de las autoridades dominicanas de deportar o expulsarlos (Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 395).

Sistema interamericano:
las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios

a cabo las expulsiones en el presente caso, las presuntas víctimas no tuvieron a su disposición la posibilidad de interponer los recursos mencionados por República Dominicana, ni contaron con procedimientos efectivos”.⁷⁹

IV.- Procedimientos para determinar la condición de refugiado

En el ya citado caso *Familia Pacheco Tineo c. Bolivia* (2013), la Corte IDH sostiene que el derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 (CADH), leído en conjunto con los artículos 8 y 25 (CADH), “*garantiza que la persona solicitante de estatuto de refugiado sea oída por el Estado al que se solicita, con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo*”.⁸⁰

Como consecuencia de lo anterior, dada la especial regulación del derecho a buscar y recibir asilo, y en relación con las *garantías mínimas del debido proceso* que deben resguardarse en procedimientos de carácter migratorio, en procedimientos relacionados con una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado o, en su caso, en procedimientos que puedan derivar en la expulsión o deportación de un solicitante de tal condición o de un refugiado, las obligaciones de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 (CADH) deben ser analizados en relación con las garantías establecidas en los artículos 8 y 25 (CADH), según corresponda a la naturaleza administrativa o judicial del procedimiento relevante en cada caso.

De este modo, en virtud de la naturaleza de los derechos que podrían verse afectados por una determinación errónea del riesgo o una respuesta desfavorable, para los jueces de San José las garantías de debido proceso resultan aplicables, en lo que corresponda, a ese tipo de procedimientos, que son normalmente de carácter administrativo. En ese sentido, todo procedimiento relativo a la determinación de la condición de refugiado de una persona implica una valoración y decisión sobre el posible riesgo de afectación a sus derechos más básicos, como la vida, la integridad y la libertad personal. De tal manera, aún si los Estados pueden determinar los procedimientos y

⁷⁹ Corte IDH. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 396.

⁸⁰ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 154. Sin resaltar en el original.

autoridades para hacer efectivo ese derecho, en aplicación de los principios de no discriminación y debido proceso, “se hacen necesarios procedimientos previsibles, así como coherencia y objetividad en la toma de decisiones en cada etapa del procedimiento para evitar decisiones arbitrarias”.⁸¹

La Corte IDH considera que, de conformidad con las garantías establecidas en los ya citados artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 (CADH), y tomando en cuenta las directivas y criterios de ACNUR, las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, de acuerdo con garantías contenidas en la CADH y en otros instrumentos internacionales aplicables, que, en casos como el presente, implican las siguientes obligaciones para los Estados: a) deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR; b) la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal; c) las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa; d) con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad; e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y f) el recurso de revisión o apelación *debe tener efectos suspensivos* y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente

⁸¹ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 157.

adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada.⁸²

Además, independientemente de la posibilidad de revisión, en el marco del derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 (CADH), y según las regulaciones propias del ordenamiento jurídico de cada Estado, “pueden existir determinados acciones o recursos de carácter judicial, por ejemplo de amparo o de *habeas corpus*, que sean rápidos, adecuados y efectivos para cuestionar la posible violación de los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención, o en la Constitución y en la ley de cada Estado. En esos términos, tales recursos pueden ser, en determinadas circunstancias, efectivos para remediar parcial o totalmente la situación violatoria y, en su caso, para reconducir los procedimientos administrativos, lo cual corresponderá ser evaluado en cada caso”.⁸³

V.- Procedimientos de extradición

En el caso *Wong Ho Wing vs. Perú* (2015), la Corte IDH trata la aplicación de las garantías del debido proceso a los procedimientos de extradición. En su presentación a la Corte IDH, la CIDH entiende –en lo que aquí es objeto de estudio–, que en las diferentes etapas del procedimiento de extradición las autoridades internas han incurrido en una serie de omisiones e irregularidades en la tramitación del proceso, las cuales constituyeron, además de violaciones a varios extremos del debido proceso, un alegado incumplimiento del deber de garantía del derecho a la vida y a la integridad personal del señor Wong Ho Wing.

Dicho contencioso constituye la primera oportunidad en la que la Corte IDH se pronuncia sobre las obligaciones de los Estados Parte de la CADH en el marco de procedimientos de extradición. El Estado peruano había objetado la aplicación al caso de precedentes en supuestos de deportación, refugio o expulsión. La respuesta de la Corte IDH fue que la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, así como el principio de no devolución ante el riesgo de tortura y otras formas de trato cruel,

⁸² Ídem párr. 159.

⁸³ Ídem párr. 160.

inhumano o degradante o riesgo al derecho a la vida “se aplica a todas las modalidades de devolución de una persona a otro Estado, incluso por extradición”.⁸⁴

Para la Corte IDH, del respeto al derecho a la integridad personal (artículo 5, CADH) –leído en conjunto con las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección de los derechos humanos-, se desprende “el deber del Estado de *no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover de otro modo* a una persona que esté sujeta a su jurisdicción a otro Estado, o a un tercer Estado que no sea seguro, cuando exista presunción fundada para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes”.⁸⁵ Lo dicho nos lleva a estudiar cómo el principio de no devolución articula con las garantías del debido proceso.

VI.- Principio de no devolución (*non-refoulement*)

El caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* (2013) también permite a la Corte IDH desarrollar la importancia del *principio de no devolución* (art. 22.8, CADH)⁸⁶ determinante para la tutela efectiva de los derechos en los procedimientos de carácter migratorio.⁸⁷ Para los jueces de San José, cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado “deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión. Esto implica respetar las garantías mínimas referidas, como parte de la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su

⁸⁴ Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 130. Sin resaltar en el original.

En el mismo sentido se ha pronunciado el TEDH, Caso Babar Ahmad y otros Vs. Reino Unido, Nos. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 y 67354/09. Sentencia de 10 de abril de 2012, párr. 168 y 176. También el Comité contra la Tortura, Caso Chipana Vs. Venezuela, Comunicación N°. 110/1998, U.N. Doc. CAT/C/21/D/110/1998, 10 de noviembre de 1998, párr. 6.2, y Caso GK Vs. Suiza, Comunicación, N°. 219/2002, U.N. Doc. CAT/C/30/D/219/2002, 7 de mayo de 2003, párrs. 6.4 y 6.5.

⁸⁵ Ídem, párr. 127. Sin resaltar en el original.

⁸⁶ La norma citada dice: “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas”.

⁸⁷ Aunque este principio tradicionalmente se reconoce a solicitantes de asilo y refugiados/as, la Corte IDH también ha dejado en claro como vemos a continuación que se aplica respecto de las personas extranjeras en general.

expulsión y, si se constata ese riesgo, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo”.⁸⁸

En el sistema interamericano, según interpreta la Corte IDH, el principio de no devolución es *más amplio* en su sentido y alcance. Además, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, “la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo”. Dicho principio se ve reforzado, en el sistema interamericano, por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo. De este modo, esas personas están protegidas contra la devolución como una modalidad específica de asilo bajo el citado artículo 22.8, “sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados, bajo la Convención de 1951 (art. 33.1) y su Protocolo de 1967”.⁸⁹

El principio de no devolución, según la Corte IDH, necesariamente implica que las personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Antes de realizar una devolución, los Estados “deben asegurarse de que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante *procedimientos justos y eficientes de asilo* en el país a donde se le estaría expulsando. Los Estados también *tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo* (la llamada “devolución indirecta”)”.⁹⁰

⁸⁸ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 136.

⁸⁹ Ídem párrs. 151-152.

⁹⁰ Ídem párr. 153. Sin resaltar en el original.

Adicionalmente, el sistema interamericano cuenta con un tratado específico, la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, la cual recoge en su artículo 13 (párrafo 4) el principio de no devolución.⁹¹

En el ya citado caso *Wong Ho Wing c. Perú* (2015), la Corte IDH recuerda que, dicho principio, tal como se encuentra regulado, “está asociado también a la protección del derecho a la vida y de *determinadas garantías judiciales*, de modo tal que no se limita únicamente a la protección contra la tortura. Aunado a ello, no basta con que los Estados se abstengan de incurrir en una violación de dicho principio, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas. En situaciones en las cuales la persona se encuentra frente a un riesgo de tortura el principio de no devolución es absoluto”.⁹²

En consecuencia, cuando una persona alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado “deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión. Esto implica *respetar las garantías mínimas referidas*, como parte de la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y, si se constata ese riesgo, no debería ser devuelto al país donde exista el riesgo”.⁹³

Los jueces de San José concluyen en que, conforme a la obligación de garantizar el derecho a la vida, los Estados que *han abolido la pena de muerte* “no pueden exponer a una persona bajo su jurisdicción al riesgo real y previsible de su aplicación, por lo cual no pueden expulsar, *por deportación o extradición*, a las personas bajo su jurisdicción si se puede prever razonablemente que pueden ser condenadas a muerte, sin exigir garantías de que dicha pena no les será aplicada”. De igual modo, los Estados Parte de la CADH que *no han abolido la pena de muerte* “no podrán *expulsar* a ninguna persona bajo su jurisdicción, *por deportación o extradición*, que pueda enfrentar el riesgo real y previsible

⁹¹ La norma citada dice: “No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente”.

⁹² Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 128. Sin resaltar en el original.

⁹³ Ídem párr. 129. Sin resaltar en el original.

de aplicación de pena de muerte por delitos que no están penados con igual sanción en su jurisdicción, sin exigir las garantías necesarias y suficientes de que dicha pena no será aplicada”. Adicionalmente, la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal, juntamente con el principio de no devolución, impone a los Estados “la obligación de no expulsar, por vía de extradición, a ninguna persona bajo su jurisdicción cuando existan razones fundadas para creer que enfrentaría un riesgo real, previsible y personal de sufrir tratos contrarios a la prohibición de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.⁹⁴

VII.- Prohibición de expulsiones colectivas

Las recurrentes crisis migratorias en la frontera entre Haití y República Dominicana, han hecho que los jueces de San José intervengan en la salvaguardia de los derechos de las personas migrantes durante los procedimientos de carácter migratorio llevados a cabo en violación de la prohibición de expulsiones colectivas. En el ya citado *caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012), por ejemplo, la Corte IDH tiene que determinar si, de acuerdo al alegato de los denunciados, el carácter expeditivo de la expulsión de las presuntas víctimas demostró el indudable rechazo de la República Dominicana a la posibilidad de que las personas haitianas se opusieran legítimamente a la medida de la expulsión colectiva.⁹⁵ O bien, la imposibilidad fáctica de presentar un habeas corpus, una solicitud de estatus de refugiado, asilo o cualquier otra medida de protección a autoridades competentes del Estado.⁹⁶

⁹⁴ Ídem párrs. 134-135. Sin resaltar en el original.

⁹⁵ Cabe señalar que no se trató del llamado “rechazo en frontera” o “rechazo en caliente” sino que los hechos ocurrieron a más de 50 kilómetros dentro del territorio dominicano.

La importancia de la cuestión para la Corte IDH se pone en evidencia ya que la CIDH, en su denuncia, no se refiere a la existencia de una violación al artículo 22.9 (CADH). Sin embargo, aun así, la Corte IDH “considera que el Estado no justificó que existieran razones para la expulsión de los migrantes haitianos del territorio dominicano sin que mediara un procedimiento formal que observara las garantías individuales a cada una de aquellas personas. En vista de lo anterior, la Corte entiende necesario realizar las siguientes consideraciones respecto de la prohibición de expulsiones colectivas, así como de las garantías del debido proceso en procedimientos de deportación o expulsión” (Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 151).

⁹⁶ Los denunciados alegaron que “contrariamente a la normativa internacional, la expulsión de las [presuntas víctimas fue] con carácter colectivo, toda vez que las mismas [fueron] transportadas a la frontera en grupo, sin que previamente hubieran sido individualizadas para la valoración particular de la situación migratoria de cada una”. Concluyeron que la conducta de las autoridades dominicanas se fundó en “motivos de discriminación y xenofobia en perjuicio de las personas haitianas”. (cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 146). Cabe agregar que el Estado “no se refirió a las alegadas violaciones de las garantías

Las expulsiones colectivas se encuentran *expresamente* prohibidas (cfr. art. 22.9, CADH)⁹⁷. En el ejercicio de la facultad del Estado de establecer su política migratoria – señala la Corte IDH–, debe tenerse plena observancia de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros, y de las consecuentes garantías intrínsecas a procesos de expulsión o deportación de extranjeros, “en especial *aquellas derivadas de los derechos al debido proceso y la protección judicial*”.⁹⁸ Por lo tanto, la Corte IDH ha resaltado que garantizar el contenido del artículo 22 (CADH) “es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona”.⁹⁹

En el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, los jueces de San José consideran que el carácter *colectivo* de una expulsión “implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero, y por ende recae en arbitrariedad”.¹⁰⁰ A este concepto llega siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el cual ha determinado que una expulsión colectiva de extranjeros es: “Cualquier [decisión] tomada por autoridad competente que obligue a los extranjeros como grupo a abandonar el país, excepto cuando tal medida sea tomada luego de o en base a un examen razonable y objetivo de los casos particulares de cada extranjero del grupo”.¹⁰¹ Siguiendo a los jueces de Estrasburgo¹⁰², la Corte IDH rechaza también cualquier criterio cuantitativo para definir la existencia de una expulsión colectiva: “el solo número de extranjeros objeto de decisiones de expulsión no es el criterio fundamental para la caracterización de una expulsión colectiva”.¹⁰³

judiciales y protección judicial en relación con el proceso de expulsión, o a la alegada expulsión colectiva de los migrantes haitianos (Ídem, párr. 149).

⁹⁷ La norma citada dice: “Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.

⁹⁸ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 155.

⁹⁹ Cfr. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 115 y *Caso Velez Restrepo y familiares Vs. Colombia, supra*, párr. 220.

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 171.

¹⁰¹ Cfr. TEDH, *Andric Vs. Suecia*. No. 45917/99. Primera Cámara. Decisión de 23 de febrero de 1999, párr. 1, *Caso Conka Vs. Bélgica*. No. 51564/99. Tercera Cámara. Sentencia de 5 de febrero de 2002, párr. 59.

¹⁰² Cfr. TEDH, *Hirsi Jamaa Vs. Italia*. No 27765/09. Gran Sala. Sentencia de 23 de febrero de 2012, párr. 184.

¹⁰³ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 172.

En el caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012), la Corte IDH concluye –teniendo en cuenta tanto a la normativa interna vigente como al derecho internacional–, que “un proceso que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero, *debe ser individual, de modo a evaluar las circunstancias personales de cada sujeto y cumplir con la prohibición de expulsiones colectivas*. Asimismo, dicho procedimiento *no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus*”.¹⁰⁴ De igual modo, dicho procedimiento, ha de observar las siguientes garantías mínimas en relación con el extranjero: (A) ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como: a. la posibilidad de exponer sus razones y oponerse a los cargos en su contra; b. la posibilidad de solicitar y recibir asistencia consular, asesoría legal y, de ser el caso, traducción o interpretación; (B) en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente y presentarse ante ella para tal fin, y (C) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.¹⁰⁵

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, la Corte IDH llega a la conclusión de que el Estado dominicano violó la prohibición de expulsión colectiva al tratar a los migrantes como un grupo, sin individualizarlos o darles un trato diferenciado como ser humano y tomando en consideración sus eventuales necesidades de protección.¹⁰⁶

Las consideraciones expuestas fueron confirmadas por la Corte IDH en el caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas c. República Dominicana* (2014).¹⁰⁷ En este caso, la Corte IDH acreditó que los denunciados de nacionalidad haitiana fueron detenidos y expulsados en menos de 48 horas junto a sus familiares y otras personas, sin evidencia

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 175. Sin resaltar en el original.

¹⁰⁵ Ídem.

¹⁰⁶ Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 178.

¹⁰⁷ Corte IDH. Caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párrs. 361.

alguna de que hayan sido sujetos a un examen individualizado de la naturaleza antes referida previo a ser expulsados.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Ídem, párr. 382.

Bibliografía

ARLETTAZ F., Niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados y su derecho a la garantía al debido proceso, "ACDI", Vol. 9, 2016, pp. 197-231.

BECERRA GELÓVER G., Flujos migratorios y discriminación, en AA. VV "Derechos Humanos de los migrantes", Programa de cooperación sobre derechos humanos México-Comisión europea, México D.F., 2005, pp. 191-204.

CASILLAS R., La vigencia de los derechos humanos de los migrantes, premisa insustituible en la relación migración y desarrollo, en AA. VV. "Mirando al norte: algunas tendencias de la migración Latinoamericana", FLACSO, San José, C.R., 2012, pp. 21-36.

CASTILLA JUÁREZ K. A., Protección judicial interamericana de las personas migrantes y refugiadas. La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras, en AA. VV. "Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", 2017, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 357-381.

CIDH, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos (OEA), 2015 [OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15 31 diciembre 2015].

CORTE IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 2: Personas en situación de migración o refugio, San José, 2020.

CORTE IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 12: Debido Proceso, San José, 2020.

CORTE IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 14: Igualdad y no discriminación, San José, 2020.

DÍAZ P., Acceso a los tribunales y debido proceso legal de las personas migrantes desde los estándares del Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos, en AA. VV "Derechos Humanos de los migrantes", Programa de cooperación sobre derechos humanos México-Comisión europea, México D.F., 2005, pp. 219-238.

GALEANO BARRALAGA I. E., Garantías procesales aplicables a niños y niñas migrantes no acompañados en procesos de detenciones migratorias, “Revista Internacional de Derechos Humanos”, Año V – Núm. 5, 2015, pp. 151-172.

GALLO CAMPOS K., Niñez migrante: blanco fácil para la discriminación, en AA. VV “Derechos Humanos de los migrantes”, Programa de cooperación sobre derechos humanos México-Comisión europea, México D.F., 2005, pp. 133-144.

GARCÍA L., Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre garantías del debido proceso en el control migratorio, “Estudios de Derecho”, Núm. 169. ene-jun 2020, pp. 119-144.

GARCÍA RAMÍREZ S., El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, pp. 637-670.

GARCÍA RAMÍREZ S., Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia “transformadora” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Revista Mexicana de Derecho Constitucional”, Núm. 41, julio-diciembre 2019, pp. 1-32.

GARCÍA RAMÍREZ S., Panorama de la jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 2018.

GIRÓN SOLÓRZANO C. L., Lineamientos Regionales para la Protección de los Derechos Humanos de los Migrantes, en AA. VV “Derechos Humanos de los migrantes”, Programa de cooperación sobre derechos humanos México-Comisión europea, México D.F., 2005, pp. 107-118.

GONZÁLEZ J., La migración en condiciones de vulnerabilidad, en AA. VV. “Mirando al norte: algunas tendencias de la migración Latinoamericana”, FLACSO, San José, C.R., 2012, pp. 67-76.

IPPDH, Derechos humanos de la niñez migrante, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, Buenos Aires, 2016.

IPPDH, Migración, derechos humanos y política migratoria, Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR, Buenos Aires, 2016.

Sistema interamericano:
las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios

LUCERO VARGAS C., *Perspectiva interamericana sobre la afectación de la libertad de menores en procedimientos migratorios*, “Revista Transdisciplinaria de Estudios Migratorios”, diciembre 2015 Vol.1 No.1, pp. 44-54.

MORALES SÁNCHEZ J., *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 2015.

NÚÑEZ DONALD C., *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a la movilidad humana: entre cosmopolitismo y hospitalidad*, “Universitas”, 2018, N° 27, pp. 76-109.

OLEA RODRÍGUEZ H. M., *Migración (en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, “Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad”, N° 9, octubre 2015 – mayo 2016, pp. 249-272.

PELLETIER QUIÑONES P., *Análisis sentencia Nadege Dorzema y otros Vs República Dominicana. Corte Interamericana de Derechos Humanos*, “Revue québécoise de droit international”, Núm. 41, julio-diciembre 2019, pp. 385-404.

PÉREZ GONZÁLEZ C., *Migraciones y Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre. La contribución de la Declaración a la conformación de un derecho internacional de las migraciones*, “Revista Electrónica Iberoamericana”, Vol. 13, edición especial, 2019, pp. 1-25.

PIMENTEL MURRIETA R., *Medidas alternas y difusión de la cultura del respeto de los derechos humanos de los migrantes*, en AA. VV “Derechos Humanos de los migrantes”, Programa de cooperación sobre derechos humanos México-Comisión europea, México D.F., 2005, pp. 269-276.

RODRÍGUEZ LOZANO L. G., *El debido proceso y los migrantes*, “Revista Jurídica Universidad Americana”, v.5 diciembre 2017, pp. 149-189.

SALMÓN E. Y BLANCO C., *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

SEPÚLVEDA IGUÍNIZ R., *Hacia una política migratoria sustentada en los derechos humanos*, en AA. VV “Derechos Humanos de los migrantes”, Programa de cooperación sobre derechos humanos México-Comisión europea, México D.F., 2005, pp. 119-124.

TORRES-MARENCO V., La migración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, “Vniversitas”, N° 122, enero-junio de 2011, pp. 41-76.

El Derecho Parlamentario del Mercosur

§

Mariana Rodríguez Saumell de Koch¹

Resumen: La autora analiza las implicancias que ha tenido el Parlasur como instrumento en el proceso de legitimación democrática del Mercosur. Así, explica el estado de situación de este cuerpo parlamentario en la región. Además, la autora desarrolla las fuentes de conflicto en el proceso de integración regional que han tenido lugar en relación con este parlamento.

Palabras clave: *Parlasur – Mercosur – Parlamento – Integración regional – fuentes de conflicto*

Abstract: In this article the author analyses the implications that has had the “Parlasur” parliament as an instrument in the process of democratic legitimization of the regional integration system of “Mercosur”. Thus, she explains the state of the situation of this parliamentary body in the region. Furthermore, the author develops the sources of conflicts in the regional integration process that has taken place with regard to this parliament.

Key Words: *Parlasur – Mercosur – parliament – Regional integration – sources of conflict*

¹ Abogada Especialista en Elaboración de Normas Jurídicas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Sumario:

I. Legitimación democrática del Mercosur, el Parlamento. II. Conflicto de organización en la elección directa de parlamentarios del Mercosur. III. Observatorio de la Democracia del Parlamento del Mercosur. IV. El Derecho Parlamentario del Mercosur: a) Solicitud de Opinión consultiva ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur b) función disciplinaria c) Actos y Jurisprudencia parlamentaria. V. Conclusiones.

I. Legitimación democrática del Mercosur, el Parlamento

La incorporación del Parlamento presupone un avance en el proceso encaminado a legitimación democrática del Mercosur. Las instituciones que lo componen de naturaleza intergubernamental tendrán la oportunidad de verse favorecidos en la toma de decisiones, en los niveles diplomáticos, receptando o atendiendo la dimensión representativa de los parlamentarios que los ciudadanos de los estados partes eligen por sufragio directo, universal y secreto, conforme regula el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur (PCPM).

En uno de los tantos debates encaminados a sancionar la ley para la elección directa de parlamentarios argentinos del Mercosur, en la reunión plenaria de las comisiones competentes del Senado de la Nación (17-08-2010), Dalla Vía sostuvo que “el Mercosur es un proyecto que nació desde el Ejecutivo y el déficit que tuvo en sus comienzos (...) fue que originalmente toda su tarea se concretó en las Cancillerías, en los Ministerios de Economía y en los Ministerios de Relaciones Exteriores. Es decir que la creación de un Parlamento del Mercosur tiende a equilibrar ese déficit democrático”.

El proceso de toma de decisiones del Mercosur está aún en su génesis en cuanto al grado de representatividad que se requiere para legitimizar el sistema, ello por lo acotado de las competencias atribuidas al órgano parlamentario. En el entramado de los procesos para dictar normas delegadas a ser internalizadas por los estados partes (EP) o sobre control presupuestario, el Parlamento del Mercosur carece de funciones relevantes.

Este proceso de legitimación tuvo su origen en la Unión Europea (UE), pero fue receptado en el Mercosur. Para comprenderlo a fondo resulta oportuno remitir al discurso pronunciado por el Embajador de la UE en la VII Sesión Ordinaria del Parlamento del Mercosur o Parlasur (19-11-2007) en ocasión del tratamiento Proyecto de Cooperación de la UE “Apoyo a la Instalación del Parlamento del Mercosur” (EC – Proyecto ALA/2006/018-200)”.

En esa oportunidad Hanna señaló que “el objetivo general del proyecto es favorecer la integración regional y el reforzamiento institucional del Mercosur mediante la creación y el funcionamiento del Parlamento del Mercosur, profundizando y consolidando la legitimidad democrática a través de la participación de los grupos políticos y de la sociedad civil”. Además recordó que, como ha acontecido en la Unión Europea (UE), el proceso “no se limita a la integración económica y comercial de sus países miembros. Ambos bloques tienen como finalidad mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos y promover los valores que hemos escuchado: el respeto por la democracia, los derechos humanos, el desarrollo económico y social sostenible y el cuidado del medio ambiente. Estos son valores que compartimos”.

En apretada síntesis, Hanna afirma que no hay integración sin instituciones fuertes que trabajen, no solo por el interés nacional, sino a favor del interés regional. En particular, el Parlamento incidirá en tres aspectos claves del proceso de integración. En primer lugar, en la legitimidad de la representación ciudadana, derivada de la elección, que deberá actuar como caja de resonancia de la sociedad civil y generar propuestas políticas cuyos beneficios lleguen al ciudadano; en segundo término, en la consolidación del componente democrático regional y, en tercer lugar, en la seguridad política del bloque, mejorando la calidad política de su normativa.

El PCPM recepta en sus considerandos la demanda de legitimidad: la instalación del Parlamento del Mercosur, con una adecuada representación de los intereses de los ciudadanos de los Estados Partes, significará un aporte a la calidad y equilibrio institucional del Mercosur, creando así un espacio común en el que se refleje el pluralismo y las diversidades de la región.

A su vez, la normativa constitutiva establece que el Parlasur contribuye a la democracia, la participación, la representatividad, la transparencia y la legitimidad social en el desarrollo del proceso de integración y de sus normas.

Con respecto a los parlamentarios, su elección directa está prevista en el artículo 1º y 6º del PCPM y sus disposiciones transitorias, receptada legalmente en Paraguay y Argentina. La conformación mediante representación indirecta fue un recurso de naturaleza provisoria; pero esta transición se fue extendiendo a partir de Decisiones del principal órgano intergubernamental del Mercosur, el Consejo del Mercado Común (CMC). Por su parte, Brasil y Uruguay persisten en la elección indirecta.

Recientemente –2019–, la omisión del Gobierno argentino de convocar a elecciones directas para renovar los parlamentarios elegidos en el 2015, significó un retroceso institucional para el Mercosur e internamente la privación a los ciudadanos argentinos a ejercer el derecho legalmente establecido en la ley 27.120, tanto para elegir como para ser elegidos en sufragio directo. De la misma forma se conculcó el derecho de los partidos políticos a nominar candidatos. Profundizaremos sobre esta cuestión más adelante.

Otro aspecto que afecta al Parlamento son las limitaciones competenciales para participar de los grandes debates de la integración, en virtud de que se tiende a considerarlo simplemente como un órgano consultivo. Por eso, como el Parlamento Europeo en sus orígenes, <está en formación una mayor oportunidad para la consideración de las minorías políticas y las prerrogativas ciudadanas, aquellas que den lugar a la caja de resonancia que necesita toda estabilidad y progreso democrático regional.

A continuación, analizaremos las fuentes del derecho y del ordenamiento jurídico parlamentario del Mercosur siguiendo las tres dimensiones que expresa Martínez Elipe (1999)²: las fuentes de dimensión normativa, el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, el Reglamento interno del Parlamento del Mercosur (Reglamento Interno) y los acuerdos de sus órganos rectores; las fuentes de su dimensión sociológica –que atienden a los usos y prácticas–, la jurisprudencia parlamentaria, acuerdos políticos y disposiciones de la Mesa Directiva; las fuentes de dimensión axiológica que expresan los valores

² MARTÍNEZ ELIPE, *Introducción al Derecho Parlamentario*, P. 15

superiores del régimen político al que pertenecen, en particular se destaca en ese sentido el Reglamento del Observatorio de la Democracia del Parlamento del Mercosur.

Bajo dicha perspectiva, para conocer el desarrollo del derecho parlamentario del Mercosur, indagaremos sobre los acontecimientos más significativos que tienen lugar en el mismo:

- a) Las acciones del Observatorio de Defensa de la Democracia, para promover la paz, los derechos humanos y la democracia en el sistema regional (dimensiones normativa, sociológica y axiológica);
- b) La relación entre órganos, seleccionando PARLASUR–Tribunal Permanente de Revisión (TPR), a partir de la solicitud de Opinión Consultiva 1/18 sobre pago de dietas a los parlamentarios argentinos y la participación en la selección de los jueces del TPR;
- c) Los distintos actos que emanan del parlamento según su procedimiento y la jurisprudencia parlamentaria. Dilucidar, en grado incipiente, si se presentan potenciales mejoras a partir de la representación directa de sus parlamentarios y cuáles son las materias prioritarias que resuelven;
- d) Las decisiones referidas a su composición: expulsión de sus miembros y la continuidad de los parlamentarios argentinos resuelta por la Mesa Directiva, ante la renuencia de la Argentina a convocar las elecciones que designen a sus reemplazantes.

En segundo lugar analizaremos desde la teoría del conflicto en qué medida se socava la legitimación pretendida con la incorporación del Parlamento del Mercosur, como consecuencia de la dilación atribuida a todos los EP en consumir la representación directa de los parlamentarios.

Describe Pizzolo (2010)³ que la tercera categoría de las fuentes de conflicto en un proceso de integración regional son “los conflictos de organización originados en el funcionamiento del mecanismo institucional. Los conflictos pueden producirse aquí entre

³ PIZZOLO, Derecho e Integración Regional, p. 911

un Estado y un órgano, entre dos Estados miembros con respecto a los mecanismo en sí, o entre dos o más órganos. Pueden deberse a una disidencia fundamentada en intereses o puntos de vistas antagónicos relacionados con aspectos tales como la competencia de los órganos, el personal que los compone, su financiamiento, etc.”

Conviene señalar, a esta altura, conceptos mínimos desde la perspectiva de las fuentes normativas sobre la organización de poder dentro de las estructuras del Mercosur. El Protocolo de Ouro Preto sobre Estructura Institucional del Mercosur —1994—, art. 2, dispone que el Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC) y la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) son órganos con capacidad decisoria de naturaleza intergubernamental. Como contrapartida, establece a la Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC) como el órgano representativo del Mercosur, integrada por 18 legisladores de cada EP elegidos entre los miembros de los respectivos parlamentos nacionales (elección indirecta). Asimismo, el art. 25 establece que corresponderá a la CPC acelerar la pronta entrada en vigor de las normas emanadas de los órganos previstos en el artículo 2º y, a su vez, coadyuvar en la armonización de legislaciones; cuando fuese necesario el CMC podrá consultar a la CPC.

Previamente, el Tratado de Asunción —1991— había establecido la estructura provisional, atribuyendo la gobernanza del bloque a instancias compuestas exclusivamente por autoridades de los Poderes Ejecutivos de los países miembros (CMC y GMC). La conformación de la Comisión Parlamentaria Conjunta del Mercosur, incorporada sin funciones específicas y con el objeto genérico de facilitar el avance de la conformación del Mercado Común, recién se incorporó en el último artículo (Art. 24) a instancia de los legisladores nacionales de los EP que participaban en el proceso de negociación.

Cabe destacar de ese período que, en el ámbito de la Subcomisión de Cultura de la CPC, se creó el Parlamento Cultural de Mercosur (PARCUM), para centralizar el apoyo legislativo al denominado Mercosur Cultural. Bajo la supervisión de su Secretaría Técnica Permanente, a cargo de la Dra. Silvia Najul, se llevó a cabo la recopilación⁴ de toda la legislación de los EP sobre derechos de autor, artistas intérpretes y productores de

⁴ PARLAMENTO CULTURAL DEL MERCOSUR. PARCUM, Secretaría Técnica Permanente. Legislación sobre derechos de propiedad intelectual de los Estados Miembros y Asociados del Mercosur.

fonograma de los EP y asociados del Mercosur, instancia que encamina uno de los fines pretendidos por el Mercosur: el desarrollo de la integración cultural.

El PCPM —2005— sustituyó a la CPC por el Parlamento del Mercosur, previendo una conformación por parlamentarios elegidos en forma directa, pero la capacidad normativa del Parlamento si bien fue aumentada, no registró mayor alcance normativo en cuanto a la capacidad regulatoria del sistema de integración. Dicha elección directa simultánea no ha tenido lugar a la fecha.

II. Conflicto de organización en la elección directa de los parlamentarios del Mercosur

El Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur señala que el Parlamento estará integrado por representantes electos por sufragio universal, directo y secreto, de acuerdo con la legislación interna de cada Estado Parte y las disposiciones del mismo (Art. 1). De tal modo, —conforme al Art. 11.2—, a partir de la elección directa el cargo de parlamentario, será incompatible con el desempeño de un mandato o cargo legislativo o ejecutivo en los Estados Partes, como acontecía con la CPC.

En el Art. 6 del PCPM se prevé que, a propuesta del Parlamento, el Consejo del Mercado Común establezca el “Día del MERCOSUR Ciudadano”, para la elección directa de los parlamentarios, de forma simultánea en todos los Estados Partes.

El mandato de los parlamentarios es de cuatro años y se contempla la posibilidad de que sean reelectos; éstos se elegirán de forma conjunta con los suplentes. Los parlamentarios están llamados a representar a los pueblos del Mercosur, respetando su pluralidad ideológica y política. La Decisión CMC n° 28/10⁵ aprueba el Acuerdo Político para la Consolidación del Mercosur y sus propuestas correspondientes la cual, en la Dimensión Parlamentaria, recomendaba ampliar las competencias del Parlamento a fin de facilitar la evolución de las facultades legislativas y de control.

⁵El Acuerdo Político se basa en la Propuesta N° AE/VI SO/2001/N°47, de autoría del Parlamentario brasileño Dr. Rosinha. En este acto de fijan los parámetros de la representación ciudadana con proporcionalidad atenuada teniendo en cuenta el método de representación poblacional decreciente a partir de los parámetros de habitantes de los distintos EP. Ello determina que la Argentina se integre, luego de la segunda etapa de transición, con 43 representantes, Uruguay y Paraguay con 18 cada uno, Brasil con 75 y Venezuela (actualmente suspendida del Mercosur pero con participación en el Parlasur) con 33; Por su parte Bolivia que está en proceso de adhesión también tiene 3 representación con voz pero sin voto.

Con relación al presupuesto, el artículo 20 PCPM establece que el parlamento deberá elaborarlo y aprobarlo, el que será solventado con aportes de los Estados Partes, en función del Producto Bruto Interno y del presupuesto nacional de cada EP. Los criterios de contribución de los aportes mencionados deberán ser establecidos por Decisión del Consejo del Mercado Común, tomando en cuenta la propuesta del Parlamento.

En cuanto a las Disposiciones Transitorias, éstas fijan etapas de transición, desde la representación indirecta por legisladores de los Congresos Nacionales hasta la elección directa de los parlamentarios del Parlasur. En forma resumida la transición finalizaba el 31 de diciembre de 2014, siendo prorrogada posteriormente hasta el 31 de diciembre del 2020, con el objetivo de alcanzar la elección simultánea⁶.

Paraguay fue el primer país en elegir parlamentarios en forma directa; el actual mandato vence en el año 2023, Por su parte, la Argentina procedió a dicha elección en el año 2015 (ley 27.120); Brasil y Uruguay aún no han procedido a dicha elección directa.

En abril del año 2017, bajo iniciativa del Gobierno argentino, los EP suscribieron una Declaración Conjunta y el Protocolo Adicional al Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR (Protocolo Adicional). Este Protocolo Adicional dispone que hasta tanto se realice la elección directa simultánea en todos los EP, el Parlamento funcionará integrado por los legisladores de los Parlamentos Nacionales. De esta manera, se pospusieron las disposiciones del artículo 11.2 sobre incompatibilidades del PCPM, regresando al esquema previsto en el Art. 4º del Acuerdo Político (composición más reducida).

La Declaración Conjunta Relativa al Funcionamiento del Parlamento del Mercosur indica que las elecciones directas deben guardar simultaneidad por todos los ciudadanos de los EP, a fin de evitar desequilibrios en la representación. A dicho efecto, se suscribe el Protocolo Adicional y, a fin de no frustrar su objeto y fin (citan el artículo 57 inciso b de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como respaldo a la decisión), resuelven suspender parcialmente la aplicación del PCPM (disposiciones transitorias 3ª, párr. 2º y 5ª, párr. 2º).

⁶Decisión CMC n° 18/11 (Recomendación n° 16/10 del PM); Decisión CMC n°11/14 (Recomendación n° 3/13 PM)

De tal modo, que la pretensión jurídica de los Cancilleres de Relaciones Exteriores consiste en que una Decisión Conjunta tiene virtualidad para suspender la aplicación del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur, —aprobado en Argentina por la ley 26.143, sancionada en septiembre de 2006—, implica desconocer el orden jerárquico de las normas dispuesto en el artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto y el 39 del Protocolo de Olivos, y la interpretación de dicha jerarquía analizada por el Tribunal Permanente de Revisión en la OC N° 1/2007 entre otras⁷.

Como veremos seguidamente, esta cuestión ha sido objeto de judicialización en Argentina, pues el Poder Ejecutivo se abstuvo —en el Decreto 343/2019— de convocar a elecciones directas de los parlamentarios del Mercosur bajo esta invocación en contradicción con el artículo 75, inciso 22 y 24 de la Constitución Nacional y desconociendo derechos fundamentales a los ciudadanos argentinos.

Concluye la Declaración Conjunta —Art. 2°— señalando que los parlamentarios del Mercosur elegidos en forma directa con mandato en curso, podrán continuar en su función hasta su finalización. También, hace referencia a los parlamentarios de Paraguay con mandato hasta el año 2023. Recientemente el Senado de Paraguay ha dado media sanción al proyecto de ley que aprueba el Protocolo Adicional y le ha dado giro a la Cámara de Diputados. Esto implica un cambio significativo en la conducta precedente de Paraguay en cuanto a la composición del Parlamento.

En Argentina, el Proyecto de Ley, Expte. n° P.E. 378/19 que acompaña el Mensaje n° 208/2019 del Poder Ejecutivo Nacional solicitando la aprobación del Protocolo Adicional, fue tratado el 11 de marzo del año en curso, en la Comisión de Relaciones Exteriores y Culto del Senado de la Nación, aconsejando —en el dictamen de mayoría— el rechazo de la aprobación del Proyecto de aprobación del Protocolo Adicional por considerarlo un retroceso institucional.

Por su parte, la Cámara Nacional Electoral en la Causa “Partido Justicialista orden nacional y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional – Estado Nacional s/amparo—solicita acción de

⁷ PEROTTI (Coord.) “Declaración sobre la suspensión de la elección directa de los parlamentarios ante el Parlamento del Mercosur”, Declaración N° 2/2019 de la Comisión de Juristas para la Integración Regional del Consejo Consultivo de la Sociedad Civil para la Cancillería Argentina, del 5 de junio de 2019,

inconstitucionalidad” (Expte. n° CNE 3059/2019/CA1) advirtió que no es una facultad discrecional del Poder Ejecutivo convocar a elecciones. Por el contrario, se trata de un acto reglado que le viene impuesto (Art. 52, Inc. 7º, ap. A, del Código Electoral Nacional). Por lo tanto, todas las categorías fijadas por la ley electoral deben incorporarse, entre ellas los Parlamentarios del Mercosur por distrito nacional y por distrito regionales, conforme el artículo 53 del Código Electoral Nacional; corresponde que el PEN convoque a elecciones de Parlamentarios del Mercosur para elegir por sistema mixto los 43 parlamentarios.

La ley 27.120 incorpora al Código Electoral Nacional el Capítulo IV, “De la elección de los parlamentarios del Mercosur”. En el artículo 164 bis dispone que estos parlamentarios serán elegidos por un sistema mixto: a) veinticuatro (24) parlamentarios serán elegidos en forma directa por distrito regional (23 provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y b) el resto de parlamentarios (19) serán elegidos en forma directa por el pueblo de la Nación, por distrito nacional, a cuyo fin el territorio nacional constituye un distrito único.

Señala el fallo, concisamente, que en la oportunidad de convocar a elecciones nacionales el Protocolo Adicional no fue sometido a su tratamiento por parte del Congreso de la Nación y que la Declaración Conjunta no tiene la entidad para modificar el PCPM, pues se trata de una mera declaración de los cancilleres que no posee carácter vinculante y por lo tanto es inaplicable en el orden jurídico interno, como consecuencia de encontrarse plenamente vigente el PCPM y la Ley 27.120.

La sentencia de la Cámara Nacional Electoral —del 22 de octubre del 2019— si bien manda al Poder Ejecutivo a cumplir con el llamado a elecciones, resulta de cumplimiento imposible en el estado de avance del proceso electoral; consecuentemente comunica su resolución al Poder Legislativo Nacional para que “a los fines que pudieran corresponder, adopte las medidas que considere pertinentes”; es en esta instancia donde cabe resolver de qué forma puede subsanarse la omisión, habida cuenta del alto costo del proceso electoral.

Ante estos hechos, el Parlamento del Mercosur se reunió el 29 de abril de 2019 y emitió la Resolución 05/2019, En ella se indicó que cualquier modificación al PCPM debe ser sometido al mismo. Asimismo se propuso extender las etapas de transición única

dispuestas en la Decisión CMC n° 11/14 (Recomendación n° 3/13 del PM) que finaliza en diciembre del año 2020, prorrogando dicho proceso hasta que cada Estado cumpla con la elección directa prevista en el PCPM. Ni esta Decisión, ni el Protocolo Adicional, fijan término alguno para la convocación a elecciones directas.

Dado que el mandato de los legisladores argentinos vencían a finales del año 2019, el 12 de diciembre la Mesa Directiva del Parlamento del Mercosur, emitió una Disposición (MERCOSUR/MD/DISP.03/2019) para dar continuidad a esos mandatos a fin de compatibilizar del mejor modo el derecho interno de la Republica Argentina ante la situación (omisión de elecciones) producida por la suscripción de la Declaración Conjunta.

De tal modo, el Art. 1° dispone “Dar continuidad, en aplicación del Art. 12 del Reglamento Interno (RI), a los parlamentarios argentinos electos en la elección de octubre de 2015 según consta en la acordada extraordinaria número ciento cincuenta de la Cámara Nacional Electoral del 1° de diciembre de 2015 que se completa con los suplentes correspondientes”.

El Art. 12 indica que “Los Parlamentarios y Parlamentarias permanecerán en funciones hasta la apertura de la primera sesión del Parlamento del siguiente período parlamentario de las elecciones en las que resulten electos sus reemplazantes”. Al no ser electo sus reemplazantes, y hasta tanto ello ocurra, los legisladores continúan ejerciendo su cargo. Esta disposición es imperiosa, pues el sistema de mayorías en el Pleno y en las Comisiones requiere de la presencia de legisladores de todos los EP, de no ser así, el Parlamento se vería impedido de funcionar al no poder conformar la voluntad del órgano. En el artículo 2° de la Disposición, ante la prórroga del mandato, se aclara que la decisión tendrá vigencia hasta tanto “las autoridades de la República Argentina adopten una decisión sobre la situación de los parlamentarios del Mercosur”. En los considerandos se menciona un proyecto de ley en la Cámara de Diputados Argentina que recurre a la misma interpretación.

El conflicto de organización descrito es, en parte, el resultado de varios procesos judiciales que han tenido lugar entre el Poder Ejecutivo (Estado Nacional) y los parlamentarios del Mercosur, elegidos en forma directa a partir de la ley 27.120, en particular, por lo dispuesto en el artículo 16 de la misma ley, en cuanto a inmunidades y

dietas. Esta cuestión ya ha sido abordada en otra oportunidad⁸, por lo cual, en una apretada síntesis, me limitaré a expresar las etapas concluidas con posterioridad y a mencionar escuetamente los casos planteados.

Dispone el Art. 16: “En todo lo que no estuviese previsto por el PCPM o no se regulare específicamente por los organismos competentes, los parlamentarios de Mercosur en representación de la ciudadanía argentina serán asimilados en el derecho interno a los diputados nacionales. Serán aplicables a su respecto, siempre que no hubiere disposición específica, las disposiciones que regulan la condición de aquéllos en cuanto a inmunidades parlamentarias, regímenes remuneratorios, laborales, previsionales y protocolares.”

Como se adelantara al comienzo de este trabajo, los conflictos entre el Parlamento y el Estado Argentino han tenido distintas respuestas judiciales que se han producido como consecuencia de la elección directa. En cuanto a la inmunidad de arresto de los parlamentarios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁹ “concluyó que el legislador (Congreso Nacional) no estaba constitucionalmente habilitado para otorgarle a los parlamentarios del Parlasur las inmunidades que la Constitución Nacional confiere a los diputados nacionales. Argumentó que “en atención a que la inmunidad de arresto se erige en una clara excepción al principio republicano según el cual todos ellos son iguales ante la ley (Art. 16 CN), la excepción es admisible únicamente en razón de garantizar el funcionamiento de los poderes del Estado que emanan de la segunda parte de la Ley Fundamental”. Esta sentencia es concordante con la jurisprudencia previa en el caso “Milman, Gerardo Fabián c /EN s/proceso de conocimiento. Expte. Cámara Nacional Electoral N°1858/2015/CA1-CA2”.

El caso “Karlen” resulta de interés porque además del debate sobre el derecho a percibir una dieta, el mismo ha dado lugar a la primera opinión consultiva emitida por el Parlamento ante el Tribunal Permanente de Revisión, la cual será analizada desde la perspectiva del diálogo interinstitucional del Mercosur.

⁸ PAVIONI, Parlamentarios del Mercosur: las dietas y las inmunidades. Comentarios a los fallos “Karlen” y “Milman”.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación 05/12/2017, “Sala, Milagro Amalia Ángela y otros s/ p.s.a asociación ilícita, fraude a la administración pública y extorsión” CSJ 119/2017/cs1.

La causa “Karlen”, entre otras con idéntico objeto, versa sobre las dietas parlamentarias, las cuales son propias de todo derecho político e imprescindible para garantizar el ejercicio de la función representativa; como hemos adelantado, el artículo 20 del PCPM, dispone que el órgano parlamentario es quien fija y atiende el presupuesto para ejecutar sus propios gastos (Mesa Directiva). Inclusive el Reglamento Interno, en el Art. 43.d, faculta a la Mesa Directiva para resolver acerca del reembolso de gastos y el pago de la remuneración de los Parlamentarios y Parlamentarias. El Pleno también puede disponer “descuentos a la dieta” de sus miembros por falta de concurrencia a las sesiones o reuniones de comisiones. Estas facultades administrativas y disciplinarias son inherentes a todo cuerpo legislativo para garantizar el correcto funcionamiento interno.

En Argentina, la Ley de Presupuesto General de la Administración Nacional, en forma pacífica, elude la inclusión de las partidas requeridas a los parlamentarios del Mercosur. No se prevén en el Mensaje del Poder Ejecutivo, ni se incluyen las mismas por la voluntad de las mayorías imperantes en el Congreso Nacional; durante estos años de ejercicio directo (2015/19), solo se dispuso el pago exclusivo de viáticos y traslados por la Decisión Administrativa n° 75/2012 de la Jefatura de Gabinete de Ministros, hasta tanto se de la elección simultánea de parlamentarios.

Por otra parte, estando contemplado el presupuesto en el PCPM, no requiere ser aplicado supletoriamente el artículo 16 de la ley 27.120. Corresponde por tanto al Estado Nacional realizar los aportes previstos en el artículo 20.1 del PCPM a fin de solventar el presupuesto que el Parlamento empleará para el pago de las dietas a los parlamentarios.¹⁰

La última novedad que corresponde incorporar a este caso se refiere a la ejecución de sentencia. La CNE, el 22 de octubre de 2019, en la causa “Ejecución de sentencia de Karlen, Alejandro Hernán Estado Nacional, Poder Ejecutivo de la Nación en autos Karlen, Alejandro Hernán c/Estado Nacional Poder Ejecutivo de la Nación s/amparo”, (Expte. N° CNE 1566/2016/2/CA3), expresó que: “[v]isto los autos venidos del juzgado federal con

¹⁰ Cámara Nacional Electoral, 4/10/2016/, Causa “Karlen, Alejandro Hernán c/Estado Nacional, Poder Ejecutivo de la Nación s/amparo (Expte. N° CNE 1566/2016/CA1)” dispone la CNE que “el Estado Argentino tiene la obligación de realizar los aportes previstos en el artículo 20, inciso 1° del Protocolo Constitutivo, a fin de solventar el presupuesto que el Parlamento del Mercosur deberá elaborar y aprobar, e informar sobre su ejecución al Consejo de Mercado Común (cf. artículo 4°, inciso 20 del PCPM.)” (cf. considerando 13).

competencia electoral de Capital Federal (...) hacen saber a la Jefatura de Gabinetes de Ministros de la Nación que deberá incluir dentro del tratamiento del presupuesto anual de la nación la evaluación correspondiente al pago de remuneraciones y gastos de los representantes nacionales del órgano Parlasur”. Al planteo de exceso de jurisdicción expresada por el Estado Nacional, la CNE rechazó el recurso intentado, pues concluyeron que “no imponer el cumplimiento —al Estado demandado— del derecho reconocido al demandante implica que éste se torne meramente conceptual, y que el fallo de este Tribunal sea solo una declaración de principios teórica, sin el alcance (práctico) de una decisión judicial firme.” Así declararon que “resulta a todas luces evidente que en el *sub examine* debe darse una pronta solución frente a la vulneración de los derechos de raigambre constitucional, pues lo contrario importaría desconocer la naturaleza del amparo frente a la afectación de un derecho y, en consecuencia, lo manifestado por este Tribunal se convertiría en letra muerta, tornado a la acción entablada por el afectado en una verdadera ficción”.

Es dable advertir diversos conflictos de organización que se hacen evidentes entre los EP, frente a la autonomía del órgano internacional representativo de los ciudadanos del sistema de integración, tanto en la demora para implementar la convocatoria de la elección directa de sus representantes como al desarrollo pacífico y sostenido de dicha representación, cuando ha tenido lugar. La resolución de este tipo de conflictos habitualmente se encausan a partir de la labor de la administración de justicia.

III. Observatorio de la Democracia del Parlamento del Mercosur

El Observatorio de la democracia del Parlamento del Mercosur¹¹ (ODPM) —MERCOSUR/PM/DISP.26/2008—, es el instituto del Parlamento abocado a contribuir con el proceso democrático en la región, en particular, el Protocolo de Ushuaia sobre

¹¹ Creado a partir de la Propuesta de Disposición 18/2008/DI presentada por la parlamentaria argentina Beatriz Rojkes.

Compromiso Democrático, los procesos electorales y toda cuestión relacionada. El Observatorio dispondrá de misiones que elevarán informes al Plenario por intermedio de la Mesa Directiva, dichos informes a ser aprobados por mayoría simple serán comunicados al CMC para el pertinente envío de aquellos a los Estados solicitantes. Estará conformado por tres parlamentarios por cada EP, que durarán en sus funciones dos años conforme al Reglamento del ODPM (MERCORUR/PM/SO/DISP. 07/2009 –Reglamento del Observatorio).

A través del Cuerpo de Observaciones Electorales del Parlamento del Mercosur (OEPM), previsto en el artículo 4º de Reglamento del Observatorio, el Parlamento ha intervenido en el año 2017 en el seguimiento de 7 procesos electorales en América Latina, incluyendo miembros plenos y asociados al Mercosur, realizando informes y sugerencias sobre el mismo, en este sentido 3 sugerencias para Ecuador, Argentina -3-, Chile (primera y segunda vuelta) -4-, Honduras -4-, Bolivia -9- y Paraguay -6-.

La concurrencia como veedora electoral permite la consolidación del proceso electoral y también la armonización de las leyes y procesos pertinentes. La armonización de sus legislaciones es uno de los compromisos que deben asumir los EP para asegurar el fortalecimiento del Proceso de integración (Tratado de Asunción artículo 1º) y, como hemos señalado, esta función se reitera en el POP y se amplía en el artículo 4º del PCPM.

Se ha presentado en el informe final de las misiones, recomendaciones o sugerencias con las que se pretende la implementación de ventajas físicas y operativas a fin de ofrecer a los electores regionales “diversas herramientas optimizadas para ejercer el sufragio con mayor facilidad y celeridad”.

Podemos mencionar como ejemplo, el caso de Ecuador, en el que se recomienda que “los delegados de cada partido (veedores) formen parte de la mesa como autoridades. Al estar más cerca podrán identificar si la persona que está emitiendo el voto es la misma del documento, generando confiabilidad” o también para mejorar la señalización para localizar las mesas; a Chile se le sugiere el uso de pluma de tinta en detrimento del lápiz de grafito para que no haya ninguna posibilidad de contestación; estos son sólo ejemplos que denotan el compromiso parlamentario a elecciones más eficientes en materia de control.

Mayor relevancia tienen otras consideraciones, desde la dimensión axiológica que recepta el Parlamento con la visión de interdependencia e interrelación de la democracia con los derechos humanos y el rol del Parlasur ciudadano, al proponer la “unificación de las urnas independientemente del sexo”, por entender que “las personas transexuales suelen intimidarse y no concurrir a votar para no exponerse y ser ridiculizadas” (Ecuador). Asimismo coinciden en recomendar a la Argentina y Chile, la mejora en el acceso a las mesas de votación para las personas con discapacidad y para los adultos mayores.

En el mencionado Reglamento, en el art. 2, se señalan los valores asociados a la democracia, que orientan sobre el proceso a seguir ante su ruptura regulada en el Protocolo de Ushuaia. Estos indicadores que guían al ODPM son: la plena vigencia de las instituciones democráticas, sujeción al estado de derecho, respeto efectivo de los derechos humanos, promoción de la transparencia y el fomento de la participación de la ciudadanía para fortalecer la democracia, la independencia, imparcialidad y no interferencia en la autonomía de los órganos electorales de los Estados, como asimismo la adhesión al derecho internacional y la reafirmación de los conceptos de solidaridad regional y cooperación internacional. Estos valores coinciden con los señalados por la Resolución 2002/46 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas —Nuevas medidas para promover y consolidar la democracia—; en el mismo sentido se pronuncia la Carta Democrática Interamericana de septiembre de 2001 (OEA). El escaso desarrollo del Protocolo de Ushuaia que escuetamente menciona “orden democrático”, a partir del RODPM, el Observatorio que supervisa su monitoreo, incorpora en su articulado y en el preámbulo, disposiciones sobre derechos fundamentales, y como tal, como señala Pérez Luño¹², son manifestaciones positivas de juridicidad en derechos humanos.

En septiembre del 2017, una delegación del Parlasur a Venezuela —que incluyó miembros del Observatorio y de la Mesa Directiva—, a fin de promover el diálogo para superar la crisis política, concurrió al Consejo Nacional Electoral (CNE) de Venezuela, a la Asamblea Nacional (AN), al Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), a la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela (Nicolás Maduro). Asimismo escucho a familiares de

¹² PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 79

víctimas del conflicto. La actividad diplomática es una práctica sostenida en los conflictos de esta naturaleza, buenos oficios entre otros, pero no es menos positiva la participación del único órgano de representación democrática del Mercosur, tanto para receptor en dicho ámbito las denuncias de los parlamentarios regionales como a través de las acciones del Observatorio de la Democracia.

Por su parte el informe del ODPM del año 2018, da cuenta de la presencia del mismo en nuevos procesos electorales, de países miembros, asociados y por invitación a participar: Colombia, México, Brasil y Paraguay, aplicando en este último país una nueva herramienta, el Protocolo de observación electoral. Este Protocolo sistematiza preguntas que posibilitan una calificación técnica de la observación y fijan parámetros controlables y mensurables para la evaluación *ex post* del proceso democrático. Además, permite la consolidación democrática en la región a partir de las recomendaciones para unificar criterios legislativos valiosos en miras a futuras elecciones. A dichos fines también fue invitado el Parlasur a concurrir en Londres al seguimiento de la aplicación de La Declaración de Principios de la Observación Electoral Internacional (2005 Nueva York, sede de las Naciones Unidas), junto a las principales organizaciones dedicadas a la tarea de observación electoral.

Resulta oportuno señalar que esta herramienta de evaluación es una expresión de la coordinación y colaboración institucional del bloque Mercosur, ya que fue creada por el Observatorio de Democracias del MERCOSUR (ODEM), en conjunto con el Observatorio de la Democracia del Parlamento del MERCOSUR (ODPM) y el Instituto MERCOSUR de Estudios Avanzados (IMEA).

En atención a las consecuencias migratorias que se producen por las deficiencias democráticas, el ODPM participó en 2018 de la misión a la frontera de Brasil y Venezuela junto a la Mesa Directiva; se procedió a constatar la situación, acompañar al migrante y producir un informe de las principales necesidades de los migrantes y refugiados venezolanos, en condiciones de trabajo, acogida y asistencia médica (mejoras en el suministro de agua potable, suplementos para garantizar la seguridad alimentaria), todo ello en consonancia con las normas internacionales y regionales en la materia. En particular, estas misiones del Parlamento se corresponden con la formación de una

conciencia común de pertenencia comunitaria de los integrantes de las instituciones del Mercosur, lo que permite coordinar estrategias para asumir conjuntamente la defensa de los derechos humanos en la región.

Un buen ejemplo de la formación del sentido de pertenencia regional, es la Opinión Consultiva 21/14 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene lugar a partir de una solicitud de los EP (Argentina, Brasil, Paraguay e Uruguay), que contó con la asistencia técnica del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) y fue aprobado en la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR y Estados Asociados (RAADH) en el mes de abril del año 2011 en la ciudad de Asunción, Paraguay.

El objetivo de la formación de una conciencia colectiva de valores comunitarios hacia los ciudadanos previsto en el PCPM presupone la consolidación de acciones acordes a la asociación y colaboración en el entramado institucional del Mercosur. La validez de los objetivos comunes que se han fijado los Estados Partes requieren ponderar el equilibrio en la toma de decisiones, cuando de ella ha participado —como mínimo—, en el marco consultivo del Parlasur.

Es de esperarse que la consolidación del Parlamento dentro del sistema de integración permita, con el tiempo, que dichos representantes interpreten e involucren en las decisiones las observaciones, dificultades y necesidades de los destinatarios finales de las normas para su vigencia, eficacia, efectividad y eficiencia; ello tornará previsible el desarrollo del proceso de integración.

En el año 2019, el ODPM acompañó nuevamente las elecciones en la región, en dos países miembros del Mercosur —Argentina y Uruguay—, y en un país en proceso de adhesión —Bolivia—. Se deja constancia de que no hay informes publicados de gestiones de años anteriores a fin de señalar otro indicador más de la incidencia de la elección directa de los ciudadanos argentinos en el órgano parlamentario.

IV. El derecho parlamentario del Mercosur

a) Solicitud de Opinión Consultiva al Tribunal Permanente de Revisión

El Parlamento del Mercosur, en la Propuesta al CMC que da lugar al Acuerdo Político, promueve la promoción de la dimensión judicial y del derecho del Mercosur para dotar de nuevas atribuciones al Tribunal Permanente de Revisión (TPR), “tales como la condición vinculante de las opiniones consultivas, la facultad de establecer medidas compensatorias, así como afianzar las existentes”, asumiendo las gestiones ante los Congresos Nacionales, las Cortes de Justicia y los partidos políticos de representación parlamentaria.

Recientemente se ha presentado un Proyecto de Norma que aspira a la participación al Parlamento en la instancia de selección de los jueces del TPR. La propuesta de varios parlamentarios argentinos del Mercosur responde a las prácticas de los estados nacionales y del Parlamento de la Unión Europea. Uno de los autores, Benedetto, señala que “la intervención en el proceso de designación de los miembros del Tribunal Permanente de Revisión es pertinente que se verifique en forma previa a la designación del candidato por el Consejo del Mercado Común (CMC), pero posterior a la propuesta que cada Estado Parte realice”.

El PCPM, art. 13, dispone que el Parlamento puede solicitar opiniones consultivas¹³(OC) al Tribunal Permanente de Revisión. Esta facultad no se encuentra aún reglamentada, aunque se han presentado proyectos al efecto. Pese a ello, por primera vez, el Parlamento —en la LVII Sesión Ordinaria de fecha 10 de septiembre— aprobó la Disposición n° 07/2018 que se presentó ante la Secretaría del TPR, el 22 de octubre de 2018, dando lugar a la solicitud de OC n°1/18, a fin de que el tribunal se expida en relación con el régimen jurídico del pago de dietas y demás beneficios de los Parlamentarios de la República Argentina.

El TPR emitió como consecuencia la RES/n°01/18, en el marco de la opinión consultiva que fija los siguientes considerandos: que la solicitud de OC emitida por el

¹³ Las opiniones consultivas son los pronunciamientos fundados —no vinculantes ni obligatorios— del TPR en torno a preguntas de carácter jurídico respecto de la interpretación y aplicación de las normas MERCOSUR en un caso concreto, con el objeto de resguardar su aplicación uniforme en el territorio de los Estados Partes (Arts. 3 y 11 [CMC/DEC N°37/03](#), Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias —RPO—).

Las Coordinaciones Nacionales del GMC podrán enviar al TPR, por intermedio de la ST, únicamente con fines informativos, sus eventuales consideraciones sobre el tema objeto de la solicitud de Opinión Consultiva.

Parlamento guarda mayor semejanza con las requeridas por los órganos decisorios del Mercosur que con las solicitadas por los Tribunales de Justicia de los EP; que resulta ajustado a las normas del debido proceso que los EP sean notificados para ser oídos; que la OC que realice el Parlamento podrá versar sobre cualquier cuestión jurídica comprendida en las normas del Mercosur, y que los honorarios de los jueces que demande el proceso no tienen tratamiento normativo específico, lo que debería ser aclarado al Parlasur y resuelto por el GMC. Se otorgan plazos en este sentido, que resultan llamativamente extensos en comparación con los establecidos para el proceso reglado.

El 26 de abril de 2019 el TPR emitió la Resolución N° 3/19. En la misma se disponen elementos importantes para el procedimiento: en primer lugar, que la falta de reglamentación de la OC en el órgano parlamentario no es óbice para la presentación, por cuanto prima el conocido aforismo jurídico que estipula que la falta de reglamentación de un derecho o acción no puede ser obstáculo para el ejercicio de tal derecho o acción, ello conforme con la primera OC resuelta por el TPR. De conformidad con la postura sostenida por el Parlamento. En cuanto a quién debe asumir los honorarios del TPR, el Parlamento indica que deberá ser imputado a la Cuenta Especial para Opiniones Consultivas. En opinión contraria, el TPR señala que los honorarios deben ser puestos a cargo del Órgano consultante (Parlasur), en razón del interés directo en el tema de consulta, y por tratarse de un órgano independiente y autónomo dentro de la estructura del Mercosur que fija su propio presupuesto (artículos 1 y 20 del PCPM)¹⁴. Finalmente declara inadmisibles las solicitudes de Opinión Consultiva, al advertirse que la Disposición 07/18 del Parlamento no ha cumplido el procedimiento que exige el Reglamento Interno (artículo 136) para el tratamiento de las disposiciones, en cuanto a mayorías absolutas de integrantes del órgano parlamentario. Todo ello surge del análisis de la Versión Taquigráfica y las tomas fotográficas realizadas sobre el material audiovisual. Este hecho representa un vicio de origen insalvable, al no cumplirse los requisitos de forma necesarios para adoptar una Disposición.

El punto precedente determina que el TPR no responda a los demás planteos expresados por las Delegaciones Nacionales: Brasil señala que el cobro de dietas es una

¹⁴El presupuesto asignado al parlamento del Mercosur (MERCOSUR/PM/REC.17/2018) para el año 2019 fue de U\$S 2.738.229, el TPR fijó U\$S 1.000 como honorario a cada juez.

cuestión aún en debate ante la justicia argentina. En consecuencia, la respuesta de la OC puede ser usada para orientar un caso concreto; Argentina indica que las dietas de los parlamentarios no es una cuestión que verse sobre cuestiones vinculadas al proceso de integración y que las OC se extienden sobre cuestiones de interpretación, pero no de aplicación.

Han quedado pendientes para una nueva presentación —que supere las deficiencias de la votación parlamentaria— varios interrogantes, en particular, la orientación al caso concreto de la Opinión Consultiva. Considero que el sentido de las OC debiera ser ese, a pesar de ser presentado por un órgano del Mercosur, ello en consonancia con las consultas entabladas a partir de los tribunales supremos nacionales, en causas que se encuentran en pleno trámite del proceso justamente para resolver el alcance interpretativo uniforme y la plena eficacia del acervo normativo regional.

b) Funciones disciplinarias

El Reglamento Interno del Parlamento del Mercosur señala, en los Artículos 29 y 30, que el Pleno es el ámbito y juez exclusivo de la conducta de sus miembros. Utilizando la mayoría especial “podrá amonestar a cualquier Parlamentario o Parlamentaria o excluirlo de su seno, por falta de decoro en el ejercicio de sus funciones”. Correlativamente el artículo 135 señala que, para configurar la mayoría especial, se requerirá el voto de dos tercios del total de los miembros del Parlamento que incluya, a su vez, a Parlamentarios y Parlamentarias de todos los Estados Partes.

En su Sesión Ordinaria XXXIX (21-06-2016), el Parlamento abordó el tratamiento de los proyectos sobre la expulsión del parlamentario argentino José López, en prisión preventiva por enriquecimiento ilícito; se resolvió enviar las mismas a consideración de la Comisión de Presupuesto y Asuntos Internos para su tratamiento y librar las comunicaciones, requiriendo información al tribunal competente en Argentina. El Pleno votó y aprobó una Declaración del parlamentario Vanossi, que manifestó que la conducta de López “hiere dolorosamente a todos los miembros del Cuerpo”.

Una vez emitido y considerando el dictamen de la comisión parlamentaria interviniente, y previo a expedirse sobre el rechazo a la renuncia presentada por el parlamentario, el Pleno votó por unanimidad la expulsión de López del Parlamento por falta

de decoro, en la Sesión del 12 de agosto de 2016. Esta decisión es un proceso inédito para el Parlasur, la transparencia de su gestión ante los ciudadanos y la ética parlamentaria. Así, estableció un sólido precedente en su jurisprudencia parlamentaria. Con respecto al rechazo de la renuncia, ello condice con el artículo 27 del Reglamento Interno, que impide considerar la renuncia cuando existe un proceso disciplinario abierto.

c) Actos y jurisprudencia del Parlamento del Mercosur

El Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur y el Reglamento Interno fijan las pautas para el organigrama interno¹⁵, donde destacamos la Mesa Directiva de la cual dependen el secretario parlamentario y el administrativo, y una Secretaría del Parlamento, todo ello en función del Plenario. Existen 10 comisiones técnicas permanentes integradas por 15 a 18 parlamentarios cada una (actual composición 2018, actualizada al 2020, MERCOSUR/PM/SO/DISP. 01/2018/ANEXO I. INTEGRACIÓN DE LAS COMISIONES PERMANENTES DEL PARLAMENTO).

En el análisis evaluativo del art. 7º del PCPM y Art. 114 del RI, se dispone que el Parlamento se reunirá en sesión ordinaria al menos una vez por mes (PCPM, Art. 17). El período respectivo abarca del 15 de febrero al 15 de diciembre. De tal modo que suele indicarse que el Parlamento se debería reunir como mínimo unas 10 veces al año. Ello muchas veces incluye las sesiones ordinarias, las especiales (para recibir invitados especiales, en las cuales no se pueden tratar proyectos) y las extraordinarias, en las que se pueden tratar los órdenes del día predeterminados, las que se deben convocar con 15 días de anticipación. Pueden ser convocadas por el CMC la Mesa Directiva o 25 % de los parlamentarios.

Desde su creación, el Parlamento ha tenido 70 sesiones ordinarias: 2019 -10-; 2018 -8-; 2017 -8-; 2016 -9-; 2015 -3-; 2014 -4-; 2013 -1-; 2012 -0-; 2011 -0-; 2010 -6-; 2009 -6-; 2008 -8-; 2007 -7-. Conviene advertir que en los cuatro años -2016/2019- donde se ejerció la representación directa de Argentina con 43 parlamentarios, el Parlamento sesionó 35 veces en sesiones ordinarias, la misma cantidad que durante nueve años. También debe

¹⁵Ver <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/8117/1/parlasur/organigrama.html> última consulta: 05/05/2020).

mencionarse que desde la constitución del Parlamento han tenido lugar 10 sesiones especiales, 12 extraordinarias y 4 preparatorias.

Con respecto a los actos aprobados, entre inicios del 2007 a noviembre del 2014 se cuentan 284: 65 recomendaciones; 76 declaraciones; 2 Anteproyectos; 7 Proyectos y 134 Disposiciones. En el informe bianual¹⁶ del parlamento se indica que durante el período del año 2016/17 se presentaron 514 propuestas de actos, de las cuales 360 (70%) pertenecían a la autoría o coautoría de parlamentarios de Argentina. Fue record el año 2016 en relación con cualquier otro año, por cuanto se presentaron 176 propuestas de actos, de los cuales 76 fueron aprobados. En ese sentido, el Parlamento aprobó, a instancia de la Delegación argentina, entre otras, un Protocolo contra el Dengue y el Zika (que fue abordado por los ministerios nacionales), zona única Mercosur de telefonía celular, señalización turística unificada, reafirmación de la figura de Asilo y refugiados en el Mercosur, y paridad de género en el proceso de integración regional.

Es una práctica parlamentaria que los parlamentarios, al integrar el Parlamento, expresen la siguiente fórmula de “compromiso”: “Asumo el compromiso de dedicar mis mayores esfuerzos a representar a nuestros pueblos, consolidar el proceso de integración regional, así como cumplir y hacer cumplir el Derecho del Mercosur, y reafirmar el ejercicio pleno de la democracia y de los Derechos Humanos”. El mismo conforma la dimensión axiológica, y orienta la interpretación teleológica de la jurisprudencia parlamentaria.

En las primeras sesiones, el Parlamento (3-11-2007) debatió sobre el quórum y, en tal sentido, sobre el art. 134 del Reglamento Interno. Se resolvió que, para el inicio de la sesión del Parlamento y de las comisiones, se requiere conformar un tercio de los parlamentarios en el que estén representados todos los EP (PCPM, Art. 18.1), de allí que la falta de integración de un representante de un EP impide su funcionamiento (como se mencionara en la Resolución sobre integración de los representantes Argentinos, mandato vencido); por lo demás el sistema de votaciones atiende a esta distribución.

También se incorporó una práctica parlamentaria no extendida en todos los congresos nacionales, “la continuación del debate del tema en discusión sin quórum”, pero

¹⁶ Ver <https://www.youtube.com/watch?v=ArqIHouyOfE&t=2s> (última consulta: 5/07/2020).

en concordancia con los representantes de Brasil, quienes exigieron que, acontecida esa circunstancia, “no podrá votarse ningún asunto ni restablecerse el quórum nuevamente”. Se indicó que “[e]l espíritu de este artículo es que se continúe debatiendo sin quórum”. En el dictamen de la Comisión Especial de Reforma de Reglamento Interno se señaló que, de este modo, se garantizará la transparencia de la información y de las decisiones para crear confianza y facilitar la participación de los ciudadanos. Se dijo, a su vez, que “el no restablecimiento del quórum, hará imposible la votación del tema en discusión, guardando de esta manera el principio de legalidad y legitimidad del Parlamento, asegurando la representación mayoritaria de los Estados Partes en la toma de decisiones”. Claramente la votación de la Disposición 07/18 que da lugar a la solicitud de OC 1/18 presentada al TPR, ha demostrado que este artículo del reglamento debiera ser revisado.

Son actos del Parlamento el Dictámen sobre normas enviadas por el CMC antes de su aprobación legislativa en los EP, también los Proyectos de normas elaboradas por el Parlamento y enviadas al CMC para su consideración); Anteproyectos de normas orientadas a la armonización de las legislaciones de los EP, enviadas a los Parlamentos Nacionales; Declaraciones; Recomendaciones dirigidas a los órganos decisorios, los informes de comisiones y las disposiciones de carácter administrativo o las opiniones consultivas ante el TPR. Las recomendaciones a la CMC tienen diversas temáticas, sociales o institucionales. Cito a continuación algunos ejemplos de resoluciones aprobadas en la LX Sesión Ordinaria (10-12-2018): Resolución para analizar la factibilidad de simplificar los trámites migratorios para facilitar la movilidad de artistas y circulación de obras de arte en países del MERCOSUR o Recomendación referente al registro único para vehículos robados o hurtados. Entre sus actos representativos, tienen relevancia las reuniones públicas con entidades de la sociedad civil y con el Foro Consultivo Económico-Social, las Jornadas sobre ciudadanía para consolidar el Plan de Acción para el Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur (septiembre 2019) o derechos humanos, pueblos originarios, trata de personas, migraciones (audiencia en la triple frontera realizada por la Comisión de Ciudadanía y Derechos Humanos (octubre 2019).

Los parlamentarios, en el ejercicio de su mandato, poseen atribuciones para recibir, examinar y, en su caso, canalizar hacia los órganos decisorios peticiones de cualquier

particular de los EP, sean personas físicas o jurídicas, relacionadas con actos u omisiones de los diversos órganos del Mercosur.

Como consecuencia del sistema de partidos políticos, ante la suspensión de elecciones del Mercosur, se expresó —en el Proyecto 1956-D-2019 de la Cámara de Diputados— la importancia de esta elección y del Parlamento indicando que: ha recibido a varios cancilleres y ministros de áreas específicas que dieron cuenta del estado de situación del proceso de integración; ha propiciado y aprobado la creación de una Corte de Justicia del Mercosur —tema que no ha sido abordado por el CMC—, ha participado y contribuido a los debates en torno a los Fondos de Convergencia Estructural, el Plan Estratégico de Acción Social del Mercosur (PEAS), el Estatuto de Ciudadanía del Mercosur y las políticas de derechos humanos, ambientales, culturales, sociales, laborales y productivas para nuestra región.

Una de las competencias del Parlasur, tal vez la más significativa por la capacidad de relacionamiento con los legisladores nacionales a partir de la cooperación interparlamentaria y del vínculo común con la nominación de los partidos políticos de pertenencia, está dada en la creación de Anteproyectos de Normas. Cabe destacar que éstos son muy escasos. Un ejemplo de Anteproyectos de Normas es el MERCOSUR/PM/SO/ANTEP. NORMA 01/2009, sobre Estatuto de Cooperativas. En octubre de 2019, por autoría de parlamentarios de todos los ciudadanos de los EP, se presentó el Anteproyecto de norma sobre “Derecho a la alimentación saludable, acceso a la información fundada y etiquetado de alimentos en el MERCOSUR”.

En cuanto a la armonización de las legislaciones nacionales, conforme señala el PCPM (Art. 4º, inciso 14), este proceso prevé elaborar estudios y Anteproyectos de normas, los que serán comunicados a los Parlamentos nacionales a los efectos de su eventual consideración. Advirtiendo la proliferación de trabajo en el Parlamento, es tiempo de seguir afianzando la colaboración universitaria en el área de investigación; en particular destaco, por mi pertenencia a ella, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, prolífera en proyectos de investigación (Decyt¹⁷) con esa finalidad.

¹⁷Ver http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_proyectos_vigentes_decyt.php (última consulta: 05/07/2020).

Sobre los dictámenes de proyectos enviados por el MCM, el ordenamiento jurídico, agilizando la incorporación de las normas que requieran internalización, ha sido casi inexistente; el Acuerdo Político es uno de ellos, otro trata sobre la publicación del estado de incorporación de las normas del Mercosur y sobre el comienzo de su vigencia (MERCOSUR/PM/S EXT/PROYECTO DE NORMA 02/2009).

Finalmente, he seleccionado un tema, tomando en cuenta el principal interés detectado desde el origen del Parlamento en la CPC a la fecha. Me refiero a los recursos hídricos, ello por cuanto los países limítrofes mayormente encuentran esa frontera; por los recursos energéticos y demás actividades derivados de ellos y principalmente en atención a la mayor reserva de agua dulce: el Acuífero Guaraní.

El Consejo del MERCOSUR, conforme la Decisión CMC/DEC 25/04 de julio del año 2004, creó el Grupo Ad Hoc del Alto Nivel Acuífero Guaraní, con el mandato de elaborar un acuerdo relativo al Acuífero Guaraní. MERCOSUR/CMC/ACTA N° 01/05 XXVIII REUNION DEL CONSEJO DEL MERCADO. Pero las tareas de ese grupo fueron impulsadas por el Parlamento del Mercosur. En tal sentido se menciona la Recomendación al CMC “para el diseño de un política común respecto al uso de los Recursos del Acuífero Guaraní” (MERCOSUR/PM/REC. 02/2008). En el año 2009, se creó el Instituto: Artículo 1: Recomendar al Consejo del Mercado Común la creación de un “Instituto regional de investigaciones y desarrollo del agua subterránea y de la protección ambiental de acuíferos del Mercosur”.MERCOSUR/PM/SO/REC. 25/2009.

Los cuatro países suscribieron el acuerdo en agosto de 2010; Argentina, Brasil y Uruguay —en ese orden— lo han ratificado. No se han tenido noticias de las razones por las cuales Paraguay no ha procedido a su ratificación.

Es relevante, así, el mayor impulso¹⁸ a estos fines que tiene lugar ante la gestión de parlamentarios del Mercosur ante legisladores nacionales de Paraguay. La consulta y presencia en despachos y comisiones impulsaron el tratamiento del mismo, ya que en el

¹⁸ Ver <https://www.facebook.com/Parlamento.del.Mercosur/videos/10155914346029664/> (última consulta: 05/07/2020).

año 2012 —al ser suspendido del Mercosur en aplicación del Protocolo de Ushuaia—, Paraguay no consideró ese tema en su agenda parlamentaria nacional.

Luego de estas gestiones el proyecto fue tratado y aprobado en el Senado y girado a la Cámara de Diputados para continuar con su tratamiento. Este es un precioso ejemplo de lo que debe ser la labor del Parlamento del Mercosur.

Siguiendo esta tendencia, en agosto del año 2017 se llevó a cabo el 1° Foro Regional sobre Directrices para Garantizar el Derecho al Agua, organizado por el Parlamento del MERCOSUR. Los Parlamentarios argentinos Ana María Corradi, Mario Metazza, Fernanda Gil Lozano, y la uruguaya Lilián Galán, presentaron —en noviembre de 2017— una Propuesta de Recomendación que pretendía declarar al Sistema Acuífero Guaraní "Patrimonio Natural del MERCOSUR".

Por su parte el parlamentario Canese de Paraguay, en Septiembre de 2018, presentó un proyecto para evitar la privatización de esos recursos en los EP. Ante medidas en Brasil, señaló que los recursos hídricos del Acuífero Guaraní son propiedad condómina de los pueblos del Mercosur, que no son privatizables en ningún sentido, y que debe ser enteramente renovable y respetuoso del medioambiente, siempre en condominio, mediante Acuerdo entre los Estados involucrados.

V. Conclusiones

Hemos abordado la tercera categoría de las fuentes de conflicto en el proceso de integración regional que han tendido lugar en relación con el Parlamento. Los conflictos de organización entre el Parlamento y el gobierno Argentino son, precisamente, la manifestación del despertar del Mercosur ciudadano, en donde conviven las minorías y mayorías políticas de la región; consecuentemente, la legitimación democrática del bloque comienza a consolidarse.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el aumento sostenido de su acervo jurisprudencial, son una expresión de que en la Unión Europea conviven derechos y

desacuerdos. Para Waldron, conforme señalan Gargarella y Martí (2005)¹⁹, el rasgo más distintivo de la política, el que la distingue de la justicia (su condición necesaria) es el hecho de los desacuerdos. Justamente el Parlamento hace posible un Mercosur donde tiene espacio el pluralismo. Que estos conflictos se hagan presentes es, indubitablemente, la mejor prueba de ello.

Los conflictos son un elemento permanente en la vida social, pero tienen una manifestación posible en la convivencia política en democracia; en el ámbito regional, la elección directa fortalece la vocación a un diálogo sobre el destino común permanente, de tal modo que la asamblea parlamentaria pasa a ser el primer lugar de pertenencia comunitaria.

Para que esta institución profundice su labor encomendada a la defensa de la democracia y consolidación de los Derechos Humanos en el plano de la cooperación internacional, es ineludible que la propia ciencia jurídica constitucional de los EP sea capaz, en palabras de Häberle²⁰ (2002), de “asumir la responsabilidad que le incumbe al pergeñar conceptos y estructuras jurídicos-dogmáticas a nivel regional y mundial en todos sus posibles ámbitos, tarea que dimana del mandato constitucional que tiene encomendado”.

Frías²¹ (2005) enseña que “un régimen electoral sano integra (al Poder Legislativo) a través de los partidos que articulan las tendencias sociales en una confrontación que busca consensos a pesar de las oposiciones”, destacando que “la oposición es un aporte valioso en la función legislativa para evitar la hegemonía, desbaratar la concentración de poder y para testimoniar que hay vida democrática”.

Alterini (2005), al reflexionar sobre el geoderecho —en una obra²² que tiene por finalidad rendir homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani—, señala que el Tratado de Asunción asume el compromiso de armonizar las legislaciones de los Estados Partes “pero la perspectiva parece remota”; ello queda visualizado en este limitado análisis, ante la casi inexistencia de consultas del CMC en cuanto a proyectos de normas ante el

¹⁹ GARGARELLA-MARTÍ, Estudio Preliminar. La filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos, en WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, p. XV.

²⁰ HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución*, p. 295.

²¹ FRÍAS. “El Poder Legislativo” en GENTILE, Compilador, *El Poder Legislativo*, p.35.

²² ALTERINI “¿Hacia un geoderecho?” en ALTERINI/NICOLAU Directores, *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, p. 5.

Parlamento, y los escasos Ante Proyectos de Normas. Esto esta sin dudas entre las principales cuestiones pendientes de mejora. Para el primero, el Parlamento depende de la iniciativa del CMC, por lo que no podemos atribuirle responsabilidad, pero sí en el segundo caso.

Resta señalar que, los 43 parlamentarios argentinos con mandato directo —a diferencia de los demás parlamentarios del bloque: Brasil, Uruguay y Paraguay— no contaron con asistencia técnica de asesores parlamentarios o un secretario, tan sólo se los proveyó de los viáticos para viajar a la sede del Parlamento (Montevideo, Uruguay).

Así y todo, a lo largo del desarrollo de este trabajo surgen datos ostensibles sobre la mejoría de la labor parlamentaria. Como se señala, la participación de la delegación argentina, que viene a acompañar a los 18 parlamentarios elegidos de forma directa en Paraguay, implica por sí sola la ampliación del marco de legitimación, por ejercitar como nunca antes las competencias previstas en el PCPM.

Regresando a la cita de Alterini, el mismo dice que de Ortega y Gasset se suele recordar la expresión “Yo soy yo y mi circunstancia”, con la cual alude a “lo que nos rodea”, al mundo de cada uno. Pero, en general, se pasa por alto que el pensamiento se completa así: “si no la salvo a ella, no me salvo yo”, de tal modo, puede verse el vínculo entre el órgano de representación ciudadana y el Mercosur; no creo que este último se salve sin el Parlamento.

Bibliografía

ALTERINI ALITIO “¿Hacia un geoderecho?”, en ALTERINI ATILIO/NICOLAU NOEMÍ L. (dirs.) HERNÁNDEZ CARLOS A. (Coord.), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*, 1º ed, Buenos Aires, La Ley, 2005.

FRIAS, PEDRO J. “El Poder Legislativo”, en GENTILE JORGE H. (Compilador) *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, 1º ed. Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung. 2008.

HÄBERLE PETER, *Pluralismo y Constitución, Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Estudio preliminar y traducción Mikunda-Franco Emilio, Madrid, Tecnos, 2002.

MARTÍNEZ ELIPE, LEÓN, *Introducción al Derecho Parlamentario*, 1º ed. Navarra, Arazadi, 1999.

PARLAMENTO CULTURAL DEL MERCOSUR. PARCUM, Secretaría Técnica Permanente. *Legislación sobre derechos de propiedad intelectual de los Estados Miembros y Asociados del Mercosur*. Buenos Aires, Secretaría Parlamentaria. Imprenta del Congreso de la Nación. 2005.

PAVIONI, NATALÍ M., *Parlamentarios del Mercosur: las dietas y las inmunidades. Comentarios a los fallos “Karlen” y “Milman”* en *Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet*, Año V – nº 2, 2017.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9ª ed. Madrid, Tecnos 2005.

PEROTTI ALEJANDRO (Coordinador), “Declaración sobre la suspensión de la elección directa de los parlamentarios ante el Parlamento del Mercosur”, *Declaración nº 2/2019 de la Comisión de Juristas para la Integración Regional del Consejo Consultivo de la Sociedad Civil para la Cancillería Argentina*, del 5 de junio de 2019.

PIZZOLO, CALOGERO, *Derecho e Integración Regional: Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*. 1º ed., Buenos Aires, Ediar, 2010.

GARGARELLA ROBERTO-MARTÍ JOSÉ L., “Estudio Preliminar, La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos”, en WALDRON JEREMY, “Derecho y Desacuerdos”, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, 2005.

Derechos de los refugiados en la República Argentina

§

Federico Irusta¹

Resumen: El autor inicia su introducción presentando a la migración como un fenómeno global que impacta directamente en los ordenamientos jurídicos nacionales. A continuación realiza un somero análisis del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos enfocándose en la garantía de acceso a la justicia. Luego pasa a describir, manteniendo el mismo enfoque, la protección de los refugiados prevista por el derecho argentino con particular referencia a la Comisión Nacional para los Refugiado (CO.NA.RE.) y a la Comisión del Refugiado de la Defensoría General de la Nación.

Palabras clave: *Protección de refugiados – Sistema Interamericano – Derecho argentino*

Abstract: The author begins his introduction by presenting migration as a global phenomenon that directly impacts on national legal systems. What follows is a brief analysis of the Inter-American system for the protection of Human Rights, in which he focus on the guarantee of access to justice. On the same approach, the author proceeds to describe the protection of refugees based on Argentine law, with particular reference to the National Commission for Refugees (CO.NA.RE) and the Refugee Commission of the National Public Defender's Office.

Key words: *Protection of refugees - Inter-American System - Argentine law*

¹ Abogado (Universidad del Museo Social Argentino), Especialista en Derecho Penal (Universidad Austral). Especialista en Administración de Justicia (Universidad de Buenos Aires). Defensor Público Coadyuvante.

Sumario:

I. Introducción. II.- Los movimientos de migratorios. III. La protección internacional de refugiados y solicitantes de asilo. IV.- Breve reseña de la Comisión Nacional para los Refugiado (CO.NA.RE.). V.- La Comisión del Refugiado de la Defensoría General de la Nación. Funciones. VI.- Conclusión.

I.- Introducción

La presente colaboración, tuvo su inspiración en los contenidos obtenidos en la primera edición del Seminario de posgrado “*Estado, integración regional y derechos humanos*” organizado por el Centro de Excelencia Jean Monnet IR & DH, donde se estudiaron las transformaciones experimentadas por el Estado-Nación en el contexto de la globalización y los flujos migratorios, con énfasis en el proceso de integración.

En este trabajo se hará una breve mención de la importancia de los movimientos migratorios actuales, sus causas, concepto y la problemática en la que el mundo se encuentra inmerso.

Así también, se hace referencia a los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, que reaccionaron en miras hacia la protección de los migrantes, brindando estándares de amparo de estos grupos vulnerables, como es el derecho de acceso a la justicia.

Luego se trató de dejar en claro la distinción existente entre los migrantes y los refugiados, con hincapié en las distintas herramientas legales creadas para su singular protección internacional.

Por lo antedicho, se trae a colación el ordenamiento legal existente en la República Argentina, puntualmente se hace una breve reseña de la Comisión Nacional del Refugiado y se explicó las funciones de la Comisión del Refugiado creado por la Defensoría General de la Nación del Ministerio Público, para si luego culminar con una conclusión de la investigación efectuada sobre los objetivos propuestos.

II.- Los movimientos de migratorios

Como punto de partida, los especialistas igualan en gravedad a la “*migración irregular*” con las nuevas amenazas mundiales como son el comercio de armas, el tráfico de drogas y el crimen organizado, pautas que nos demuestran la importancia que amerita el asunto.

Las migraciones ilegales, son causadas principalmente por desequilibrios entre Estados, condiciones económicas desfavorables de bienestar social o violaciones a los derechos humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se ha encargado de darnos un concepto de la migración internacional, al considerarla como el cruce de una persona o grupo de personas de una frontera estatal internacionalmente reconocida de su país de origen, con el propósito de establecerse por un período de tiempo o de manera permanente en otro país del cual no es nacional².

Según el órgano regional, estos movimientos responden a un fenómeno multicausal que implica que las personas migran por diversas razones, entre estas se encuentran las de índole económica, social, política y ambiental.

Hay que tener en cuenta que los procesos migratorios son fenómenos que generan conflictos normativos. Boaventura de Sousa Santos lo encuadra en lo que denomina la fase tercera del pluralismo jurídico, la que se comprende de los intensos movimientos demográficos generadores de nuevas sociedades plurales, diversas, multiculturales, donde las prácticas jurídicas cargadas por los migrantes entran en conflicto con el derecho estatal. Ejemplo de ello es la “*excisión*”, la cual consiste en la mutilación de los genitales externos femeninos, prácticas frecuentes en las niñas recién nacidas, que es común entre las hijas de inmigrantes africanas en diversos países de Europa.

Ahora bien, lo que se llama fronteras modernas sirvió como instrumento de delimitación física y simbólica de los Estados, sin embargo la globalización ha debilitado de cierta manera esa pared imaginaria entre Estados, debido a múltiples factores, como son las finanzas, tecnologías, mercaderías y la movilidad de aquellos que el sociólogo Zygmunt

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “*Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del sistema interamericano de derechos humanos*”, párr. 2, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/15, 31/12/2015.

Bauman³ denomina “*turistas*”, es decir, los que tienen el capital económico y cultural requerido para moverse a través de las fronteras sin impedimentos. En contraposición a ellos, nos encontramos a los llamados “*vagabundos, refugiados e emigrantes*” que no poseen la misma suerte, viéndose forzados por la persecución, la violencia y el desempleo a desplazarse, a quienes las fronteras de la modernidad si cumplen su función de impedimento.

La noción de frontera es clave para entender los procesos de discriminación, explotación y exclusión de los inmigrantes o de la población migrante. El concepto refería a los límites de la forma de vida de un pueblo o a la zona de influencia de un Estado.

Metafóricamente Bauman ha utilizado las categorías de *turistas* y *vagabundos* para referirse a estos dos grupos. La división pasa por la capacidad de movilidad de unos y otros, que hace posible para unos poder elegir el lugar donde se establecen y para otros no. Los primeros pueden alejarse de los segundos, pero no viceversa.

Así el autor sostiene que la globalización ha llevado un proceso de pérdida del control sobre fronteras y territorios, pero se observa un incremento del control migratorio, visas, pasaportes, medidas de seguridad. Los límites de las fronteras son porosos absorbiendo lo deseable y expulsando lo desechable. La globalización está hecha para satisfacer los deseos y necesidades del *turista* y crea como un efecto bilateral al *vagabundo*. Mientras que para el *turista* el mundo se le presenta como posibles vivencias, el *vagabundo* experimenta los efectos de la globalización. Los *turistas* son funcionales a la sociedad del consumo, los *vagabundos* no, porque no pueden financiar las costosas elecciones accesibles a los *turistas*, no son ni necesarios ni deseados y pueden convertirse en el chivo expiatorio de las mayorías nacionales.

Por otro lado, hay que prestar atención a un factor que pasa por desapercibido pero es mucho más importante de lo que imaginamos, que es el desplazamiento forzado de personas como consecuencia de los efectos adversos de los desastres naturales, particularmente aquellos relacionados con el cambio climático.

³ BAUMAN, “*La globalización. Consecuencias Humanas*”. Editorial Espiral, Volumen IX, N° 25, 2002, Universidad de Guadalajara México.

Esto ha dejado de ser una simple amenaza para devenir en una alarmante realidad humanitaria, lo que ha provocado que millones de personas en todo el mundo se desplazaran de su lugar de residencia como una estrategia de supervivencia y adaptación a los efectos adversos provocados por los desastres naturales.

Los desastres naturales y los efectos adversos del cambio climático se plantean como una seria amenaza a la vigencia de los derechos humanos y, en particular, se han convertido en factores determinantes del desplazamiento forzado de personas junto a la persecución por motivos étnicos, políticos o religiosos y los conflictos armados.

No resulta tarea fácil realizar una distinción cuando estamos ante un desplazamiento forzoso por un desastre naturales o de otros factores de desplazamiento como son los conflictos o los motivos económicos, ya que muchas veces el primero acentuó los conflictos preexistentes. Las razones que determinan la migración suelen ser complejas y generalmente reflejan una combinación de factores medioambientales, sociales, económicos y políticos.

Para sintetizar la idea, resulta adecuado traer a colación lo sostenido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) que considera a la influencia del cambio medioambiental en la movilidad humana es ostensible y creciente y que, en ese marco, el calentamiento global y el cambio climático son probablemente los más importantes nuevos factores del desplazamiento.

Cabe decir que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y su interpretación por parte de los distintos órganos, tanto del sistema internacional como del interamericano han fijado estándares de protección de estos grupos vulnerables, todo ello ha llevado a que los Estados arbitren cambios en sus ordenamientos legales que son acordes con dichos parámetros.

Uno de las bases de estas salvaguardas es el derecho de defensa de la persona migrante a través del acceso a la justicia y el debido proceso, lo que es la base para poder garantizar y hacer efectivos todos los derechos que le reconocen las normas nacionales e internacionales.

Con el reconocimiento de lo que ha sido denominado el derecho humano de toda persona a migrar, tanto interna como internacionalmente, subsiste también la del derecho a la persona de no migrar de manera forzada.

El anclaje normativo lo vemos en los artículos 8 y 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; 9, 13 y 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2, 3 y 4 del Protocolo N° 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1963; Convención de 1951; Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados de 1967; Declaración de Cartagena, 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966; 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969; 12 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981; 8 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990); y 3.1, a), 4.1, 4.4, 4.5, 7.5, a) y 7.5, d) de la Convención de la Unión Africana para la Protección y Asistencia de los Desplazados Internos en África (Convención de Kampala) de 2009.

Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han reconocido reiteradamente que, si bien en el marco de sus atribuciones soberanas los Estados tienen el derecho a controlar sus fronteras, definir los requisitos de ingreso, estancia y expulsión de los extranjeros de su territorio y, en general, de establecer sus políticas migratorias; las políticas, leyes y prácticas que implementen en materia migratoria deben respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas migrantes, los cuales son derechos y libertades que se derivan de su dignidad humana y que han sido ampliamente reconocidos por los Estados a partir de las obligaciones internacionales que han contraído en materia de derechos humanos.

En este sentido la CIDH. señala que el principio fundacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es que los derechos humanos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

Por consiguiente, las personas en el contexto de la migración cuentan con el derecho al respeto y garantía de sus derechos humanos. Con la salvedad de entrar, circular y residir en un país, el cual se encuentra restringido a aquellas personas que cuenten con la

autorización legal para hacerlo, y de ciertos derechos políticos restringidos a los ciudadanos, los migrantes tienen derecho a que se les respeten y garanticen los demás derechos reconocidos en la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos en igualdad de condiciones con las demás personas.

III.- La protección internacional de refugiados y solicitantes de asilo

Hay que dejar en claro que las migraciones están íntimamente entrelazadas con las personas solicitantes de refugio, sin embargo es conveniente recordar que son dos supuestos distintos.

El refugiado es toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (conforme Protocolo sobre el Estatuto de Refugiados de 1967).

Ahora en bien, en el ámbito regional surgieron nuevos discursos que enfatiza el derecho a migrar, como así también de importante la no criminalización de los inmigrantes y su acceso a derechos con independencia de su situación administrativa.

Dicho cambio ha sido llevado a cabo por países latinoamericanos de gobiernos de izquierda o de centro-izquierda, discursos que se contraponen a los que se dan en algunos sectores políticos de Estados Unidos y de la Unión Europea.

La Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) entendió que existe una relación estrecha y múltiple entre la observancia de las normas relativas a los derechos humanos, los movimientos de refugiados y los problemas de protección.

Las violaciones graves de derechos humanos provocan movimientos de refugiados, algunas veces en escala masiva, y dificultan el logro de soluciones durables para estas personas.

Al mismo tiempo, los principios y prácticas relativas a los derechos humanos proporcionan reglas a los Estados y a las organizaciones internacionales para el tratamiento de refugiados, repatriados y personas desplazadas.

A su vez se sostiene que la problemática de los refugiados sólo puede abordarse correctamente si se tiene una visión integrada de los derechos humanos, que incluya el derecho de los refugiados y el derecho humanitario, y de una protección efectiva de los refugiados requiere que se consideren y apliquen derechos humanos fundamentales.

Cabe decir que se impulsó la convergencia entre el derecho de los refugiados, los derechos humanos, y el derecho humanitario, sosteniendo siempre un enfoque integrado de las tres grandes vertientes de protección de la persona humana.

Como adelanté, es muy común que la migración y el refugio generen confusión, sin embargo responden a problemas disímiles. Sucede que esa confusión tanto en el tratamiento por parte de los Estados como de aquellas personas que recurren a esta figura para regularizar su situación migratoria, va de la mano de la política migratoria y las políticas de asilo y refugio.

Paralelamente, en las circunstancias actuales los migrantes y otras personas que buscan protección, tales como los solicitantes de asilo y los refugiados, comparten los mismos movimientos y requieren protección. Aunque no todas esas personas califican como refugiados bajo los instrumentos internacionales.

En efecto contamos con la Declaración de Cartagena que es un instrumento regional no vinculante desarrollado en Cartagena de Indias, Colombia, en noviembre de 1984, con el su enfoque centrado en la protección y los retos humanitarios que afectaban a los refugiados en Centroamérica en los años 80.

Bajo este orden de ideas, resulta sumamente trascendente la creación y utilización de herramientas regionales de protección de los refugiado, así se efectuó la primera consulta subregional del proceso conmemorativo del 30° Aniversario de la Declaración de Cartagena que se realizó en la Ciudad de Buenos Aires, en marzo de 2014.

En esta consulta tuvo participación todos los Estados Partes del MERCOSUR de ese momento (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y la República Bolivariana de Venezuela)

y cinco de los Estados asociados (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú), así como de Costa Rica, México. Los Gobiernos de Estados Unidos de América, Noruega y Suecia, así como la Unión Europea, estuvieron representados por sus Embajadas también en calidad de observadores. Igualmente, participaron los siguientes organismos internacionales: OIM, UNICEF, CEPAL, ACNUDH y el PNUD. Participaron también el Consejo Noruego para Refugiados (NRC) y representantes de las organizaciones de la sociedad civil de la región sudamericana, y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

De esta reunión se han cristalizados importantes recomendaciones y desafíos entre los Estados participantes en materia de protección internacional de refugiados.

Entre esos los gobiernos estatales deben considerar como estrategias de soluciones duraderas que tengan en cuenta los procesos de integración regional, favorecer la gestión de calidad de los sistemas de asilo, la problemática de los movimientos migratorios mixtos, el desplazamiento por el cambio climático y los desastres naturales, la consideración de otras alternativas migratorias para refugiados, la protección de las personas apátridas y la erradicación de la apátrida.

También hicieron énfasis en la aplicación de los estándares de debido proceso legal establecidos tanto por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como por las legislaciones nacionales, en todos los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, incluyendo aquellos procedimientos acelerados o diferenciados, en particular en cuanto a acceder a los procedimientos de determinación de la condición de refugiado, especialmente en frontera, respetando el principio de no devolución; garantizar la representación legal gratuita de todos los solicitantes de asilo y refugiados y la provisión de intérpretes idóneos o traductores, cuando fuera necesario para una adecuada presentación y defensa de los casos; respetar el derecho de los solicitantes de asilo a obtener una decisión motivada sobre su caso en un plazo razonable; garantizar instancias de apelación administrativa y revisión judicial independientes.

Entiendo que esa recomendación garantiza de manera plena el derecho de defensa del migrante, elevando el estándar al establecer implícitamente derechos como son el de asistencia legal, el derecho a recurso, a obtener una decisión fundada, lo que hace a una

integra garantía de defensa en juicio, ya que en el caso como es de la Argentina al ser una autoridad administrativa quien otorga el estatus de refugiado dichos derechos se ven seriamente resentidos y recortados donde prima un formalismo riguroso atentando directamente contra el solicitante.

Continuando con el camino a seguir por los Estados, estos aconsejan que a efectos de consolidar los sistemas nacionales de determinación de la condición de refugiado, se requiere la efectiva aplicación de los altos estándares de la normativa interna y su armonización regional. Entendieron que existe la necesidad de contar con lineamientos y guías para la interpretación de sus elementos a fin de facilitar el trabajo de determinación y el encuadre adecuado de los casos a la misma.

Nuevamente este camino sería el correcto, ya que entiendo que es trascendental la existencia de reglas claras respecto a cuáles son los supuestos que habilitarían el otorgamiento al estatus de refugiado, lo que lograría es disminuir en lo mínimo posible la arbitrariedad en las decisiones.

Como también de encontrar fórmulas de equilibrio entre las legítimas preocupaciones de seguridad de los Estados y las necesidades de protección de las personas solicitantes de asilo y refugiadas. El desarrollo de políticas migratorias abiertas y flexibles contribuye a disminuir la presión sobre los sistemas de asilo y la presentación de solicitudes manifiestamente infundadas.

Esto último puede traducirse en una salida a la problemática y consecuencias que un Estado desee evitar al conceder el estatus de refugiado a una persona, dando ventajas a los migrantes ya que disminuye la posibilidad de ser atrapados por los tratantes.

Asimismo, se destacó la importancia de abordar las temáticas del asilo, protección de refugiados y la migración desde la óptica del desarrollo progresivo de las normas y estándares de derechos humanos adoptados desde la Declaración de Cartagena en el año 1984 hasta la actualidad. Este enfoque de derechos humanos debe igualmente guiar la interpretación de las definiciones de refugiado aplicables en la región.

Los Estados vieron un balance positivo resaltando la práctica de la no criminalización de la migración irregular, el reconocimiento de los derechos fundamentales de los migrantes, la excepcionalidad de la detención administrativa, el mejoramiento de la legislación y de los procedimientos para la determinación de la condición de refugiado y un consenso amplio sobre la aplicación de la definición de refugiado de Cartagena en el marco de MERCOSUR y UNASUR.

Por último, se hizo énfasis en que el desarrollo de la normativa en materia de derecho internacional de derechos humanos ha generado nuevas obligaciones para los Estados que deben conducir a nuevas formas de pensar la migración y el asilo.

Todo el plan de acción trazado por los Estados participantes resulta ser sumamente valioso, al encontrar los participantes puntos en común a trabajar, ya que nadie es ajeno a una problemática que es global y que incumbe a todos por igual.

IV.- Breve reseña de la Comisión Nacional para los Refugiado (CO.NA.RE.)

En la República Argentina es el Poder Ejecutivo quien determina la condición de refugiado de una persona, específicamente la Comisión Nacional para los Refugiados (CO.NA.RE.).

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 fue ratificada por la República Argentina en el año 1961. El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados en el 1967. El proceso de determinación de la condición de refugiado fue llevado a cabo hasta 1985 por el ACNUR, por decreto N° 464/85 del Poder Ejecutivo que estableció un organismo encomendado de resolver las solicitudes de refugio, creando el Comité de Elegibilidad para los Refugiados (CEPARE) estaba bajo el ámbito del Ministerio del Interior Dirección Nacional de Migraciones, cuyo marco normativo era la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.

Asimismo, la República Argentina no había participado al momento de la adopción de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena y si bien era un instrumento de carácter no vinculante, el CEPARE resolvió a través del acta resolutive N° 465/98, incorporar dicha definición a partir del año 1998.

Finalmente, en el año 2006 se sancionó la Ley “*General de Reconocimiento y Protección al Refugiado*” (ley 26.165) que derogó el Decreto 464/85, y creó la Comisión Nacional para los Refugiados (CO.NA.RE.) también bajo jurisdicción del Ministerio del Interior, órgano colegiado interministerial. Este posee la función más trascendente la de resolver sobre el reconocimiento de la condición de refugiado en todo el territorio nacional a las personas que eventualmente lo soliciten.

V.- La Comisión del Refugiado de la Defensoría General de la Nación. Funciones

En el año 2007, es decir al poco tiempo de la ley 26.165, se creó la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado por la Defensoría General de la Nación, organismo que pertenece al Ministerio Público de la Defensa, reglado por la ley orgánica 27.149.

Dicha comisión tiene por objeto garantizar el acceso a la justicia y el respeto de los derechos humanos de las personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de dicha condición.

Concretamente busca garantizar que toda persona solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado cuente, si así lo desea, con la asistencia de un abogado en todas las etapas del procedimiento, provisto gratuitamente por el Estado.

Cabe señalar que el acceso a la justicia es un derecho humano fundamental que consiste en la posibilidad de toda persona de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas.

Este derecho se encuentra plasmado en nuestra Constitución Nacional que su Artículo 18 garantiza el acceso a la justicia de todos sus habitantes. A su vez, a partir de 1994 este principio se vio reforzado con la incorporación a la Constitución de los Tratados Internacionales suscriptos por Argentina, que reconocen el derecho de todas las personas a obtener, en condiciones igualitarias, un rápido y amplio acceso a un tribunal de justicia de carácter imparcial e independiente (ver arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

El Sistema Interamericano se han pronunciado reiteradamente en torno al acceso a la justicia, considerándolo uno de los pilares básicos no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática, en el sentido de la Convención⁴.

La Corte IDH ha sintetizado su doctrina en materia de acceso a la justicia señalando que el artículo 25 de la CADH “...establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales” y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el art. 25 de la Convención “...no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el art. 25 de la Convención Americana (párr. 52)”.

Así la Corte IDH consideró que “la negativa a prestar un servicio público gratuito de defensa legal a las personas sin recursos implicaba una vulneración del debido proceso y del derecho a la protección judicial efectiva ya que le impide que se hagan valer los derechos en juicio, y, en el caso de personas migrantes indocumentadas, éstas corren serio riesgo de ser deportadas, expulsadas o privadas de su libertad al acudir a las instancias administrativas o judiciales (párr. 54)”.

No debe soslayarse que, de acuerdo a la Convención Americana y otros instrumentos internacionales, el derecho al acceso a la justicia concierne a la violación de todo derecho fundamental, y no sólo aquellos relacionados con la investigación en materia penal. Esto significa que la existencia de formas de asistencia legal adecuada a las necesidades de los grupos vulnerables debe extenderse a todas las áreas en las que peligre la vigencia de un derecho fundamental –político, civil, económico, social o cultural⁵.

⁴ Corte IDH *Cantos v. Argentina* fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C N° 97; *Suárez Rosero v. Ecuador*, fondo, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C, N° 35; *Caso Palamara Iribarne v Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C N° 135, párr. 184.

⁵ Andreu - Guzmá - Courtis “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”.

Yendo al plano terrenal, toda persona que se presenta ante la Comisión Nacional para los Refugiados a formalizar su solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado es notificada de su derecho a contar con la asistencia de un abogado en todas las instancias del procedimiento, a través de formularios de notificación en idioma inglés, francés y español.

Si la persona opta por contar con los servicios del Programa, se le provee de un abogado desde el inicio mismo de su solicitud, el que le brinda asesoramiento y representación legal durante todas las etapas del procedimiento administrativo de reconocimiento del estatuto de refugiado y, llegado el caso, durante el proceso de revisión jurisdiccional del acto administrativo denegatorio de dicha condición.

Es decir que orientan al solicitante para que pueda completar la nota inicial y el formulario de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado; brindan asesoramiento sobre la naturaleza del procedimiento y sobre sus derechos y obligaciones; velan para que se respeten en el procedimiento todas y cada una de las garantías del debido proceso; acompañan al solicitante a las entrevistas de elegibilidad dispuestas por la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE); aportan prueba documental, testimonial o pericial; elaboran el alegato de todo lo actuado en el procedimiento, analizando la historia personal del solicitante y toda la información disponible sobre la situación objetiva de su país de origen; interponen los recursos administrativos en caso de denegatoria y promueven la revisión jurisdiccional del acto administrativo del Ministro del Interior que deniega la condición de refugiado.

Así también, la comisión orientan a los solicitantes sobre las diferentes vías que ofrece la ley de Migraciones 25.871 para regularizar su situación migratoria en el país, asistiéndolos y acompañándolos en los trámites correspondientes. Dicho programa tuvo reconocimiento por parte del A.C.N.U.R.

La Defensora General de la Nación dictó la Resolución D.G.N. Nº 770/12, donde instruye a todos los defensores oficiales de instrucción que tomen conocimiento de que una persona refugiada o solicitante del reconocimiento de dicha condición se encuentra privada de su libertad, arbitren los medios a su alcance para evitar que se practique la notificación a las autoridades consulares del país de su nacionalidad, con el objetivo de salvaguardar

el principio de confidencialidad que rige en el Derecho Internacional de los Refugiados y, al mismo tiempo, evitar que la persona refugiada o solicitante del reconocimiento de dicha condición se encuentre, al estar privada de la libertad, en una situación desventajosa con relación a cualquier persona otra persona extranjera, que podría contar con los servicios de su representación consular.

Así también en aras a la debida protección de los refugiados contamos con la resolución N°957/15 por medio de la cual se instruyó a los defensores respecto de lo establecido en el artículo 40 de la ley 26.165, que establece el principio de “*no sanción por ingreso ilegal*”, aplicable tanto a la persona reconocida como refugiada, como a aquella que solicita el reconocimiento de dicha condición, de acuerdo a lo establecido en el Artículo Segundo de la misma ley.

Consiguientemente, se sostiene que en caso de que se haya iniciado causa penal o expediente administrativo por ingreso ilegal, estos procedimientos serán suspendidos hasta que se determine por medio de resolución firme la condición de refugiado del solicitante.

En caso de reconocimiento de la condición de refugiado los procedimientos administrativos o penales abiertos contra el refugiado por motivo de ingreso ilegal serán dejados sin efecto, si las infracciones cometidas tuvieren su justificación en las causas que determinaron su reconocimiento como refugiado⁶.

Al respecto, el ACNUR ha señalado: “*De acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado*”⁷.

Sobre la autoridad del Manual del ACNUR en materia de reconocimiento del estatuto de refugiado, el art. 35 de la ley 26.165 establece que se “*tendrán presente los criterios*

⁶ “*Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica*”, EDUNLa Cooperativa 29 de setiembre, p. 364.

⁷ “*Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*”, en “*Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado*”, reedición, Ginebra, 2011, párr. 28.

interpretativos emanados de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y de las recomendaciones del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR”.

Para finalizar, podemos observar que a través de un órgano de la Constitución Argentina –artículo 120- se ve garantizada el derecho de la persona solicitante de refugio de contar con asistencia legal durante todo el trámite de refugio, lo cual se ve robustecido aún más, al depender de un órgano independiente del Poder Ejecutivo y Judicial.

VI.- Conclusión

Se da por finalizado la presente investigación bajo en convencimiento de que se logró señalar la complejidad de los movimientos migratorios y la necesidad constante de crear ámbitos de protección legal, tanto de las personas migrantes como las refugiadas, por ello es de suma importancia dar a conocer la normativa específica que tiende a ser manto de protección hacia ello, y la existencia actual de los distintos organismos que el Estado Argentino ha ido desarrollando a lo largo de tiempo para esos fines, ya que ello constituye una obligación internacional que no debe dejar de cumplirse y perfeccionarse día a día.

Bibliografía

ACOSTA ARCARAZO, Diego - FELINE FREIER, Luisa. Discursos y Políticas de Inmigración en Sudamérica: ¿hacia un nuevo paradigma o la confirmación de una retórica sin contenido? “Revista Interdisciplinaria de Movilidad Humana”, Vol. XXIII, No. 44, publicada, junio 2015, p. 171 a 189.

ANDIA, Roció. El Derecho de los Refugiados en la República. Argentina del Bicentenario. V Congreso Latinoamericano de Ciencia. Política. Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. La globalización. Consecuencias Humanas. Editorial Espiral, Vol IX, N° 25, 2002, Universidad de Guadalajara México.

BOAVENTURA DE SOUSA, Santos Pluralismo jurídico, escalas y bifurcación, Bogotá, TM editores, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. El desarraigo como problema humanitario y de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. Ed. Universidad de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Lecciones y Ensayos N° 78.

CRISTOFFANI, Pablo R. Pandillas, migrantes y fronteras en Sin nombre y Babel, Sociedad y Discurso, Numero 27: 101-124, Universidad de Aalborg.

COURTIS, Christian - GUZMÁN Federico “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, publicado por el Ministerio Público de la Defensa de la Argentina.

DOMENECH, Eduardo. Las migraciones son como el agua: hacia la instauración de políticas de control con rostro humano. Revista “Polis Latinoamericana”. Volumen 12, N°35, 2013, p. 119 a 142.

DUQUELSKY GÓMEZ, Diego J. Yo, Ovidio González Wasorna, y el mito de la protección constitucional del derecho indígena. Cartapacio de Derecho, Revista Virtual de la Facultad de derecho.

LETTIERI, Martín. Protección integral de los refugiados en el sur de Sudamérica, Víctor ABRAMOVICH, editor, de la Universidad Nacional de Lanús, 2012.

NEJAMKIS, Lucila - ÁLVAREZ NIEVAS, Jorge. Migración y refugio en la Argentina: Un análisis desde la legislación actual. “Revista Internacional de Historia Política e Cultura Jurídica”, Universidad Federal Fluminense Rio de Janeiro, Brasil, vol. 4, núm. 3, septiembre, diciembre, 2012, p. 445 a 463.

POSADAS, Paola Andrea. Refugiados y desplazados forzados. Categorías de migración forzada creadas como medidas de contención a las migraciones no deseadas. Estudios Políticos, 35, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia.

ROCA Santiago, El derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso de las personas migrantes en Argentina, Referencia Jurídica e investigación. Secretaría General de Capacitación y jurisprudencia. Ministerio Público de la Defensa.

Comentarios a Jurisprudencia /

Las inmunidades parlamentarias

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Oriol Junqueras Vies”

§

Natalí Mariana Pavioni¹

Sumario:

I. Introducción. II. Contexto político y litigio principal. III. La cuestión prejudicial. IV. La condición de parlamentario/a europeo/a. V. Las inmunidades parlamentarias. VI. Sentencia del TJUE.

I. Introducción

El asunto C-502-2019 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, en el marco del caso de Oriol Junqueras Vies.

Atiende a la cuestión de las inmunidades parlamentarias de quienes resulten electos/as para conformar el Parlamento Europeo.

El acusado en el litigio principal es el líder de Esquerra Republicana de Catalunya y fue electo Parlamentario Europeo mientras se encontraba en prisión preventiva. Se le imputan delitos relacionados a los hechos acontecidos en tiempos del referéndum de autodeterminación de Cataluña, durante el ejercicio de su cargo de Vicepresidente de la *Generalitat*.

En el transcurso de la prisión preventiva, antes de ser electo Parlamentario Europeo y verse impedido de asumir el cargo, también resultó electo Diputado Nacional español, obteniendo el permiso judicial que le permitió salir de prisión para cumplir los requisitos que

¹ Abogada de la Universidad de Buenos Aires y docente de Derecho de la Integración Regional y Derechos Humanos. Universidad de Buenos Aires (Argentina).

establece la ley electoral para asumir el cargo. Sin embargo, luego la Mesa del Congreso lo suspende del ejercicio de sus funciones.

El Tribunal Supremo español, en el caso de la elección del Parlamento Europeo, entiende que debe hacerse una ponderación de derechos e intereses, razón por la cual decide no autorizar la salida extraordinaria del centro penitenciario para cumplir requisitos legales y prestar juramento como Parlamentario Europeo. A diferencia de lo que ocurrió cuando fue electo Diputado Nacional, ya que esta nueva autorización significaba habilitar la salida del territorio español del imputado por delitos graves.

El problema jurídico abordado se vincula con el momento en que se adquiere la condición de Parlamentario o Parlamentaria. Lo que lleva a que también se debe determinar en qué momento y bajo qué condiciones se goza de los privilegios e inmunidades que prevé el derecho de la UE. Por último, si éstas significan suspender una prisión preventiva dictada por el Estado español.

A fin de resolver estas cuestiones el Tribunal Supremo utiliza la Cuestión Prejudicial, para que sean aclaradas por la máxima autoridad en términos de interpretación del Derecho de la UE.

Abordamos algunos comentarios al caso de Oriol Junqueras Vies, teniendo en miras explicar más detalladamente el Asunto C 502/2019 del TJUE.

II. Contexto político y litigio principal

La cuestión en torno a la posición política de Cataluña es de larga data, pudiéndose identificar a fines del siglo XVII y principios del siglo XVIII los primeros movimientos independentistas².

En septiembre del año 2017, tras varios sucesos políticos y un clima de tensión, el *Parlament* aprueba la ley del referéndum de autodeterminación³ y la ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República⁴, luego suspendida por el Tribunal Constitucional

² BALCELLS A., *El projecte d'autonomia de la Mancomunitat de Catalunya del 1919 i el seu context històric*, p. 11

³ Ley 19 del 6 de septiembre de 2017. Referéndum de autodeterminación. DOGC N° 7449A, de 6 de septiembre de 2017, p. 1.

⁴ Ley 20 del 8 de septiembre de 2017. Transitoriedad jurídica y fundacional de la República. DOGC N° 7451A, de 8 de septiembre de 2017, p. 1.

español. Esto permitió que el primero de octubre del mismo año, se celebrara el referéndum con la participación de más de 2.200.000 personas, con un 90,1 % de votos favorables a la independencia y un 7,8 % de votos negativos, según los datos de la *Generalitat*. Las imágenes del referéndum y las de los episodios de violencia que dejan 1.066 heridos, se transmiten a nivel mundial⁵.

Días más tarde, con la escalada de los conflictos sociales y las protestas que desencadenan hechos de violencia, Carles Puigdemont Casamajó, Presidente de la Generalitat de Cataluña entre 2016 y 2017, suspende desde el Parlament la declaración de la independencia para intentar abrir el diálogo con el Gobierno español. Sin embargo, el *Parlament* declara la independencia y el Senado español la aplicación del artículo 155⁶, mientras que el Presidente español le solicitó al Senado proceder a cese del ejecutivo regional (Presidente, Vicepresidente y de los consejeros de la Generalitat de Cataluña) y la potestad para disolver el Parlamento catalán, a fin de convocar elecciones regionales en un plazo máximo de seis meses⁷.

En relación con estos sucesos, el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y el partido político VOX promovieron un proceso penal contra varias personas que han participado en la conducción política de lo acontecido el primero de octubre, por los siguientes delitos:

- Rebelión (artículo 472 y concordantes. Título XXI. Capítulo I del Código Penal- Ley Orgánica 10/1995).
- Sedición (Título XXII. Capítulo I del Código Penal- Ley Orgánica 10/1995).
- Desobediencia (artículo 410 y concordantes del Código Penal- Ley Orgánica 10/1995).

⁵ FRANCESC-MARC A., *Ensayo general de una revuelta*, p. 245.

⁶ Artículo 155 Constitución española. 1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.

⁷ Infobae 27 de octubre de 2017. (Fecha de consulta 12 de mayo 2020).

- Malversación de caudales públicos (artículo 432 y concordantes. Título XIX. Capítulo VII del Código Penal- Ley Orgánica 10/1995)

Ello dio lugar a la Causa Especial 20907/2017, conocida por los medios de comunicación como “el juicio del procés”⁸.

Entre las personas acusadas se encuentra Oriol Junqueras Vies, quien en ese momento ejercía el cargo de Vicepresidente del Gobierno Autonómico de Cataluña.

El dos de noviembre del año 2017, junto a parte del Górgen, luego de declarar en la Audiencia Nacional ante el juez Lamela, Junqueras Vies es detenido, bajo la figura de la prisión preventiva prevista en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹, y trasladado a Alcalá Meco. El once de julio, Junqueras es trasladado a los centros penitenciarios de Lledoners y el primero de febrero del año 2019, es encarcelado en Estremera¹⁰.

Mientras transitaba la última etapa del proceso penal en su contra con la restricción de su libertad de manera preventiva, Junqueras Vies es electo Diputado Nacional.

Al respecto, el Tribunal Supremo español entiende, en el auto del catorce de mayo de 2019, *“que no era necesario solicitar al Congreso de los Diputados la autorización previa a que se refiere el artículo 71, apartado 2, de la Constitución española, puesto que la elección como diputado del Sr. Junqueras Vies se había producido una vez abierto juicio oral en el proceso penal en su contra. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la inmunidad derivada de ese precepto constitucional solo se reconoce a los diputados y senadores españoles respecto de los procesos penales en los que aún no se haya abierto*

⁸ Conforme titulares de: El País, 16 de marzo de 2020, 18 de abril de 2020, 14 de abril de 2020, 15 de abril de 2020, entre otros. El Mundo, 13 de noviembre de 2019, 5 de febrero de 2020, 12 de febrero de 2020, entre otros. (Fecha de consulta 14 de mayo 2020).

⁹ Determina este artículo que el fin de la prisión provisional es:

- a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.
- b) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.
- c) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.
- d) Para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.

¹⁰ FRANCESC-MARC A., *Ensayo general de una revuelta*, p.248-249.

juicio oral en la fecha en que hayan resultado electos o adquieran la condición de diputado o senador.

Mediante ese mismo auto, el Tribunal Supremo, resolviendo una solicitud del Sr. Junqueras Vies al efecto, le concedió un permiso extraordinario de salida del centro penitenciario para asistir, bajo vigilancia policial, a la sesión constitutiva del Congreso de los Diputados y para cumplir con tal motivo los requisitos indispensables en relación con la toma de posesión de su escaño, previstos en el artículo 20 del Reglamento del Congreso de los Diputados.”¹¹

Es decir que, atendiendo a la letra del precepto constitucional español y la interpretación del Tribunal Supremo sobre el mismo, no se solicita autorización a la Cámara de Diputados para llevar adelante el desafuero.

Sin embargo, el Tribunal Supremo le permite concurrir a la sesión de apertura del Congreso, acompañado de custodia policial, donde prestó juramento, declarando que *“desde el compromiso republicano, como preso político y por imperativo legal”¹²* asume su cargo de la XIII Legislatura. Cumpliendo con todos los requisitos conforme al artículo 20¹³ del Reglamento de la Cámara de Diputados, toma posesión de su escaño y regresa al centro penitenciario.

Ante esto, la Presidencia de la Cámara de Diputados corrió traslado al Tribunal Supremo, en razón del artículo 12 del Reglamento de la Cámara, que le encomienda a la presidencia adoptar medidas para salvaguardar los derechos y prerrogativas de la Cámara y de sus miembros, a fin de conocer el modo en que la situación procesal afectará el ejercicio de las funciones de los diputados y cuál sería la aplicación de los artículos 21.1.2°

¹¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-502-2019, Párrafos 21 y 22.

¹² Diario Digital La Información del 21 de mayo 2019. Fecha de consulta 14 de mayo 2020.

¹³ Artículo 20 del Reglamento de la Cámara de Diputados: 1. El Diputado proclamado electo adquirirá la condición plena de Diputado por el cumplimiento conjunto de los siguientes requisitos:

1° Presentar en la Secretaría General la credencial expedida por el correspondiente órgano de la Administración electoral.

2° Cumplimentar su declaración de actividades en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

3° Prestar, en la primera sesión del Pleno a que asista la promesa o juramento de acatar la Constitución.

2. Los derechos y prerrogativas serán efectivos desde el momento mismo en que el Diputado sea proclamado electo. Sin embargo, celebradas tres sesiones plenarias sin que el Diputado adquiera la condición de tal, conforme al apartado precedente, no tendrá derechos ni prerrogativas hasta que dicha adquisición se produzca.

del Reglamento de la Cámara y 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En respuesta, el 23 de mayo, el Tribunal Supremo entiende que la configuración constitucional de sí mismo hace inviable la elaboración del escrito requerido¹⁴.

Tres días después, la Mesa de la Cámara de Diputados, en su segunda reunión, ha decidido suspender con efecto retroactivo al día de la asunción a los “diputados independentistas” incluido Junqueras Vies por aplicación del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁵.

Sobre la aplicabilidad del artículo 21.1.2° del Reglamento de la Cámara que establece que el Diputado quedará suspendido en sus derechos y deberes parlamentarios: “*Cuando, concedida por la Cámara la autorización objeto de un suplicatorio y firme el Auto de procesamiento, se hallare en situación de prisión preventiva y mientras dure ésta*”, aparece que el Tribunal Supremo resolvió que no ha lugar a solicitar la tramitación del Suplicatorio. Por lo tanto, no se da lugar a que de él derive la autorización de la Cámara. Faltando este requisito, no es aplicable para proceder a la suspensión¹⁶.

Por su parte, ateniéndose a la letra del artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que “*firme un auto de procesamiento y decretada la prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, el procesado que estuviere ostentando función o cargo público quedará automáticamente suspendido en el ejercicio del mismo mientras dure la situación de prisión*”, considera aplicable la suspensión. Se plantea si para aplicar una norma procesal, es necesaria una previa comunicación del órgano jurisdiccional que entiende en el proceso y encuentra esto implícitamente cumplido, en la copia enviada a la Presidenta de la Cámara de la Resolución de Prisión Preventiva. Además, se comprende que si bien la prisión preventiva no significa a per se, vulneración de derechos políticos, hace imposible el ejercicio pleno del cargo de Diputado¹⁷.

¹⁴ Informe de la Secretaría del Congreso sobre la posible suspensión de derechos y deberes de los diputados que se encuentran en prisión preventiva. 24 de mayo de 2019.

¹⁵ La Vanguardia del 24 de mayo de 2019. (Fecha de consulta: 20 de mayo 2020).

¹⁶ Informe de la Secretaría del Congreso sobre la posible suspensión de derechos y deberes de los diputados que se encuentran en prisión preventiva. 24 de mayo de 2019.

¹⁷ Ídem.

En las elecciones del Parlamento Europeo del 26 de mayo de 2019, el líder de Esquerra Republicana es electo Parlamentario europeo, tal como consta en la proclamación oficial de los resultados electorales mediante el acuerdo de la Junta Electoral Central, de 13 de junio de 2019, por el que se procede a la «proclamación de Diputados electos al Parlamento Europeo en las elecciones celebradas el 26 de mayo de 2019» (BOE n.o 142, de 14 de junio de 2019, p. 62477), de conformidad con el apartado 1, del artículo 224, de la Ley electoral¹⁸.

Sin embargo, el Tribunal Supremo deniega la solicitud de permiso de salida del centro de detención de manera extraordinaria a fin de comparecer, bajo vigilancia policial, ante la Junta Electoral Central con el fin de prestar la promesa o el juramento de acatar la Constitución española, requisito exigido por apartado 2, del artículo 224, de la Ley electoral¹⁹. La falta de cumplimiento de este requisito, hizo que la Junta Electoral Central declare vacante el escaño en cuestión y que en la apertura de sesiones del Parlamento Europeo, Junqueras Vies no hiciera posesión del mismo.

La razones en las que se funda la denegación tienen que ver, por un lado, con las circunstancias que prevé el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otro, con una ponderación de los diferentes derechos e intereses: por la que se decide primar la privación provisional sobre su derecho de participación política en el Parlamento Europeo²⁰.

En concordancia, el Tribunal Supremo hace una distinción en el caso en el Junqueras Vies fue elegido Diputado Nacional, con el caso en que es elegido Parlamentario europeo. En el primer caso, para prestar juramento no era necesario salir del territorio español, en cambio en el segundo caso debía salir del país y eso hubiera implicado la pérdida de control sobre la medida de prisión provisional que le afectaba, en un contexto caracterizado por la existencia de límites a la cooperación judicial en materia penal establecida en la Unión Europea²¹.

En virtud de ello, el Parlamentario electo interpone un Recurso de Súplica contra el auto del Tribunal Supremo que denegó la salida del centro de detención de manera

¹⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C- 502/2019, pár. 24.

¹⁹ Auto del Tribunal Supremo, 14 de junio de 2019.

²⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C- 502/2019, pár. 34.

²¹ Ídem, pár. 35.

extraordinaria, invocando las inmunidades establecidas en el artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea, fundándose en el artículo 23 de la Constitución española y en el artículo 3 del Protocolo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que protgenen el derecho fundamental de participación y representación política²².

Es entonces donde se presenta el problema de determinar el momento en que se adquiere la condición de Parlamentario Europeo y el momento en que se adquieren las inmunidades previstas en el artículo 9 el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea. Además, si es posible efectuar una ponderación de derechos e intereses ¿y si lo es, quién ha de hacerla y cómo? considerando que los derechos en cuestión son protegidos por el sistema europeo de derechos humanos y por la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.

El 14 de octubre de 2019, se dicta sentencia en el litigio prncipal, condenando a Junqueras Vies por un lado, a una pena de trece años de prisión y, por otro, a una pena de trece años de inhabilitación absoluta, con la consiguiente privación definitiva de todos sus honores, empleos y cargos públicos, aunque sean electivos, e incapacidad para obtener o ejercer otros nuevos.

Por su parte, el Tribunal Supremo indicó que el interes en la cuestión prejudicial efectuada seguia vigente, toda vez que la respuesta a las cuestiones formuladas en el auto de remisión tendría eficacia con independencia de la situación de prisión preventiva o de prisión en efectivo cumplimiento de condena.

Tabla I. Cronología de sucesos

²² Recurso de Súplica del 16 de junio de 2019 presentado por Celia López Ariza, defensa del Sr. Junqueras Vies.

Fecha	Suceso
1 de octubre de 2017	Se celebra el Referéndum
2 de noviembre de 2017	Se dicta la Prisión Preventiva
12 de febrero de 2019	Se inicia el Juicio Oral
28 de abril de 2019	Junqueras Vies es electo Diputado Nacional
14 de mayo de 2019	Auto del TS que autoriza la salida del centro para concurrir a las sesiones constitutivas del Congreso.
21 de mayo de 2019	Jura en el recinto del Congreso
24 de mayo de 2019	Es suspendido del cargo de Diputado
26 de mayo de 2019	Junqueras Vies es electo Parlamentario Europeo
1 de julio 2019	Petición de decisión prejudicial
14 de junio de 2019	Denegación de salida para jurar en el Parlamento Europeo
14 de octubre de 2019	Condena

Fuente: Francesc- Marc A. Ensayo de una revuelta. Las claves del proceso Catalán. Capítulo: Cronología del Proceso Catalán 2009-2019. pp. 235 y ss. y Asunto C- 502-2019 TJUE.

III. La cuestión prejudicial

Para dilucidar el problema jurídico planteado en el caso, el Tribunal Supremo español utiliza la Cuestión Prejudicial, en los términos del artículo 267²³ del Tratado de

²³ Artículo 267. TFUE. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- sobre la interpretación de los Tratados;
- sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Por esta vía, el 1 de julio de 2019, le solicita al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que aclare sobre la interpretación del artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea²⁴.

Sobre la Cuestión Prejudicial, se presenta por un lado, la solicitud del Tribunal Supremo de utilizar el procedimiento acelerado para resolver la misma y por el otro, la solicitud de Junqueras Vies de reapertura de la fase oral luego de oír al Abogado General, por invocar un hecho nuevo.

En relación a lo previsto en el último párrafo del artículo 267, para caso de que se plantee una Cuestión Prejudicial en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, como es el presente caso y concordancia artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia²⁵ se prevé tramitar la cuestión a través de un procedimiento acelerado. Se tiene presente para optar por el procedimiento acelerado que las cuestiones prejudiciales planteadas guardan relación con la condición de miembro del Parlamento Europeo y con la composición de esta institución y que la respuesta del Tribunal de Justicia a estas cuestiones prejudiciales podría ocasionar indirectamente la suspensión de la situación de privación de libertad. Dada las circunstancias mencionadas, es admitido tramitar el procedimiento acelerado²⁶.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

²⁴ DO 2012, C 326, p. 266.

²⁵ 1. A instancia del órgano jurisdiccional remitente o, excepcionalmente, de oficio, el Presidente del Tribunal podrá, tras oír al Juez Ponente y al Abogado General, decidir tramitar una petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo.

2. En tal caso, el Presidente señalará inmediatamente la fecha de la vista, que deberá comunicarse a los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto, junto con la notificación de la petición de decisión prejudicial.

3. En el plazo fijado por el Presidente, que no será inferior a quince días, los interesados mencionados en el apartado anterior podrán presentar escritos de alegaciones u observaciones escritas. El Presidente podrá invitar a esos interesados a que limiten sus escritos de alegaciones o sus observaciones escritas a las cuestiones de Derecho esenciales suscitadas por la petición de decisión prejudicial.

4. Los escritos de alegaciones o las eventuales observaciones escritas se comunicarán antes de la vista a todos los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto.

5. Tras oír al Abogado General, el Tribunal resolverá.

²⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C- 502/2019, pár. 43.

Mientras que el Sr. Junqueras Vies ha invocado un hecho nuevo frente al TJUE. De acuerdo a lo previsto por el artículo 83 del Reglamento de Procedimiento, que prevé que el TJUE puede ordenar en todo momento, tras oír al Abogado General, la reapertura de la fase oral del procedimiento, cuando se dé el supuesto de que la información de que dispone es insuficiente o se invoque un hecho nuevo.

Con "hecho nuevo", se refiere a la notificación que había recibido del Tribunal Supremo, el 30 de octubre de 2019, sobre una resolución por la que se suspendía la ejecutividad de la pena de inhabilitación absoluta que le había sido impuesta mediante la sentencia de 14 de octubre de 2019. Pero por considerar que se vincula a la causa principal y no al auto que ha dado fundamento a la Cuestión Prejudicial el Tribunal de Justicia, tras oír al Abogado General, considera que este hecho nuevo no puede influir decisivamente en su resolución, por lo que no da lugar a dicha solicitud²⁷.

Respecto al contenido, la Cuestión Prejudicial se manifiesta en los tres siguientes puntos:

"1) El artículo 9 del [Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión] ¿rige antes del inicio del "período de sesiones" para un acusado por delitos graves en situación de prisión provisional, acordada judicialmente por hechos anteriores al inicio de un proceso electoral, en el que aquel ha resultado proclamado electo al Parlamento Europeo, pero que ha sido privado por decisión judicial de un permiso penitenciario extraordinario que le permitiera cumplimentar los requisitos establecidos por la legislación electoral interna a la que remite el artículo 8 del Acta [electoral]?"

2) En el caso de ser afirmativa la respuesta, si el órgano designado en la normativa electoral nacional, por no haber cumplimentado el electo los requisitos electoralmente establecidos (imposibilidad derivada de su limitación a la libertad deambulatoria por su situación de prisión provisional en proceso por delitos graves), hubiera comunicado al Parlamento Europeo que aquel no ha adquirido esa condición de Diputado hasta tanto cumplimente esos requisitos; ¿persistiría la interpretación extensiva de la expresión

²⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C- 502/2019, pág. 46-50.

“período de sesiones”, pese a la ruptura transitoria de su expectativa de tomar posesión de su escaño?

3) Si la respuesta fuese la interpretación extensiva, en caso de que el electo se encontrase en situación de prisión provisional en proceso por delitos graves, con bastante antelación al inicio del proceso electoral, ¿la autoridad judicial que ha acordado la situación de prisión resultaría obligada, a la vista de la expresión “cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de este” del artículo 9 del [Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión], a levantar la situación de prisión en términos absolutos, de modo casi automático, para permitir el cumplimiento de las formalidades y desplazamientos al Parlamento Europeo?; o bien ¿debería atenderse a un criterio relativo de ponderación en el caso concreto de los derechos e intereses derivados del interés de la justicia y del debido proceso por una parte y los atinentes a la institución de la inmunidad por otra, tanto en lo que se refiere a la observancia del funcionamiento e independencia del Parlamento [Europeo] como al derecho del ejercicio de cargos públicos por el electo?”.

En relación a este planteo, el TJUE debe analizar a partir de qué momento se adquiere la condición de Parlamentario/a Europeo/a y por lo tanto desde cuándo rigen las inmunidades previstas en la normativa específica.

Respecto del caso concreto, debe interpretar si estas inmunidades se aplicarían del mismo modo cuando una persona se encuentre privada de su libertad de manera provisional por ser acusada de delitos graves anteriores al proceso electoral por el que resulta electa.

Concretamente, en el caso de que la interpretación del TJUE considere que las inmunidades parlamentarias se gozan desde antes del “período de sesiones”, se solicita precisar si:

- significa que el Órgano Electoral nacional debe comunicar al Parlamento Europeo que los requisitos previstos para ser diputado no fueron cumplidos.

- significa que la autoridad judicial debería levantar automáticamente la prisión provisional o podría realizar una ponderación de derechos.

IV. La condición de parlamentario/a europeo/a

El Tribunal Supremo señala como argumento que se adquiere la condición de Parlamentario Europeo, por lo tanto podría considerarse que adquieren las inmunidades previstas, únicamente los miembros del Parlamento Europeo que hayan tomado posesión de su escaño en esta institución o, a lo sumo, a quienes hayan sido incluidos por las autoridades nacionales competentes en la lista de candidatos que han cumplido los trámites requeridos en virtud del Derecho interno de los Estados miembros para adquirir la condición de diputados al Parlamento Europeo.

Sin embargo el TJUE realiza el siguiente análisis:

“el artículo 9 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión prevé inmunidades, en sus párrafos primero y segundo, para los «miembros del Parlamento Europeo». Sin embargo, este artículo no define el concepto de «miembro del Parlamento Europeo», que, por tanto, ha de entenderse a la luz de su contexto y de sus objetivos.”²⁸

Entendiendo el artículo 9 del Protocolo a la luz del principio de democracia representativa²⁹ que rige en el derecho de la UE, por el cual los miembros del Parlamento Europeo son elegidos por sufragio universal directo, libre y secreto, para un mandato de cinco años³⁰, se interpreta que se adquiere la condición de Parlamentario/a Europeo/a del acto de ser elegido.

En cuanto al procedimiento de elección, rige el Acta Electoral (1976), que establece:

“en primer lugar, el artículo 8, párrafo primero, del Acta electoral prevé que, salvo lo dispuesto en la misma Acta, «el procedimiento electoral se regirá, en cada Estado miembro, por las disposiciones nacionales». Por otro lado, el artículo 12 del Acta electoral dispone, en particular, que el Parlamento Europeo «verificará las credenciales de los diputados al Parlamento Europeo» y «tomará nota de los resultados [electorales] oficialmente proclamados por los Estados miembros»³¹

²⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C- 502/2019, pág. 62.

²⁹ Apartado 1 del artículo 10 y artículo 2 del TUE.

³⁰ Apartado 3 del artículo 14 del TUE.

³¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C- 502/2019, pág. 68.

Por lo tanto, a fin de determinar la proclamación Parlamentarios/as se entenderá lo establecido por el derecho nacional, no teniendo el Parlamento Europeo competencias para cuestionarlo. Pudiendo solamente tomar nota de los resultados electorales que lleven a la proclamación de candidatos electos y por ende de Parlamentarios/as de los cuales podrá verificar sus credenciales.

Conluyendo que se adquiere la condición de miembro del Parlamento/a Europeo/a, por el hecho y desde el momento de la proclamación oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros.

Otro de los argumentos del TJUE es que el Acta electoral define en los apartados 1 y 2 del artículo 5 los límites temporales del mandato de los/as Parlamentarios/as, que *“coincide con el período quinquenal que se inicia con la apertura del primer período de sesiones después de cada elección, de tal manera que comienza y expira al mismo tiempo que ese período quinquenal.”*³² Mientras que los apartados 3 y 4 del artículo 11 del Acta electoral, entienden que *“el «nuevo» Parlamento Europeo se reúne sin necesidad de previa convocatoria el primer martes siguiente a la expiración de un plazo de un mes a partir del final del período electoral y que el Parlamento Europeo «saliente» cesa en sus funciones en el momento de celebrarse la primera sesión del «nuevo» Parlamento Europeo. Asimismo, conforme al artículo 12 del Acta electoral, es en esta primera sesión cuando el «nuevo» Parlamento Europeo verifica las credenciales de sus diputados y decide acerca de las controversias que puedan eventualmente suscitarse en relación con las disposiciones de dicha Acta.”*³³

En conclusión, la condición de Parlamentario/a se adquiere por un lado, a partir del momento que el Estado realiza la proclamación de los resultados por los cuales resulta electo/a, generando una vinculación entre la persona y la institución para la cual fue elegido a conformar. Por otro lado la *“legislatura no se constituye hasta el momento de la apertura de la primera sesión del «nuevo» Parlamento Europeo celebrada tras las elecciones, que,*

³² Ídem, pár. 72.

³³ Ídem, pár. 73.

*por definición, es posterior a la proclamación oficial de los resultados electorales efectuada por los Estados miembros*³⁴.

Con la sentencia del TJUE, en el asunto de análisis, se distingue claramente cuáles son las cuestiones que ocupan al derecho nacional de los Estados miembros y cuáles ocupan al derecho de la UE. Correspondiendo al derecho nacional regular el procedimiento electoral hasta la proclamación de resultados. Pero luego de ese episodio se genera un vínculo entre la persona electa y el Parlamento Europeo, regulado por el Estatuto Parlamentario.

V. Las inmunidades parlamentarias

Entendiendo que las inmunidades parlamentarias no son privilegios de las personas, sino una prerrogativa que protege el funcionamiento de las Cámaras y su dignidad³⁵, la Constitución española, establece en el artículo 71 que:

"1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras."

En consecuencia, respecto al arresto de un/a Diputado/a o un/a Senador/a, debe existir previa autorización de la Cámara. Para algunos autores, ésta "es ilusoria, o funciona con carácter unilateral en favor de los miembros de la mayoría parlamentaria, o, si, ocasionalmente, se produce en favor de parlamentarios de otras fuerzas políticas, ello es así, o puede serlo, no por motivaciones objetivas referentes al caso específico, sino en

³⁴ Ídem, pág. 74.

³⁵ BRETAL VÁZQUEZ J.M., "Notas sobre inmunidad parlamentaria", *Revista española de derecho constitucional*, p.209.

*función de las situaciones de confrontación o de entendimiento que existan en cada momento concreto*³⁶.

El Tribunal Supremo entiende en este sentido que la inmunidad a Diputados/as opera respecto a procesos penales en los que aún no se ha abierto la etapa de juicio oral a la fecha en que han resultado electos/as o adquieran la condición de tal. Por lo tanto, al momento en que el líder de Esquerra Republicana resulta electo Diputado Nacional, ya se había abierto la etapa de juicio oral y por ende no podría ampararse en los privilegios e inmunidades de la Constitución.

En el derecho de la UE, las inmunidades aparecen reguladas en el Artículo 9 del Protocolo de privilegios e inmunidades de la Unión, que dice que *“mientras que el Parlamento Europeo esté en período de sesiones, sus propios miembros gozarán:*

a) en su propio territorio nacional, de las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento de su país

b) en el territorio de cualquier otro Estado miembro, de inmunidad frente a toda medida de detención y a toda actuación judicial.

Gozarán igualmente de inmunidad cuando se dirijan al lugar de reunión del Parlamento Europeo o regresen de éste.

No podrá invocarse la inmunidad en caso de flagrante delito ni podrá ésta obstruir el ejercicio por el Parlamento Europeo de su derecho a suspender la inmunidad de uno de sus miembros.”

De ello se colige que el derecho de la Unión contempla dos tipos de inmunidad. Por un lado, la inmunidad de jurisdicción, comprendiendo a aquella que va a regir durante la actuación del Parlamento Europeo, es decir durante el período de sesiones. Por otro lado, la inmunidad de desplazamiento, haciendo factible la movilidad del eurodiputado o de la eurodiputada hacia el lugar donde tenga que ejercer su actividad parlamentaria.

Sin embargo, en el segundo tipo de inmunidad enunciado, se observa un contenido más limitado concentrándose en la libertad ambulatoria, sin proyectarse sobre el desarrollo

³⁶ Ídem.

de actuaciones procesales. Ello da lugar a dos situaciones: "(i) Si el beneficiario no se halla privado de libertad, la inmunidad de tránsito opera a modo de «salvoconducto», que le permite desplazarse sin limitaciones por el territorio de la Unión Europea para acudir al Parlamento Europeo y para regresar de él. Cabe entender que a estos efectos es indiferente cuál sea el punto de partida de su viaje a la sede en que se celebre la reunión del Parlamento Europeo. En cuanto al regreso, nada se puede inferir de la norma, aunque tiene sentido considerar que se trata del Estado miembro en el que haya resultado electo; se trata, no obstante, de una cuestión secundaria, si se asume que, una vez se haya celebrado la primera reunión del Parlamento ya habrá comenzado el periodo de sesiones y el europarlamentario estará cubierto por la inmunidad general que le protege frente a su detención.

ii) Si el beneficiario de la inmunidad se encuentra privado de libertad cuando nace aquella, entonces debe reconocérsele una fuerza procesal singular: se convierte en una especie de «habeas corpus», que obliga a ponerlo en libertad para que, a renglón seguido, pueda valerse del «salvoconducto» para acudir a la reunión del Parlamento Europeo y regresar de aquella a su circunscripción de origen.³⁷

En consecuencia, se debe garantizar las inmunidades de desplazamiento a fin de que los miembros del Parlamento Europeo puedan ejercer su función de manera adecuada.

Además, las inmunidades relacionadas a la libertad ambulatoria se gozan durante el período de sesiones, aunque no se encuentre reunido en sesión.

Por otro lado, determina que las inmunidades regirán cuando se dirija a sesionar, esta inmunidad comprende también la apertura de sesiones, es decir la primera sesión de la legislatura que le toca conformar.

En el apartado 2 del artículo 6 del Acta electoral, se dispone que "los diputados al Parlamento Europeo se benefician de las inmunidades reconocidas por el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión." En cuanto a la fuente jurídica de estas inmunidades el artículo 343 TFUE prevé que la Unión "gozará en el territorio de los Estados

³⁷ INCHAUSTI F. G. "Inmunidad parlamentaria y proceso penal. Consideraciones en torno a las repercusiones de la STJUE de 19 de diciembre de 2019 en el asunto C-502/19 (Junqueras Vies)", *IDEIR Universidad Complutense*, p. 8

miembros de los privilegios e inmunidades necesarios para el cumplimiento de su misión, en las condiciones establecidas por el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión.”

En conclusión, la inmunidad se goza desde el momento en que se adquiere la condición de parlamentario, que coincide con el período posterior a la apertura de sesiones.

VI. Sentencia del TJUE

En la sentencia del 19 de diciembre de 2019, el TJUE manifiesta que Oriol Junqueras Vies goza de la inmunidad parlamentaria que le es investida por el segundo párrafo del artículo 9 del Protocolo de privilegios e inmunidades de la Unión, por haber sido oficialmente proclamado electo.

Por lo tanto, a los efectos de permitirle los desplazamientos al Parlamento Europeo para ejercer sus funciones parlamentarias y cumplir con los requisitos que determina la ley electoral local, esta inmunidad implica el levantamiento de la medida de prisión provisional impuesta.

En cuanto a la cuestión de que si podría el Tribunal jurisdiccional español, atenerse a un criterio relativo de ponderación de los derechos e intereses derivados entre el interés de la justicia y del debido proceso y los atinentes a la institución de la inmunidad, el TJUE comprende que: *“si el tribunal nacional competente estima, no obstante, que debe mantenerse la medida de prisión provisional tras la adquisición por el interesado de la condición de miembro del Parlamento Europeo, ha de solicitar a la mayor brevedad al Parlamento Europeo que suspenda dicha inmunidad, conforme al artículo 9, párrafo tercero, del mismo Protocolo”*³⁸.

La trascendencia de la sentencia, se vincula al precedente entablado en relación a determinar que el momento en que se adquiere la condición de Europarlamentario/a es a partir de resultar electo según los resultados que publique el Estado miembro en relación a su derecho electoral interno. También, al determinar que las inmunidades ambulatorias rigen para que la persona electa pueda desplazarse a la primera sesión constitutiva de la

³⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C- 502/2019, pág. 94.

Las inmunidades parlamentarias

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Oriol Junqueras Vies"

legislatura. Particularmente, adquiere notoriedad por el impacto que puede tener situaciones o causas análogas que se dan en asuntos penales pendientes.

Bibliografía

BALCELLS A., El projecte d'autonomia de la Mancomunitat de Catalunya del 1919 i el seu context històric. Edición no venal. Barcelona: Parlament de Catalunya, 2010.

BARNES J., La legitimación de democrática de la Unión Europea, “Revista Española de Derecho Constitucional” N° 49, 2017.

CIENFUEGOS MATEO M., La cuestión prejudicial comunitaria (Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), “European Union Center of Excellence” Vol. 14. N°1, Miami, 2014.

FRANCESC MARC A., Ensayo general de una revuelta. Las claves del proceso catalán, Barcelona, 2019.

INCHAUSTI F. G., Inmunidad parlamentaria y proceso penal. Consideraciones en torno a las repercusiones de la STJUE de 19 de diciembre de 2019 en el asunto C-502/19 (Junqueras Vies). “Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional” (IDEIR) Universidad Complutense, Madrid, 2020.

MARTÍ SANCHEZ S., Los derroteros de la disciplina parlamentaria: breve comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Karácsony y otros c. Hungría (17 de mayo de 2016). “Revista Española de Derecho Constitucional”, Año 5. Núm. 15, 2018.

MOLINA DEL POZO C. – PIZZOLO C., El Parlamento de la Unión Europea y el Parlamento del Mercosur: ensayos para un estudio comparado, Buenos Aires, EUDEBA, 2001.

MONTERO J.R. - RIERA P. Sistema electoral español: cuestiones de desproporcionalidad y de reforma, “Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid” (AFDUAM) N°13, Madrid, 2009.

PIZZOLO C., Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial, Buenos Aires, ASTREA, 2017.

PIZZOLO C., Derecho e Integración Regional, Buenos Aires, EDIAR, 2010.

PIZZOLO C., La cuestión prejudicial en la Unión Europea y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina de Naciones, “Derecho administrativo y corrección económica”, Quito, 2015.

Las inmunidades parlamentarias

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso "Oriol Junqueras Vies"

PIZZOLO C., Globalización e Integración, EDIAR, 2002.

Libre circulación de personas y reagrupación familiar

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
en el caso “Chenchooliah”

§

Nadine Abadi, Martín Canepa, Ricardo Fernández y Melina Fickinger¹

Sumario:

I. Breve relato de los hechos. La libre circulación y la reagrupación familiar. II. Marco normativo. III. Litigio principal. IV. Fundamentos de la sentencia. Pérdida del estatus de “beneficiario”. Expulsión ¿con o sin garantías? V. Críticas. Reflexiones finales.

I. Breve relato de los hechos. La libre circulación y la reagrupación familiar

En el presente caso², la Sra. Chenchooliah llegó a Irlanda en el año 2005 con una visa estudiantil, residiendo en dicho Estado hasta el 2012, renovó posteriormente su permiso. En 2011 se casa con un ciudadano de la Unión Europea (en adelante UE), del Estado de Portugal, que residía en Irlanda. A raíz de ello, solicitó que se le otorgue la residencia al ser la cónyuge de un ciudadano de la UE, la cual fue denegada por no haber podido demostrar que *“ejerza una actividad económica en Irlanda, de modo que el Ministro no está convencido de que éste ejerza sus derechos al trabajar por cuenta ajena o propia, estudiar, estar en situación de desempleo involuntario o disponer de recursos suficientes”* (párrafo 32).

¹ Coautores: Anadi Nadine (Ayudante en Derecho de la Integración), Canepa Martín (Jefe de Trabajos Prácticos en Derecho de la Integración y Derecho Internacional Público), Fernández Ricardo (Ayudante en Derecho de la Integración), Fickinger Melina (Ayudante en Derecho de la Integración).

² Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Asunto C-94/18, Chenchooliah / Minister for Justice and Equality, 10/09/2019.

Si bien la Sra. Chenchooliah solicitó una prórroga para pedir una revisión de dicha decisión, al demostrar que su esposo había trabajado por un periodo de dos semanas en un restaurante, y la misma fue concedida, pero por no haber presentado documental que lo acredite, en 2014, la decisión de denegatoria adquirió firmeza. Frente a ello, la Sra. Chenchooliah informó que su cónyuge se encontraba privado de su libertad en Portugal desde junio de 2014 y solicitó autorización para permanecer en el territorio irlandés, siendo denegada y recayendo sobre ella una orden de expulsión a raíz de que *"su esposo, ciudadano de la Unión, había residido en Irlanda durante un período de más de tres meses sin cumplir los requisitos del artículo 6, apartado 2, del Reglamento de 2006, por el que se transpone al Derecho irlandés el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2004/38, por lo que la Sra. Chenchooliah ya no tenía derecho a permanecer en Irlanda"* (párrafo 37).

Previo a analizar la sentencia, es importante desarrollar algunas cuestiones respecto de la libertad de circulación de personas, ya sean nacionales de los Estados miembros de la UE como así también de los nacionales de terceros estados. En el derecho de la UE, como un ordenamiento jurídico autónomo³, que se diferencia del Derecho Internacional Público⁴, es posible observar que una de sus finalidades es regular la situación de los ciudadanos de la UE respecto al ejercicio de las libertades fundamentales, en especial la de circulación, que son reconocidas por los Tratados y por lo tanto resultan directamente aplicables⁵. El fundamento de la libertad de circulación y residencia dentro de la UE se encuentra, específicamente, en los artículos 3.2 y 21, título IV y V del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE) y en el art. 45 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante CDFUE). Con la firma del Tratado de Ámsterdam, la ampliación de las oportunidades laborales, educativas y ante las diversas crisis en países no miembros de la UE, Europa ha sido receptora de grandes olas migratorias por lo que, ha sido necesario que se ponga en marcha y se elabore una política común de inmigración y extranjería. Por ello, la entrada y el desplazamiento de los nacionales de terceros Estados

³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto 26/62, NV (Sociedad Anónima) Algemene Transport – en Expedië Onderneming van Gend & Loos / Nederlandse administratie der belastingen (Administración Tributaria neerlandesa), 05/02/1963.

⁴ PIZZOLO, C., *Globalización e Integración Regional*, p. 92.

⁵ HERNÁNDEZ, A.M., *Integración y Globalización*, p. 50.

dentro del espacio de la UE, se determina por cuatro tipos de regulaciones paralelas, a saber:

- A. Normas del derecho de la UE, originarias y derivadas.
- B. Normativa Schengen.
- C. Normas sobre cooperación intergubernamental (ejemplo: Convenio de Dublín).
- D. Normas nacionales de cada Estado miembro.

Es necesario tener presente que el derecho de la UE ha puesto énfasis en la reagrupación familiar, ya que los ciudadanos de la UE al ejercer su derecho a la libre circulación, pueden hacerlo en compañía de su familia. Pero ... ¿qué significa ello? Primero, es importante mencionar que la titularidad del derecho a la libre circulación y residencia, regulada en el art. 21 del TFUE, es exclusiva para los ciudadanos de la UE. No obstante, al ser la vida en familia un pilar fundamental en la Unión, el ejercicio de estos derechos – tal como regula el art. 7 de la CDFUE y el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) – se extiende a los familiares de los ciudadanos de la UE, aun cuando sean nacionales de terceros Estados dado que, de lo contrario, supondría un obstáculo a dicha libertad.

El 29 de abril de 2004 se aprobó la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Dicha directiva, en concordancia con la normativa mencionada anteriormente, en su art. 24 establece la igualdad de trato y el goce de dicha igualdad para los ciudadanos de la UE y para los miembros de su familia, como regulación de un aspecto social del fenómeno de la integración⁶. Resulta relevante mencionar, que el derecho a la libre circulación y residencia se encuentra consagrado en los artículos 20.2^a y 21 del TFUE⁷, derecho que ya existía como eje central del proceso de integración basado en el establecimiento de un Mercado Común⁸, entendido este último como una etapa en la cual se eliminan las barreras físicas al comercio fronterizo entre los Estados miembros, se

⁶ DELICH, V., *Asimetrías, conflictos comerciales e instituciones internacionales*, p. 54-55.

⁷ PIZZOLO, C., *Derecho e Integración regional*, p. 695-696.

⁸ MAITO, M.A., *Reformulación de las instituciones para la eficacia del Mercosur en la integración económica*, p. 22.

aplica un mismo código aduanero y existe libre circulación de mercaderías, servicios, capitales y personas⁹.

II. Marco normativo

En el presente caso, se observa una yuxtaposición entre la normativa de la UE, y el derecho local del Estado de Irlanda, relativo al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de su familia, provenientes de un tercer Estado, de circular y de residir libremente en el territorio de un Estado miembro "Estado miembro de acogida". En particular, de los supuestos en los cuales se revoca dicha libertad y en ese caso, de las garantías del procedimiento cuando se restringe dicho derecho a un miembro de la familia. Se pueden vislumbrar estos derechos y obligaciones en el artículo 21 del TFUE y en los artículos 14, 15, 27 y 28 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, con fecha 29/04/2004.

Esta yuxtaposición, surge a raíz de una decisión de expulsión por parte del Estado de Irlanda "Estado miembro de acogida", adoptada contra el cónyuge de un ciudadano de la UE. Este último se encuentra cumpliendo una pena privativa de libertad en Portugal, Estado del cual es originario. Entre los párrafos 3 a 27 de la sentencia se enuncian los derechos en juego. Por un lado, se encuentra la normativa de la UE, precedentemente citada¹⁰, transpuesta por el Estado irlandés a través del Reglamento relativo a las

⁹ BESALDÚA, R.X., *Mercosur y Derecho de la Integración*, p. 43-46.

¹⁰ Artículo 14 de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo, cuyo epígrafe es "Mantenimiento del derecho de residencia": "1. Los ciudadanos de la Unión y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia previsto en el artículo 6 mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida(...) No obstante, en ningún caso podrá adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión o miembros de su familia si: a) los ciudadanos de la Unión son trabajadores por cuenta ajena o propia, o b) los ciudadanos de la Unión entraron en el territorio del Estado miembro de acogida para buscar trabajo. En este caso, los ciudadanos de la Unión o los miembros de sus familias no podrán ser expulsados mientras los ciudadanos de la Unión puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados."

Art.15 "Garantías de procedimiento": 1. Los procedimientos previstos en los artículos 30 y 31 se aplicarán, por analogía, a toda decisión que restrinja la libertad de circulación del ciudadano de la Unión o los miembros de su familia por motivos que no sean de orden público, seguridad pública o salud pública (...) El Estado miembro de acogida no podrá acompañar la decisión de expulsión, contemplada en el apartado 1, de una prohibición de entrada en el territorio."

Art. 27 "Principios generales": "1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos."

Comunidades Europeas (libre circulación de personas) de 2016, el cual regula en su artículo 20 las competencias del Ministro de Justicia e Igualdad de Irlanda, en materia de adopción de decisiones de expulsión “removal orders”. Por otra parte, se ve implicada la Ley nacional irlandesa de Inmigración de 1999, en adelante, la “Ley”, la cual contiene normas de derecho nacional de extranjería, aplicables fuera del ámbito abarcado por la Directiva 2004/38. Consecuentemente, el artículo 3 de la Ley, regula la competencia del Ministro de Justicia e Igualdad, para adoptar decisiones por las cuales se ordena abandonar el territorio nacional, “*deportation orders*”, por tiempo indefinido.

Acorde al artículo 3, apartado 1, de la citada Ley, el Ministro podrá adoptar una decisión por la que se ordena abandonar el territorio nacional “*para conminar a cualquier extranjero contra el que la misma vaya dirigida a abandonar el territorio en el plazo indicado por ésta y mantenerse fuera del territorio en el futuro*”. El apartado 2, del mismo artículo, establece que la decisión por la que se ordena abandonar el territorio nacional podrá adoptarse, respectivamente, contra aquellas personas que “*según el Ministro, hubieran incumplido una restricción o un requisito que se les hubiera impuesto en relación con el desembarco o la entrada en el territorio o con la autorización para residir en el territorio*” o “*respecto de las cuales, según el Ministro, la decisión por la que se ordena abandonar el territorio nacional redundaría en el bien común*”.

Descrito el marco jurídico involucrado, resulta necesario remarcar las palabras del Tribunal de Justicia, en cuanto a que: “*La expulsión de un ciudadano de la Unión y los miembros de su familia por razones de orden público o seguridad pública constituye una medida que puede perjudicar seriamente a las personas que, haciendo uso de los derechos*

2. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.

Art. 28 “Protección contra la expulsión”: “1. Antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen. 2. El Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública (...)”.

y libertades conferidas por el Tratado, se integraron verdaderamente en el Estado miembro de acogida. Conviene, por lo tanto, limitar el alcance de estas medidas de conformidad con el principio de proporcionalidad para tener en cuenta el grado de integración de las personas en cuestión, la duración de la residencia en el Estado miembro de acogida, su edad, su estado de salud y la situación familiar y económica, así como los vínculos con el país de origen. En consecuencia, cuanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de su familia en el Estado miembro de acogida, tanto mayor debería ser la protección contra la expulsión. (...)."

III. Litigio principal

El litigio principal se centra en la solicitud de residencia permanente como cónyuge de un ciudadano de la Unión por parte de la Sra. Chenchooliah en el Estado de Irlanda. La misma inició su estadía desde el año 2005 por razones de estudio, motivo por el cual le fue otorgado y renovado el visado de estudiante hasta el 7 de febrero de 2012. Durante su residencia en dicho Estado contrajo nupcias con un nacional portugués, que residía en el mismo. Antes de la finalización de su visado de estudiante, el 2 de febrero de 2012 solicita tarjeta de residencia, por ser cónyuge de un ciudadano de la UE. Siguiendo el protocolo, el Ministro solicitó informes, los cuales fueron presentados en forma parcial. Por lo cual se le denegó el pedido de residencia, dado que no fue demostrado el cumplimiento de los requisitos, por parte de su esposo, para ejercer la libre circulación de trabajadores que gozan los ciudadanos de la UE, y caducó el plazo de 3 meses indicados por el reglamento. Por esta razón, en el mes de octubre, a pedido de la Sra. Chenchooliah indicando que poseía pruebas de la actividad laboral de su marido, se le otorgó un plazo para aportar pruebas.

Tras dos años sin haber aportado información, el 17 de Julio de 2014, la Sra Chenchooliah solicita debido al arresto de su marido, la autorización para permanecer en Irlanda. Pero en septiembre de ese año el Ministro tomó la decisión de su expulsión del territorio.

Con posterioridad, le solicita al Ministro en noviembre de 2015 que haga uso de su facultad conferida por el derecho irlandés, basándose en su permanencia en el país con fecha desde 2005, y el desarrollo personal y profesional que esto incurre. Esta situación

derivó en la modificación del proceso, bajo lo estipulado en el art 3 de la ley de inmigración del 99.

El tribunal receptor del expediente, en diciembre del 2016, la autoriza a interponer recurso contencioso administrativo y solicitar una medida cautelar contra su expulsión, debido a que entiende que se debe analizar el caso bajo lo establecido por la directiva 2004/38 respecto de la posibilidad de presentar una nueva solicitud luego del rechazo. Esta fue rechazada por el Ministro, sosteniendo que, al no estar el ciudadano de la unión ejerciendo efectivamente el beneficio de la libre circulación otorgado por la directiva, el familiar carece de este derecho y debe analizarse en base al derecho nacional, por considerar que demostrar la existencia de peligro para el orden o la seguridad pública es un hecho imposible que vuelve absurdo el proceso en cuestión.

Por esta razón *The High Court* (Tribunal Superior de Irlanda) suspende el procedimiento y plantea al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. Cuando el ciudadano de la Unión ya no haga ejercicio de su derecho de residencia respecto de la directiva 2004/38, la expulsión del cónyuge del Estado de acogida, ¿debe ejecutarse en conformidad con la directiva o el derecho nacional?

2. Si se resuelve que se debe seguir el proceso de la directiva, ¿debe el Estado guiarse por el capítulo VI o puede utilizar otras disposiciones de la normativa como los art. 14 y 15?

IV. Fundamentos de la sentencia. Pérdida del estatus de “beneficiario”. Expulsión ¿con o sin garantías?

El TJUE debe analizar si, ante el no ejercicio de derecho de libre circulación, en el Estado miembro de acogida del esposo de la Sra. Chenchooliah, ella sigue estando alcanzada por el estatus de beneficiaria, establecido en el art. 3.1 de la Directiva 2004/38 y, en caso de no estar comprendida en dicho estatus, debiendo ser expulsada debe hacerse con respeto a lo regulado en el art. 27 y 28 de la mencionada normativa. Antes de determinar lo resuelto por el Tribunal, es importante diferenciar dos institutos que también otorgan protección a nacionales de terceros Estados, *la figura del asilo y el estatuto de refugiados*. Se trata de grupo de individuos que reciben una protección estatal especial. El concepto de refugiado es una categoría autónoma que debe diferenciarse del asilo. En

primer lugar, podemos mencionar el asilo diplomático que es aquel que se concede a los perseguidos por delitos políticos en los locales de una misión diplomática¹¹. El asilo territorial, por su parte consiste en la protección que brinda un Estado dentro de su territorio a determinadas personas, que son perseguidas por motivos políticos, cuya libertad o vida se halla en peligro en el Estado de origen. No consiste en un derecho que un extranjero pueda reclamar, sino que es el Estado territorial, el que una vez requerido puede otorgarlo o no, en beneficio de un individuo que está eludiendo la justicia en su país¹². Finalmente, existe también el asilo neutral, que se enmarca dentro del Derecho Internacional Humanitario. Se trata de la protección que otorga un Estado neutral en relación a un conflicto armado a miembros de las fuerzas armadas de los Estados beligerantes, que buscan refugio en su territorio. La figura del refugiado se asimila a la del solicitante de asilo, pero resulta más restringida ya que se limita a las causales enumeradas taxativamente. A su vez, se diferencian por el régimen jurídico aplicable a cada uno. El asilado político recibe protección territorial efectiva por parte del Estado asilante. La persona a la cual se concede el Estatuto de refugiado, recibe la garantía de "no devolución" al territorio del Estado de procedencia, pero puede ser trasladado a un tercer Estado considerado como seguro. El elemento en común que tienen ambas categorías es que manifiestan la existencia de condiciones de persecución y que la protección que se otorga se hace en forma individualizada¹³.

A diferencia de lo resuelto en la sentencia del 25 de julio de 2008, *Metock y otros* (C 127/08, EU:C:2008:449), el TJUE sostuvo que, al no residir con un ciudadano de la UE en un Estado miembro de acogida, el nacional del tercer estado pierde el estatus de beneficiario, cesando así su derecho de residencia. No obstante, sí aplica algunos de los lineamientos allí establecidos al sostener que, a partir de haberse hecho operativo los beneficios de entrada y residencia a la Sra. Chenchooliah, la restricción de esos derechos deberá efectuarse respetando las garantías establecidas en los art. 27 y 35 de la Directiva dado que esta normativa, no sólo regula los requisitos y procedimientos de obtención de

¹¹ OYARZABAL, M., "Nacionalidad, Asilo y Refugio", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público*, p. 897-915.

¹² BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*.

¹³ DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*.

las diferentes residencias, sino que también establece un mecanismo de defensa ante la pérdida de cualquiera de los derechos.

¿En qué consisten estos mecanismos? Los art. 15, 27, 28, 30 y 31 de la Directiva en concordancia con el art. 51 apartado 1 de la CDFUE, que establecen diversas garantías respecto a la expulsión:

a. Causas específicas: cuando medien razones de orden público, seguridad o sanidad.

b. Aplicación del principio de proporcionalidad: debe haber una amenaza real y grave de algún interés fundamental del Estado miembro de acogida.

c. Aplicación de procedimientos previos: evaluar al interesado, sus antecedentes, tiempo de residencia, estudios, trabajos.

d. Notificación clara y precisa de la expulsión que le permita a la persona entender el contenido y efectos de la misma.

e. Debido proceso: garantizar a la persona el acceso a la vía jurisdiccional y administrativa.

f. No se puede prohibir la entrada y residencia de por vida al Estado miembro de acogida, pudiendo la persona volver a solicitar su ingreso luego de 3 años.

V. Críticas. Reflexiones finales

Esta sentencia permite plantear diferentes interrogantes, tales como: el hecho de que una persona esté privada de la libertad, ¿lo priva de otros derechos y/o priva de derechos a su grupo familiar? ¿Qué se entiende por grupo y vida familiar? ¿Hay una sola manera de desarrollar la vida en familia?

Es importante detenerse en el párrafo 62: *“Por otra parte, el concepto de “beneficiario”, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2004/38, es un concepto dinámico por cuanto tal condición, aunque haya sido adquirida en el pasado, puede perderse posteriormente si dejan de cumplirse los requisitos establecidos en dicha disposición (...)”*.

En el presente caso, el esposo de la Sra. Chenchooliah se encontraba privado de su libertad. Esto lleva al primer interrogante, el cual ha sido respondido por los diversos organismos de Derechos Humanos al sostener que cumplir una pena privativa de la libertad, sólo genera la pérdida de ese derecho y de ningún otro derecho. A su vez, la pérdida del derecho de la libre circulación no puede hacerse extensiva al grupo familiar del condenado ya que, de esa manera, se estaría haciendo una valoración subjetiva y estigmatizando a los familiares de los condenados. En consecuencia, de acuerdo a la interpretación del Tribunal, una persona nacional de un tercer estado, que contrajo nupcias con un ciudadano de la UE, pierde su derecho como beneficiario, su derecho a gozar de la libre circulación, por el simple hecho de no estar conviviendo con su esposo, nacional de un Estado miembro de la UE. Entonces, para la UE la vida sólo será un pilar fundamental si conviven bajo un mismo techo: hay una sola forma de familia merecedora de su protección. Lo sostenido por el TJUE no respeta las diversas formas de familia existentes en la actualidad, siendo importante destacar que ninguna normativa define el concepto de familia ya que, utilizando las palabras del Tribunal, es dinámico. Frente a esto, sería importante reevaluar los límites tradicionales a la libertad de circulación de personas en miras de garantizar el ejercicio de los derechos obtenidos.

Bibliografía

BARBOZA, J., Derecho Internacional Público, Buenos Aires: Zavalia, 2da. edición, 2001.

BASALDUA R.X., Mercosur y Derecho de la Integración, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1ra. edición, 1999.

DELICH, V., Asimetrías, conflictos comerciales e instituciones internacionales, Buenos Aires: EUDEBA, 2011.

DIEZ DE VELASCO, M., Instituciones de Derecho Internacional Público, Madrid: Tecnos, 17ma. edición , 2009.

HERNÁNDEZ, A.M., Integración y Globalización, Buenos Aires: DEPALMA, 2000.

MAITO, M.A., Reformulación de las instituciones para la eficacia del Mercosur en la integración económica, Buenos Aires: LA LEY, 2011.

OYARZABAL, M. ,“Nacionalidad, Asilo y Refugio”, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (coord.). Lecciones de Derecho Internacional Público, Buenos Aires: ERREPAR, 2015, p. 897-915.

PIZZOLO, C., Globalización e Integración Regional: Ensayo de una Teoría General, Buenos Aires: EDIAR, 2002.

PIZZOLO, C., Derecho e integración regional, Buenos Aires: EDIAR, 2010

Concepto de familia e Interés Superior del Niño

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Bajratari”

§

Agustín Fabbricatore, Andrea Sisaro y Florencia L. Causada Calo¹

Sumario:

I.- Situación fáctica y cuestiones procesales. II.- Análisis a partir del concepto de familia e Interés Superior del Niño. A.- El Interés Superior del Niño (ISN). B.- Representación y asesoría legal letrada. III. La sentencia del TJUE. IV.- Análisis Normativo.

I.- Situación fáctica y cuestiones procesales

El presente comentario aborda la cuestión prejudicial planteada en los términos del artículo 267 del TFUE por la Court of Appeal in Northern Ireland (Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte, Reino Unido)² sobre la interpretación de la Directiva 2004/38/CE, en relación con los alcances y suficiencia de recursos por ingresos procedentes de un empleo sin permiso de residencia y trabajo.

La Sra. Bajratari tiene nacionalidad albanesa y reside en Irlanda del Norte desde el año 2012. Su marido, el Sr. Bajratari, tiene la misma nacionalidad de origen y es residente en Irlanda del Norte, siendo titular de una tarjeta de residencia que le permite residir en el Reino Unido durante el período que comprende mayo 2009/mayo 2014. La misma fue

¹ Coautores: Agustín Fabbricatore (Profesor Adjunto Interino y Jefe de Trabajos Prácticos regular de la materia Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Prosecretario de Juzgado de Familia de Primera Instancia en la Provincia de Buenos Aires), Andrea Sisaro (Docente de la materia Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires) y Florencia L. Causada Calo (Docente de la materia Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires)

² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, Asunto C – 93/18, 2 de octubre de 2019.

emitida sobre la base de una relación anterior del Sr. Bajratari con una nacional del mismo Estado, finalizando dicho vínculo a principios del año 2011. Posteriormente, el Sr. Bajrtari abandonó el Reino Unido para casarse con la Sra. Bajratari en Albania, regresando a Irlanda del Norte en el año 2012. Es importante destacar que su tarjeta de residencia, sin perjuicio de su nueva relación, nunca fue revocada.

El grupo familiar de Sr. Bajratari tiene tres hijos, todos nacidos en Irlanda del Norte. Los dos mayores de edad obtuvieron un certificado de nacionalidad irlandesa.

En cuanto a su actividad profesional, el Sr. Bajratari ha ejercido diversas actividades profesionales y, al menos desde el 12 de Mayo de 2014, se encuentra trabajando de forma ilegal, ya que no dispone de permiso de residencia y trabajo conforme la normativa vigente. Se destaca que, los únicos ingresos con los que cuenta la familia son los del Sr. Bajratari.

En este contexto, la Sra. Bajratari solicitó a la *Home Office* el reconocimiento de un derecho de residencia derivado de la Directiva 2004/38, por haber acreditado el cuidado personal efectivo de su hijo, ciudadano de la UE, y alegando que la denegación de dicha tarjeta implicaría el poder disfrutar del pleno goce del ejercicio de sus derechos como ciudadano de la UE. Esta solicitud fue rechazada por el citado organismo por dos argumentos más que controvertidos:

- a. No cumplir con la condición de miembro de la Familia, en los términos de la Directiva 2004/38.
- b. Su hijo no cumple con la autonomía económica establecida en el Art. 7, apartado 1, letra B, de la misma normativa.

Ante esta situación, se peticiona ante el *First-Tier* Tribunal (Inmigration And Asylum Chamber), Tribunal de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo (Sala de Inmigración y Asilo). El 8 de Junio de 2015, el Tribunal desestima el recurso interpuesto por la Sra. Bajratari contra la decisión del *Home Office*. Posteriormente, el Upper Tribunal (Inmigration and Asylum Chamber), Tribunal Superior en lo Contencioso Administrativo (Sala de Inmigración y Asilo), desestima el segundo recurso presentado, por lo que solicitó a la *Court of Appeal In Northern Ireland*, Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte, Reino Unido, autorización para interponer recurso ante la Sentencia del *Upper Tribunal*.

Finalmente, la *Court of Appeal in Northern Ireland* suspendió el procedimiento y planteó ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) las cuestiones prejudiciales que se detallan a continuación:

1. ¿ Pueden los ingresos procedentes de un empleo que es ilegal con arreglo a la legislación nacional demostrar, total o parcialmente, la disposición de recursos suficientes con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra B, de la Directiva 2004/38.
2. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede considerarse cumplido el requisito del artículo 7, apartado 1, letra B, si el empleo califica de precario únicamente por la razón de su carácter ilegal?

II. Análisis a partir del concepto de Familia e Interés Superior del Niño

En esta cuestión prejudicial se pone de relieve cuestiones en torno a como abordar dos conceptos básicos: el Interés Superior del Niño y el concepto de Familia.

Claramente se identifica al niño, niña o adolescente de la familia Bajratari como principal afectado y vulnerado. La doctrina es ecuaníme en cuanto a que el término "menor", no puede ser utilizado en el actualidad, por tener aquel carácter estigmatizante y peyorativo.

En función de lo expuesto, el órgano jurisdiccional no trata al niño, niña o adolescente en cuestión como sujeto de derecho ya que hay dos cuestiones elementales que no respeta: el Interés Superior del Niño (ISD) y la representación y asesoría legal letrada.

A.- El Interés Superior del Niño (ISN)

En cuanto al ISD, es interesante recordar las consideraciones sobre esta materia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos: "*puede definirse al "interés superior del niño" como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto, ya que no es concebible un interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, "G., V.", sent. de 31-III-1998; Ac. 73.814, "G., J.G.", sent. de 27-IX-2000; Ac. 79.931, "A., K. E.", sent. de 22-X-2003; e.o.), máxime cuando en materia de menores*

todo está signado por la provisoriedad, en tanto lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo, y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente (Ac. 66.519, "C., M. A.", sent. de 26-X-1999; Ac. 71.303, "S., C. E.", sent. de 12-IV-2000; Ac. 78.726, "M., R. R. y otra.", sent. de 19-II-2002; e.o.).³

En palabras del Comité de los Derechos del Niño, "(...)a evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de los que se trate, como su edad, su sexo, su grado de madurez, su opinión, su experiencia, su pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre éste y su familia o sus cuidadores, su entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores, entre otras"⁴.

Al evaluar y determinar el ISD, también debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarle la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar⁵. Esto último debe ser apreciado en un sentido amplio, abarcativo de sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como de su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección. Por demás, la consideración del ISD como algo "primordial" requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias⁶.

Por otro lado, los posibles conflictos entre el ISD, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños, o los de los niños en general, tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el ISD los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los

³ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Expte Nro. C 125500, 11 de septiembre de 2019.

⁴ Conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14, cit., párr. 48.

⁵ Ídem, párr. 71.

⁶ Ídem, párr. 40.

responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño⁷.

B.- Representación y asesoría legal letrada

De la lectura del caso, en ningún momento se indica si durante la sustanciación de la cuestión prejudicial intervino un organismo que asuma la representación específica del niño, niña o adolescente. La mirada que aportaría la figura semejante a un abogado general del TJUE, especializado en la materia, generaría precedentes jurídicos que otorgarían apoyo en materia de doctrina y antecedentes, a la hora de resolver casos análogos.

Tampoco fue escuchado el niño, niña o adolescente en los términos del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), resultando fundamental que aquel se exprese ante el órgano jurisdiccional de forma clara y libre, sin ningún tipo de coerción o limitación.

Garantizar en el marco de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos la debida representación y/o asistencia letrada resulta primordial y necesario. De lo contrario nunca abordaríamos la CDN en este sistema jurisdiccional de forma acabada y completa.

En materia de Niñez resulta fundamental que haya una adecuada coordinación, no solamente entre las instituciones de la UE y los organismos específicos en cada ordenamiento nacional, sino que, además, todos los ordenes jurídicos de la UE deben interpretarse mediante la técnica de interpretación conforme la Convención. Entiéndase este concepto como técnica hermenéutica, por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos por los Estados, así como por la jurisprudencia de los Tribunales⁸.

⁷ Ídem, párr. 39.

⁸PIZZOLO, *Comunidad de Intérpretes Finales. Relación entre Tribunales Supranacionales, Constitucionales y Supremos*, p. 185.

Por último, resulta sumamente necesario que el TJUE aborde con la CDN un verdadero *corpus iuris* del derecho tal como estableció la Corte IDH en su jurisprudencia: “(...) Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana⁹.”

III. La sentencia del TJUE

En la sentencia de referencia, el TJUE lleva a cabo un análisis pormenorizado de los lineamientos que brinda la Directiva 2004/38/CE.

Recordemos que el Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte plantea ante el TJUE en calidad de cuestión prejudicial: “1. ¿Pueden los ingresos procedentes de un empleo que es ilegal con arreglo a la legislación nacional demostrar, total o parcialmente, la disposición de recursos suficientes con arreglo al artículo 7, apartado 1, letra b), de la [Directiva 2004/38]?; 2. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿puede considerarse cumplido el requisito del artículo 7, apartado 1, letra b), [de dicha Directiva] si el empleo se califica de precario únicamente por razón de su carácter ilegal?”.

En lo que respecta a los requisitos específicos determinados por la Directiva 2004/38/CE, el TJUE entiende que los Estados deben ceñirse a ellos y no sobreabundar en otros tantos que harían, de un modo indirecto, inviable para determinados ciudadanos la permanencia en los Estados miembros de la Unión Europea.

Aquí hay que tener presente que el TJUE lleva adelante un análisis del concepto de *orden público* que pueden invocar los Estados para limitar el derecho de entrada y residencia, concluyendo que en el presente caso no se configura dicha situación y, por tanto, no es válido que se basen en ello para imponer requisitos excesivos. Esto cobra trascendencia toda vez que, el planteo originario del Tribunal del Estado británico no apunta directamente a ello, pero es precisa la vinculación siendo que es el recurso del que hace uso el Estado de acogida para denegar el derecho de residencia a la familia Bajratari.

⁹Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia del 19 de noviembre de 2019.

Para el presente análisis, resulta necesario comprender que la Directiva 2004/38/CE contempla en su Capítulo VI, artículo 27, los supuestos en que puede limitarse el derecho de entrada y residencia de los sujetos contemplados por la misma, indicando que las razones “(...) *No podrán alegarse con fines económicos*”, a la vez de establecer que las medidas adoptadas “(...) *Deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado*”.

En esa línea, el TJUE sostiene que “*el respeto de este principio implica que las medidas nacionales adoptadas al aplicar los requisitos y limitaciones establecidos en dicha disposición deben ser apropiadas y necesarias para alcanzar la finalidad perseguida*”.

En razón de ello, el TJUE resalta que una medida del Estado de acogida “(...) *que permite a las autoridades del Estado miembro de que se trate denegar el derecho de residencia a un ciudadano de la Unión menor de edad por el motivo de que los recursos que pretende hacer valer (...) va claramente más allá de lo necesario para proteger el erario de dicho Estado miembro*”¹⁰, máxime considerando que tales fondos —independientemente del origen de los mismos — han permitido al ciudadano de la Unión mantenerse a sí mismo y a su familia.

Con relación a ello, parece atinado analizar la intención del Estado para justificar determinadas decisiones que en principio representan un incumplimiento de la normativa comunitaria. Así, cabe resaltar que el TJUE al brindar una definición acabada del concepto de *orden público* delimitó sus alcances, acotando, de esa manera, el margen de acción contrario a la normativa comunitaria para los Estados parte. Es decir, al brindar esta definición no sólo establece pautas de ejercicio más precisas para la normativa en análisis, sino que otorga también una garantía para el ejercicio del derecho por parte de los ciudadanos europeos y sus familiares contemplados en las definiciones de la norma. Esto no es menor, puesto que el concepto de *orden público* puede variar significativamente de un Estado a otro, lo cual ateniéndonos a los principios básicos del derecho comunitario, principalmente su primacía respecto del ordenamiento jurídico de los Estados que lo

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera. Asunto C – 93/18, 2 de octubre de 2019, cons. 46.

componen, resulta indispensable para la aplicación pacífica del mismo en todos los Estados parte el papel que desempeña el TJUE como intérprete final de la normativa comunitaria.

De esta forma, el TJUE señala, como primera medida, que el concepto de *orden público*, como justificación de una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o sus familiares, debe ser objeto de una interpretación estricta, siendo necesario el control de las instituciones de la Unión para establecer su alcance¹¹.

Seguidamente, recuerda que con carácter previo ha declarado que dicho concepto “(...)requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”¹².

De esta forma, al esbozar esta definición, el TJUE establece límites precisos para un concepto del cual pueden hacer uso los Estados, garantizando que ello se dé en forma uniforme y no disímil y, de forma concatenada, impide que los Estados agreguen requisitos para hacer efectivo el goce de una normativa comunitaria.

Concluye, en lo relativo al caso, que no se dan las condiciones para rechazar la residencia de los ciudadanos menores de edad y sus familiares, toda vez que los motivos esgrimidos por el Estado de acogida no se enmarcan en la definición de orden público.

De esta forma, termina resolviendo que es independiente el origen de los fondos con los que cuenten los ciudadanos dentro del Estado de acogida, en tanto y en cuanto gracias a ello no representen una carga excesiva para el mentado Estado y a su vez, cumplan acabadamente con los demás requisitos que impone la Directiva 2004/38/CE.

IV. Análisis normativo

En primer lugar, debemos tener en cuenta que el TUE crea y dispensa el más elevado rango jurídico al estatuto de “ciudadanía de la Unión”. Efectivamente, en el Preámbulo del Tratado se proclama que los Estados miembros se manifiestan “*resueltos a crear una ciudadanía común a los nacionales de sus países*” y, por su parte, su artículo 2 incluye, dentro de los cinco objetivos que persigue la Unión Europea, el de “*reforzar la*

¹¹Idem, cons. 50.

¹²Idem, cons. 51.

protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión".

Culminaba así, una sucesión de proyectos elaborados en el proceso de integración europea, el primero de los cuales bien puede situarse en el propio Preámbulo del Tratado de Roma (1957), para continuar, de manera más concreta, con los que derivaron de la Cumbre de París de 1974. El Informe del ministro belga Leo Tindemans de 1975 y el conocido como Proyecto Spinelli de 1984, representaron otros tantos intentos de crear una ciudadanía de la Unión en su sentido actual, como también lo fueron los informes del Comité *ad hoc* "la Europa de los ciudadanos" (Comité Adonino), si bien es cierto que, sobre todo el segundo de ellos, se centraba más en cuestiones de apariencias e imagen que en la esencia de la institución.

Conviene señalar en este punto que, si bien es cierto que con anterioridad al TUE ya se había concretado por diversas vías el contenido de algunos de los derechos que integran lo que hoy conocemos como ciudadanía de la Unión, también es verdad que tales derechos se encontraban estrechamente vinculados a los derechos económicos y sociales que reconocían los tratados constitutivos, y por eso ha de destacarse que, con el TUE, se quiebra esa dimensión preferentemente de naturaleza socioeconómica y se avanza en el reconocimiento de un conjunto de derechos políticos relacionados con el nacimiento de la Unión Europea.

La ciudadanía va a ser así un concepto no económico, que define la posición política y jurídica de los individuos en el seno de una sociedad, con independencia del valor particular que se atribuya a la aportación ofrecida por cada uno al proceso económico. Resulta así que la ciudadanía de la Unión rompe el vínculo de exclusividad de la relación jurídico-política entre el particular y el Estado, de manera que los nacionales de los Estados miembros mantienen de forma complementaria, simultánea e inseparable un doble vínculo político: uno particular con su propio Estado y otro común con la Unión Europea, debiendo señalarse, en relación con este último, que el estatuto que lo encarna está garantizado jurisdiccionalmente, sin restricción alguna, frente a los propios Estados y frente a las instituciones comunitarias por el TJCE, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 del TUE.

El artículo 17 del TUE, antes reproducido, establece claramente la conexión entre la condición de nacional de un Estado miembro y la de ciudadano de la Unión, de manera que, salvo determinadas excepciones, puede afirmarse que el núcleo de derechos que integran la Institución corresponde a los nacionales de los Estados miembros, como también —desde otra perspectiva— puede afirmarse que la ciudadanía se define por referencia al concepto de nacionalidad de alguno de los Estados miembros.

Así pues, a la vista de cuanto en el citado precepto se establece, puede afirmarse, en primer lugar, que la ciudadanía de la Unión no elimina ni sustituye a la institución clásica de la nacionalidad o ciudadanía estatal, como bien se ha insistido en asegurarlo desde todas las instancias. Y, en segundo lugar, también puede afirmarse que queda establecido un vínculo indisoluble entre nacionalidad de un Estado miembro y ciudadanía de la Unión, a modo de *conditio sine qua non*, de tal manera que, si se pierde la condición de nacional de un Estado miembro, se pierde automáticamente la ciudadanía de la Unión.

La condición de ciudadano de la Unión se presenta así como un complemento a la nacionalidad, puesto que, como se acaba de decir, no pretende sustituir el vínculo de la nacionalidad con cada uno de los Estados miembros. De esta manera, el ciudadano de la Unión disfruta de un doble estándar de derechos como consecuencia de su vinculación a dos esferas políticas, la estatal y la comunitaria. La ciudadanía de la Unión suma al primer círculo de derechos de la nacionalidad, a disfrutar en el interior de cada Estado miembro, un segundo círculo de nuevos derechos a ejercer en cualquier Estado miembro y que pueden invocarse ante las instituciones comunitarias, ante las autoridades de cualquier Estado miembro y en las relaciones con los ciudadanos de la Unión, todo ello bajo la protección jurisdiccional del TJCE.

En todo caso, en relación con la cuestión que nos ocupa, no puede dejar de destacarse que la determinación de la nacionalidad corresponde a los ordenamientos internos de los Estados miembros; es una materia que no está regulada por las normas comunitarias, de manera que la competencia discrecional de los Estados miembros en la

regulación de la nacionalidad puede provocar contradicciones entre legislaciones permisivas y restrictivas y así se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones¹³.

La ciudadanía de la Unión, como ha quedado apuntado, está regulada en los arts. 17 a 22 del TUE, así como en otras disposiciones del derecho originario y del derecho derivado, debiendo destacarse a este respecto la interacción entre los derechos que en sentido estricto forman en la actualidad la ciudadanía de la Unión y el principio del respeto de los derechos fundamentales, tal como se regula en el art. 6 del TUE. Esa interacción se aprecia, en particular, en la aplicación del *principio de no discriminación*. Y es que, en definitiva, el art. 17.2 del TUE asegura que “los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado”, de forma que los derechos y obligaciones de los ciudadanos de la Unión no abarcan sólo los especificados en la Segunda Parte del TUE, sino también otros relacionados con la esencia de dicho estatuto, como el principio de igualdad de trato y el goce de un sistema coherente de derechos fundamentales.

De acuerdo con esta regulación y, conforme va a quedar expuesto en el desarrollo de los sucesivos puntos del presente epígrafe de este trabajo, puede decirse que con la expresión “ciudadanía de la Unión” se hace referencia a un conjunto de derechos, reconocidos en los tratados constitutivos, que presentan una difícil definición global a causa de su distinta naturaleza, de sus diferentes ámbitos de aplicación personal y de sus diversos efectos.

Efectivamente, en cuanto a su naturaleza, el estatuto de ciudadanía de la Unión regula no sólo determinados derechos de naturaleza política sino también derechos de carácter instrumental, que son más bien mecanismos de garantía del disfrute de otros derechos. En cuanto a su ámbito de aplicación personal, puede decirse que la mayoría de los derechos que conforman la ciudadanía de la Unión pueden ser disfrutados únicamente por los nacionales de los Estados miembros de la UE, mientras que otros se extienden también a nacionales de terceros Estados que residan en un Estado miembro. En cuanto a sus efectos, finalmente, la mayoría de los derechos de ciudadanía tienen una relevancia jurídico constitucional y se ejercen *ad intra*, ya en el interior de los Estados miembros o bien

¹³ Tribunal de Justicia de la Unión de la Unión Europea. Asunto C-368/90, 7 de Julio de 1992.

en el ámbito comunitario, mientras que, otros, como el derecho de acogerse en el territorio de un Estado tercero a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, posee una clara relevancia jurídica internacional y produce sus efectos *ad extra* de la Comunidad Europea, en el territorio de terceros Estados.

Respecto a los beneficiarios, con carácter general “(...)se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembros distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia (...)”, sea cual sea la nacionalidad de estos últimos. Dentro de los miembros de su familia, se incluye al cónyuge o pareja de hecho debidamente registrada, los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o pareja, y los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o pareja.

Para estancias inferiores a tres meses, basta con hallarse en posesión de un documento de identidad, o un pasaporte válido, y para periodos de residencia superiores a ese plazo, se exige el registro del ciudadano de la Unión ante las autoridades competentes del lugar de residencia. Además, se reconoce un derecho de residencia permanente para todos los ciudadanos de la Unión que hayan residido en el Estado miembro de acogida de conformidad con las condiciones establecidas en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, durante un periodo ininterrumpido de 5 años y sin haber sido objeto de una medida de expulsión.

Adentrándonos nuevamente en el caso, el Tribunal alude a determinados artículos de la Directiva 2004/38/CE para poder desarrollar su resolución, específicamente a los artículos 2, 3, 7, 10, 14 y 27.

En cuanto al artículo 2, se ocupa de las definiciones; aquí cabe resaltar que los sujetos involucrados se enmarcan en las mismas, en tanto los menores a quienes el Estado pretende retirar la nacionalidad son efectivamente ciudadanos de la Unión, a la vez de que su hermano y padres —ciudadanos de terceros Estados— cuentan con el beneficio dado por la normativa citada, visto que se encuentran contemplados en determinados puntos de las definiciones específicas. De esta forma, el fundamento del Estado de acogida para denegar el permiso de residencia a la Sra. Bajratari no se corresponde con la normativa.

En ese sentido, es menester recordar que dentro de la Unión Europea existe la libre circulación de personas, como principio estructural, lo cual fomenta y habilita que todo ciudadano de la Unión —así como su familia— pueda residir y trabajar en cualquiera de los Estados miembros, independientemente del Estado del que sea nacional.

Con relación a ello, el TJUE sostiene que “(...)el respeto de este principio implica que las medidas nacionales adoptadas al aplicar los requisitos y limitaciones establecidos en dicha disposición deben ser apropiadas y necesarias para alcanzar la finalidad perseguida” (cons. 36).

Con ello establecido, la Directiva 2004/38/CE otorga, si se quiere, un marco reglamentario para que ese derecho sea efectivamente ejercido, por todos los sujetos que contempla la misma. Así, el artículo 3 dispone que es de aplicación efectiva a “(...)cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él” a la vez de mandar que en el caso de sujetos no contemplados por el artículo 2 “(...)El Estado miembro de acogida facilitará, de conformidad con su legislación nacional, la entrada y la residencia”.

De esta forma, como se dijo, la familia Bajratari cataloga como sujeto comprendido por la normativa y, por tanto, ha de gozar de los beneficios que la misma otorga.

Seguidamente, el artículo 7 punto b) de la Directiva dispone que “Todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si: (...) b) dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida(...)”. Aquí cabe hacer la salvedad, al igual que lo hace el TJUE, de que en ningún momento la normativa alude al origen de los fondos con que cuenten los ciudadanos y su familia para no convertirse en una carga excesiva para el Estado.

En ese sentido, el Estado de acogida cuestiona el origen de los fondos de la familia Bajratari, agregando requisitos para el goce del derecho que no contempla per se la normativa comunitaria que ha de aplicarse.

A ese respecto el TJUE recuerda que “(...)ya ha declarado que, si bien el ciudadano de la Unión debe disponer de recursos suficientes, el Derecho de la Unión no impone la más mínima exigencia en cuanto a su procedencia, de modo que estos últimos pueden provenir, por ejemplo, de un ciudadano de un tercer Estado, progenitor de los ciudadanos de la Unión menores de edad de que se trate” (cons. 30) y concluye “(...)conviene subrayar que nada en el texto del artículo 7, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/38 permite considerar que, a efectos de esta disposición, solo puedan tomarse en consideración los recursos derivados de un empleo ejercido al amparo de un permiso de residencia y de trabajo por un nacional de un tercer Estado, progenitor de un ciudadano de la Unión menor de edad”¹⁴.

Luego, el TJUE explica que a la luz del artículo 14 de la Directiva “...el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a residir en el territorio del Estado miembro de acogida, sobre la base del artículo 7 de dicha Directiva, solo se mantendrá mientras dichos ciudadanos y los miembros de sus familias cumplan los requisitos establecidos en dicha disposición”¹⁵.

Seguido a ello, alude nuevamente al análisis que se da del origen de los fondos con que cuentan los ciudadanos, y sostiene que interpretar dicho requisito en el sentido de que un ciudadano menor de edad no puede hacer valer los ingresos derivados del empleo ejercido por su progenitor “...añadiría a este requisito otro relativo al origen de los recursos puestos a disposición por dicho progenitor que constituiría una injerencia desproporcionada en el ejercicio del derecho fundamental de libre circulación y residencia del ciudadano de la Unión menor de edad de que se trate, garantizado en el artículo 21 TFUE, en la medida en que no es necesario para alcanzar el objetivo perseguido”¹⁶.

Por último, el TJUE pone de manifiesto que llevar a cabo una interpretación relativa al origen de los fondos en ese sentido sería contraria al objetivo perseguido por la Directiva 2004/38/CE, que no es otro que “(...)facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, directamente conferido a los ciudadanos de la Unión por el artículo 21 TFUE, apartado 1, y

¹⁴TJUE, Sala Primera. Asunto C – 93/18, 2 de octubre de 2019, cons. 33.

¹⁵Idem, cons. 40.

¹⁶Idem, cons. 42.

reforzar ese derecho” ¹⁷. Por ello, concluye que el origen de los fondos no impide que se vea cumplimentado acabadamente el requisito exigido por la norma.

¹⁷Idem, cons. 47.

Bibliografía

SCBA , EXPTE NRO. C 125500, 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019.

OBSERVACIÓN GENERAL N° 14 (2013) DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO SOBRE EL DERECHO DEL NIÑO A QUE SU INTERÉS SUPERIOR SEA UNA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL (CRC/GC/2013/14).

PIZZOLO C., Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial, Buenos Aires, ASTREA, 2017.

CORTE IDH, CASO DE LOS “NIÑOS DE LA CALLE” (VILLAGRÁN MORALES Y OTROS) Vs. GUATEMALA. FONDO. SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1999. SERIE C No. 63.

TJUE. ASUNTO C-368/90 FECHA 7 DE JULIO DE 1992.-

PIZZOLO C., Derecho e Integración Regional, Buenos Aires, EDIAR, 2010.

Protección de datos, libertad de expresión y derecho al olvido

A propósito de los asuntos C-136/17, C-507/17, y C-673/17
tratados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

§

Mariano Liszczyński¹ y María del Pilar García Martínez²

Sumario:

I.- Introducción. II.- Derecho Europeo y términos/conceptos. III.- Asunto C-136/17 (Conseil d'État –Consejo de Estado–, Commission nationale de l'informatique et des libertés –CNIL–, GC, AF, BH, ED y Google LLC) del 24/9/2019. IV.- Asunto C-507/17 (Conseil d'État –Consejo de Estado–, Commission nationale de l'informatique et des libertés –CNIL– y Google LLC) del 24/9/2019. V.- Asunto C-673/17 (Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV y Planet49 GmbH) del 24/9/2019. VI.- Conclusiones

I.- Introducción

El desarrollo de los sistemas digitales (las pantallas y sus entornos, con sus canales de funcionamiento), la esfera cibernética (ese mundo virtual en que se desenvuelve buena parte de nuestra vida, institucional, académica, aun relacional) y la red de intercomunicación (Internet y canales de mensajería) pone en cuestión ciertas creencias acendradas en nuestra cultura: la libertad de conducirnos y el anonimato de nuestras conductas, vale decir, la privacidad de nuestra identidad. Nada de lo que hacemos es ajeno al feudalismo digital en el cual estamos inmersos y desarrollamos nuestra actividad cotidiana. Todas nuestras actuaciones volcadas en un entorno digital (computadoras,

¹ Profesor adjunto de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² Jefa de Trabajos Práctico de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

celulares, tabletas) que estén conectadas a internet, módem y proveedor del servicio mediante, dejan su rastro y permiten su trazabilidad desde el simple momento en que encendemos el soporte digital y nos conectamos a la nube o ni siquiera con estas acciones: para poder accionar el soporte digital y acceder a sus prestaciones tenemos que habilitarlo generalmente a través de un correo electrónico o un código; de lo contrario el aparato no funciona, o dicho con otras palabras, debemos unirnos a una autopista de servicios para poder transitar en ella, lo que requiere registrar nuestro vehículo y obtener las credenciales de circulación. Con esa simple operación ya somos reconocidos y dejamos rastro...

Y, aunque no lo sepamos, lo intuyamos o no lo queramos ver, damos datos, brindamos información y decimos sobre nosotros.

Siempre...

Y esos datos pueden ser almacenados por alguien y utilizados por ese alguien o por cualquiera que busque información sobre nosotros. También traficados y puestos en circulación sin nuestro control.

Desde el momento en que abrimos el vehículo, esta computadora en la que escribimos, puede precisarse su geolocalización, de ahí en adelante todo escapa a nosotros. Podemos decidir qué escribimos, sí. Pero ya dimos un dato de dónde estamos (o al menos donde está la computadora registrada con nuestro nombre).

Para escribir este artículo, buscamos información en Internet. Es parte del trabajo de investigación y documentación. Cada movimiento hecho habrá quedado registrado en el historial de nuestro equipo, y en la autopista que es Internet fuimos identificados por el IP (*Internet Protocol*) de nuestra computadora. Voluntariamente dejamos indicios de lo que estamos haciendo. Quien quiera perseguirnos (si nos está espiando) o rastrearnos (si investigando) podrá hacerlo. Y esto no es para entrar en paranoia o agitar fantasmas, aunque conviene estar alerta, es simplemente lo que ocurre cuando accedemos a la red de redes. Alguien registra nuestros movimientos (así sea el disco duro, el proveedor del servicio o el administrador de la autopista). Y más cuando anclamos algo en algún sitio (un campus, una revista electrónica, una red social, una página cualquiera de la web).

Y hasta acá todavía somos dominadores de nuestros actos, o puesto de otra forma: fuimos nosotros quienes, voluntariamente, hicimos el recorrido y fijamos nuestra producción

(escrito/opinión/parecer/comentario) en uno de los estacionamientos permitidos. Dimos nuestro consentimiento y publicamos a conciencia.

Pero pueden ser también otros quienes dejen notas sobre nosotros en la autopista. Alguien que informa sobre actividades nuestras, o publica imágenes o datos nuestros; o alguien que registra tanto lo publicado por nosotros como lo informado por esos otros y pone a disposición y al alcance de los demás aquello que sobre nosotros existe almacenado. En ambos casos podríamos hablar de hechos de terceros ajenos a nuestro dominio, y sobre los cuales no necesariamente prestamos conformidad o consentimos para que se divulguen o permanezcan anclados... aun cuando eventualmente los hayamos anclado nosotros. Podemos haberlos subido, sí; ¿pero qué pasa después? Esto ya excede a nuestro control y dominio y no sabemos qué puede hacer con nuestra información (o información sobre nosotros) quienes la almacenan o indexan... cuál es, qué se hace con ella, qué se dice de nosotros y cómo cuidamos nuestra imagen, nuestra identidad y nuestra privacidad.

Uno de los facilitadores de esta realidad cibernética son los famosos motores de búsqueda o buscadores de internet. ¿Quién los maneja y cómo se coloca la información sobre nosotros? ¿Qué pasa si los datos acumulados y almacenados no nos gustan o son falaces y sin embargo circulan? ¿Cuál es el nivel permitido para esta circulación? ¿Dónde está el límite entre información a disposición y privacidad o respeto al nombre de una persona? ¿Cómo resguardamos nuestra antigua libertad y anonimato?

Bien sobre ello abordaremos en estas líneas a colación de tres asuntos ocurridos en el espacio europeo, esto es, los límites de la Unión Europea (UE), y que tuvieron como protagonistas a individuos (personas), órganos estatales (entidades encargadas de la regulación y protección de los datos dentro de las fronteras nacionales) o asociaciones de protectoras de derechos (sindicatos, asociaciones de consumidores) en calidad de actores, y como demandados a empresas bien como prestadoras de una actividad que necesite registro en línea o bien como motores de búsqueda de información.

Asimismo, en un no menor rol estelar corresponde destacar a quien tuvo el reto de establecer los niveles de protección, custodia y privacidad de los datos personales tanto

guardados en las empresas que solicitan registración como proporcionados por los motores de búsqueda: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE).

Se nos ha pedido que examináramos las sentencias C-136/17 (Conseil d'État – Consejo de Estado–, Commission nationale de l'informatique et des libertés –CNIL–, GC, AF, BH, ED y Google LLC), C-507/17 (Conseil d'État –Consejo de Estado–, Commission nationale de l'informatique et des libertés –CNIL– y Google LLC) y C-673/17 (Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV y Planet49 GmbH), las dos primeras del 24 de septiembre de 2019 y la última del 1º de octubre de 2019, que fueron elevadas en carácter de cuestiones prejudiciales al TJUE por la pertinente autoridad judicial nacional.

Y acá, encontramos un nuevo aspecto para el análisis: cuál es el alcance de la sentencia del TJUE contra una empresa, ¿se restringe al espacio común de jurisdicción del tribunal o aplica más allá de sus fronteras respecto a la empresa en cuestión?

Y una arista más concerniente a la divulgación de dichos datos, ya no por la empresa que los recaba –o mismo la autoridad nacional que los hace públicos– o el motor de búsqueda que los difunde, sino por el uso de éstos por terceros con fines de información, por ejemplo.

Trataremos de despejar las inquietudes en las siguientes líneas.

Para poder comprender la dimensión y alcance de los planteos y de la tarea que debió desarrollar el TJUE al momento de adoptar su decisión, debemos recordar que en el Espacio Integrado (EI) Unión Europea existe una normativa común a todos los Estados Miembros (EM) que es la conformada por el Derecho Originario (Tratados Constitutivos, sus modificatorios y Protocolos Adicionales, así como normas que sin formar parte de este tienen idéntico nivel jerárquico; etc.) y por una parte del derecho derivado (Reglamentos) cuya aplicación debe ser uniforme en todo el territorio del bloque regional (el de los EM que lo sostienen), y, a su vez, contempla la existencia de normas estatales que las complementen y adecuen a las particularidades locales sin desencajar los mínimos comunes, que son las establecidas por otra parte del derecho derivado (Directivas). Asimismo, es conveniente destacar que como consecuencia de esto no necesariamente habrá una autoridad europea común de control con secciones nacionales, sino autoridades

de control nacionales (existentes o que se creen a tal efecto) que incorporan la competencia de control derivada del Derecho de la UE. En otras palabras: serán esas autoridades las encargadas de velar por el cumplimiento del derecho común y enlazar estados y espacio integrado, función similar a la que cumplen los tribunales nacionales como parte integrante de la estructura judicial de la UE.

Esta advertencia está dada porque se tratará en cada caso de analizar la compatibilización de la legislación común con la nacional en la materia de protección de datos y derechos de los titulares de estos datos, y observar desde ya que, aun si la cumplen, las soluciones pueden diferir en cada uno de los EM del EI, lo que brinda un margen de apreciación nacional importante y complota con la pretendida uniformidad del derecho común, en una posible forma de excepción habilitada.

Veremos qué sostiene el TJUE.

II.- Derecho europeo y términos/conceptos

El paraguas normativo de la Unión Europea a la fecha de las sentencias lo brinda la Carta de Derechos Fundamentales (CDF) de 2000, el Reglamento UE 2016/679³ y las Directivas 95/46 CE⁴ (dejada sin efecto por el anterior), 2002/21 CE⁵ y 2002/58 CE⁶; y tangencialmente el Convenio Europeo para la Protección de las Libertades Fundamentales (CEPLF) de 1950, normas en las que se protegen tanto los datos de carácter personal y el respeto a la vida privada y familiar⁷, como la libertad de expresión y el acceso a la

³Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). D.O. L 119 del 4/5/2016, p. 1.

⁴Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. D.O. L 281 del 23/11/1995 p. 31.

⁵Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco). DO L 108 de 24.4.2002, p. 33.

⁶Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). D.O. L 201 de 31/07/2002 p. 37.

⁷CDF, artículo 8: “Protección de datos de carácter personal. 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. 3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

información⁸, como el interés y la seguridad públicos⁹; en las que se definen los términos y la extensión de los derechos protegidos y de la actividad de suministro de información en internet, como la privacidad de las personas y la libre expresión; y en las que se determina qué autoridad de control existirá; y permiten visualizar los alcances y contenidos de derechos y actividades que están en permanente tensión.

Para facilitar la comprensión de los asuntos a desarrollar, precisaremos ciertos conceptos específicos¹⁰:

- “datos personales”: toda información sobre una persona física identificada o identificable (el “interesado”); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de

CDF, artículo 7: “Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

CEPLF, artículo 8: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁸CDF, artículo 11: “Libertad de expresión y de información 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”.

CEPLF, artículo 10: “Libertad de Expresión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. 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”.

⁹CEPLF, artículo 8, apartado 2.

Directiva 95/46, artículo 1: “Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales”.

Reglamento 2016/679, artículo 1: “1. El presente Reglamento establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos. 2. El presente Reglamento protege los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas y, en particular, su derecho a la protección de los datos personales. 3. La libre circulación de los datos personales en la Unión no podrá ser restringida ni prohibida por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.”

¹⁰A los efectos del análisis seguimos los criterios adoptados por la Directiva 95/58 CE, porque era la vigente al tiempo de ocurrir los hechos, tal como entendió el TJUE.

identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social¹¹;

- “tratamiento de datos personales” (“tratamiento”): cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción¹²;

- “consentimiento del interesado”: toda manifestación de voluntad, libre, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernan¹³, que sea dada de forma inequívoca;

- “usuario”: una persona física que utiliza con fines privados o comerciales un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público, sin que necesariamente se haya abonado a dicho servicio¹⁴;

- “equipo terminal”: cualquier dispositivo en el cual el usuario almacena información y se conecta con una red de comunicaciones¹⁵;

- “categoría sospechosa o especial”: datos personales relativos a filiación política, sindical, convicciones religiosas o filosóficas, origen racial o étnico, preferencias sexuales o estado de salud del usuario o datos genéticos o biométricos que lo identifiquen de manera unívoca¹⁶;

¹¹Directiva 95/46, artículo 2, inciso a). El Reglamento 2016/679, artículo 4, inciso 1), mantiene una redacción similar y agrega precisiones como “datos de localización, un identificador en línea”.

¹²Directiva 95/46, artículo 2, inciso b). El Reglamento 2016/679, artículo 4, inciso 2, tiene parecida redacción y en el artículo 5, incisos c) a e) establece como principios para su tratamiento la “maximización de datos”, la “exactitud” y la “limitación del plazo de conservación”, lo que significa que los datos existentes que posibiliten la identificación de un usuario o interesado tienen que ser adecuados, pertinentes y limitados a los fines con que tienen que ser tratados, ser exactos y estar actualizados y no pueden permanecer que el tiempo necesario para los fines de tratamiento.

¹³Directiva 95/46, artículo 2, inciso h); y artículo 7. Reglamento 2016/697, artículo 4, inciso 11.

¹⁴Directiva 2002/58, artículo 2, inciso a).

¹⁵Directiva 2002/58, artículo 5.

¹⁶Directiva 95/46, artículo 7, apartado 1). Reglamento 2016/679, artículo 9, apartado 1).

- “cookies”: pequeños ficheros que se colocan en el equipo terminal del usuario y facilitan al proveedor de un servicio información sobre el comportamiento y preferencias de éste, normalmente con fines publicitarios y desconocimiento del usuario¹⁷;

- “destinatario”: el receptor y beneficiario de los datos personales¹⁸, pero distinto del “responsable” que es quien los suministra o facilita al determinar los fines y medios del tratamiento¹⁹;

- “derecho al acceso y olvido”: facultad del usuario a conocer qué datos personales posee el proveedor de un servicio y eventualmente a obtener por parte de este y sin dilaciones la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos obtenidos indebidamente o debidamente pero incompletos, inexactos o desactualizados²⁰; y

- “autoridad de control”: autoridad nacional pública e independiente con poderes de investigación e intervención y con capacidad para conocer qué datos personales son objeto de tratamiento por un proveedor de servicio y en su caso imponer una sanción o medida tendiente a garantizar la protección de los datos del interesado²¹, y que tienen bajo su órbita el control del tratamiento de datos relativos a condenas penales y otras infracciones²².

III.- Asunto C-136/17 (Conseil d’État –Consejo de Estado–, Commission nationale de l’informatique et des libertés –CNIL–, GC, AF, BH, ED y Google LLC) del 24/9/2019

El caso fue elevado por el Conseil d’État (Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia) y se planteó en el marco de un litigio entablado por los ciudadanos GC, AF, BH y ED contra la Comisión Nacional de Informática y Libertades francesa. Motivó la solicitud el rechazo de la CNIL de los requerimientos de los ciudadanos a que exigiera a la empresa Google el retiro de diversos enlaces, que surgían luego de una búsqueda efectuada a partir de los nombres de los demandantes y dirigían a páginas web publicadas por terceros.

¹⁷Reglamento 2016/679, artículo 4, inciso 6), donde se lo precisa como “fichero” y define como “todo conjunto estructurado de datos personales, accesibles con arreglo a criterios determinados, ya sea centralizado, descentralizado o repartido de forma funcional o geográfica”.

¹⁸Reglamento 2016/679, artículo 4, inciso 9).

¹⁹Reglamento 2016/679, artículo 4, inciso 7).

²⁰Directiva 95/46, artículo 12, apartado b). El Reglamento 2016/679, artículo 17, adiciona la celeridad.

²¹Directiva 95/46, artículo 28. Reglamento 2016/679, artículos 21 y 51.

²²Directiva 95/46, artículo 8, apartado 4).

Cuestiones a tener presente: Toda información referida a una persona para ser publicada no debe particularizar en categorías sospechosas²³ y debe contar con el consentimiento del implicado, salvo que se trate de manifestaciones públicas de éste o surja de información oficial verificada y proporcionada por una autoridad pública cuando sea relativa a infracciones, condenas penales o medidas de seguridad. La información se consiguió a través de los motores de búsqueda de la empresa Google, pero la información la produjeron otros operadores. La información proporcionaba datos sobre ciertos hechos de notoriedad pública²⁴ publicados en medios de prensa²⁵. Los ciudadanos solicitaban el derecho al olvido de la información publicada y traída a la vista por el buscador.

Al TJUE se consulta cuál debería ser el comportamiento del motor de búsqueda ante información que recaba pero no genera, o, en otros términos: cuáles son las obligaciones que debe cumplir previo a facilitar el rastreo de los enlaces que proporcionan información sobre una persona consultada. Y de esto deriva cuál debería ser su proceder ante una solicitud de un particular respecto a que se retire el acceso a dichos enlaces, como asimismo qué correspondería hacer cuando esos enlaces refieran a una etapa ya superada de un procedimiento judicial y la información suministrada ya no se ajuste a la situación actual.

El Tribunal, tras analizar la legislación europea y la francesa, diferenció la actividad de los motores de búsqueda, consistente en “hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado”²⁶ y la de los editores de sitios de Internet, “que consiste en hacer figurar esos datos en una página web”²⁷, calificó ambas como tratamiento de datos personales, pero destacó el “papel decisivo en la difusión global de dichos datos [por parte del gestor del

²³(Origen racial o étnico, datos genéticos o biométricos, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, asociación sindical, sexualidad o salud).

²⁴(Un fotomontaje de una jefe de gabinete cantonal que la relacionaba sentimentalmente con el intendente; la sindicación de una persona como jefe relaciones públicas de un centro en el que se había producido un suicidio; la existencia de un sumario sobre la financiación de un partido político que implicaba a otra; y la condena a prisión a la última por agresión sexual).

²⁵(Periódicos, canal youtube).

²⁶Considerando 35.

²⁷Considerando 36.

motor de búsqueda] en la medida en que facilita el acceso a ellos a todo internauta”²⁸ quienes de no existir el enlace “no habrían encontrado la página web”²⁹ en la que se publican los datos que permiten al usuario “establecer un perfil más o menos detallado del interesado”³⁰. Conforme ello precisó que es alcanzado por el Derecho de la UE debiendo respetar y cumplir con lo dispuesto en la normativa vigente³¹, tal como “la comprobación a la que deberá proceder ese gestor, bajo el control de las autoridades nacionales competentes, tras recibir una solicitud presentada por el interesado”³² porque su actividad “puede afectar significativamente y de modo adicional a la de los editores de sitios de Internet, a los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y a la protección de datos personales”³³.

Sentado esto, el TJUE con lógica derivación determinó que, salvo cuando la legislación nacional de los Estados Miembros disponga otra cosa “por motivos de interés público importantes”³⁴, los gestores de los motores de búsqueda deben acceder a los requerimientos de cualquier particular tendiente a que se borren enlaces a páginas web que brinden información sobre el interesado, y suprimirlos sin dilaciones indebidas³⁵; esto significa que previo a decidir sobre el rechazo o la aceptación del reclamo deberán comprobar con la autoridad nacional si los datos que recogen los enlaces encuadran en las disposiciones especiales contempladas por las legislaciones nacionales y en este supuesto sí podrían rechazar la petición de olvido³⁶, como también “si la inclusión del enlace que dirige a la página web en cuestión [...] es necesaria para el ejercicio del derecho a la libertad de información de los internautas potencialmente interesados en acceder a esa página web mediante tal búsqueda”³⁷.

²⁸Considerando 36.

²⁹Considerando 36.

³⁰Considerando 36, en la que remarca lo decidido en el asunto Google Spain y Google, C-131/12, EU:C:2014:317 (sentencia del 13 de mayo de 2014, apartados 35 a 37).

³¹Considerando 37.

³²Considerando 48.

³³Considerando 37.

³⁴Considerando 66.

³⁵Considerandos 52, 53 y 55.

³⁶Considerandos 68 y 69.

³⁷Considerandos 66, -en el que se pormenoriza que existe un delicado equilibrio entre los derechos del interesado, la libre información y la seguridad o interés público, que “puede variar, en particular, en función del papel que el interesado desempeñe en la vida pública”, como sostuviera en el asunto Google Spain y Google, C-131/12, EU:C:2014:317, sentencia del 13 de mayo de 2014, apartado 81-; y 76.

Idéntica consecuencia lógica establece para el supuesto en que exista información judicial y la situación judicial del interesado haya cambiado, precisando por ello que la información debe estar actualizada y no necesariamente vinculada al nombre del interesado³⁸.

IV. Asunto C-507/17 (Conseil d'État –Consejo de Estado–, Commission nationale de l'informatique et des libertés –CNIL– y Google LLC) del 24/9/2019

El caso fue elevado por el Consejo de Estado y se incoó ante el incumplimiento por parte de Google de la solicitud efectuada por la CNIL de que suprimiera todos los enlaces a una serie de páginas web referidas a una persona en todas las extensiones de nombre de dominio de su motor de búsqueda. Por no acatar, la empresa fue multada. La controversia se presentó porque luego de comprobarse el derecho al olvido en favor del solicitante Google accedió a respetarlo, pero a cumplirlo sólo en lo relativo a las extensiones de su buscador correspondientes a Estados Miembros de la UE.

Particularidades: El gestor de búsqueda Google tiene diferentes versiones –esto es, extensiones de nombre de dominio– conforme la localización de sus filiales en diversos países a cuyas legislaciones debe adecuarse. Las búsquedas principalmente recaban información localizada en dominios con terminación del país desde el que se efectúa la búsqueda, ubicación geográfica que provee el IP de la terminal utilizada. Pero esto no impide que desde esa misma terminal el usuario pueda encontrar páginas web con terminación de dominio correspondiente a otro país en el que el motor tenga una filial. Los enlaces que recoge una búsqueda pueden estar asentados fuera de la jurisdicción de la UE y del TJUE por no estar en uno de los estados miembros del bloque regional.

La incógnita que se plantea es si para cumplir con el derecho al olvido del usuario beneficiario procede el bloqueo geográfico de los enlaces (impedir el acceso desde una dirección de IP ubicada en el país de su residencia) o si corresponde limitar el acceso a dichos enlaces en todas las versiones de su motor de búsqueda con independencia de su

³⁸Considerandos 77 y 78 obligando éste al gestor a “estructurar la lista de resultados de tal manera que la imagen global que resulte de ella para el internauta refleje la situación judicial actual, lo que requerirá, en particular, que en dicha lista se indiquen en primer lugar enlaces a páginas web que contengan información al respecto”.

localización, en la del país en que se hizo lugar a la solicitud de retirada o las del conjunto de Estados miembros de la UE, y aun si el bloqueo geográfico y la limitación a versiones pueden combinarse.

El Tribunal después de cotejar la legislación europea y la francesa especifica que la finalidad de la normativa es brindar un elevado nivel de protección de los datos personales en toda la Unión por lo que el retiro de los enlaces de todas las versiones de un motor de búsqueda sería factible³⁹, sobre todo en un mundo globalizado en el cual el hecho de que internautas que residen fuera de la Unión pueden acceder a “un enlace que remite a información sobre una persona cuyo centro de interés está situado en la Unión puede tener, por lo tanto, efectos inmediatos y sustanciales en la propia Unión”⁴⁰; pero asimismo advierte que el derecho al olvido no está contemplado en muchos otros países ni de la normativa vigente se aprecia que el legislador de la Unión haya atribuido a los derechos que consagra y se garanten en la UE “un alcance que vaya más allá del territorio de los Estados miembros”⁴¹.

Consecuentemente el TJUE limita el derecho al olvido al ámbito de la UE, pero lo extiende a todas las versiones de los motores de búsqueda con dominio en los EM, vale decir, más allá de la del estado de residencia del beneficiario, haciendo notar que existen instrumentos legales previstos en un reglamento de aplicación directa en todos los Estados

³⁹Considerandos 54 y 55.

⁴⁰Considerando 57, que sintetiza la caracterización de Internet como “una red mundial sin fronteras y los motores de búsqueda confieren carácter ubicuo a la información y a los enlaces contenidos en una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona física” hecha en el considerando 56 y la posible conclusión de que tales circunstancias “podrían justificar que el legislador de la Unión fuera competente para establecer la obligación de que el gestor de un motor de búsqueda, cuando estime una solicitud de retirada de enlaces formulada por tal persona, retire dichos enlaces de todas las versiones de su motor” del considerando 58.

⁴¹Considerandos 59 y 62, terceros Estados sobre los cuales no se extiende el Derecho de la Unión y sobre todo la jurisdicción del TJUE, dicho esto último elíptica y tácitamente. Pero en consonancia con la determinación del ámbito de aplicación territorial prevista por el Reglamento 2016/976, en su artículo 3: “1. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no. 2. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago, o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión. 3. El presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales por parte de un responsable que no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el Derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del Derecho internacional público.

miembros⁴², que permiten a las autoridades de control de los Estados miembros cooperar para llegar a un “equilibrio entre los derechos del interesado al respeto de su vida privada y a la protección de los datos personales que le conciernan y el interés del público de los distintos Estados miembros en tener acceso a la información”⁴³.

Y, hábilmente, aprovecha esta remisión –y resquicio jurídico– a las autoridades nacionales de control para encontrar un posible punto de quiebre y de habilitación tanto a que no haya un tratamiento unificado en todo el EI por motivos de interés público y resguardo de la libertad de información, o fines de expresión artística literaria o periodística⁴⁴, como a que si una autoridad de control o judicial de un EM lo estima pertinente luego de hacer la ponderación de derechos al olvido y de libertad de expresión exija “a un motor de búsqueda que proceda a retirar los enlaces de todas las versiones de dicho motor”⁴⁵, porque, acota, si bien el Derecho vigente no lo exige, tampoco lo impide..., en una curiosísima interpretación de facultades implícitas en las competencias de las instituciones.

V.- Asunto C–673/17 (Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband eV y Planet49 GmbH) del 24/9/2019

El caso fue elevado por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) en el marco de un litigio entablado por la Federación de Organizadores y Asociaciones de Consumidores – Federación de Organizaciones de Consumidores contra la empresa Planet49 GmbH. Los hechos que motivaron la solicitud son los siguientes: Planet49 GmbH ofrecía juegos en línea y para jugar los participantes debían llenar un formulario mediante el cual autorizaban a la empresa a transmitir a terceros (patrocinadores y colaboradores) sus datos personales, el almacenamiento de esa información y el acceso a la información almacenada en el equipo terminal del usuario. El consentimiento se hacía en el formulario de mención que tenía dos casillas: la primera requería la expresión concreta

⁴²Considerando 66.

⁴³Considerando 63.

⁴⁴Considerando 67.

⁴⁵Considerando 72.

de la voluntad por parte del usuario para que se transmitieran los datos⁴⁶, en tanto que la segunda estaba activada por defecto y en esta se informaba que se instalarían cookies⁴⁷.

Ante ello se pregunta al TJUE si el consentimiento es válido y si entre la información que debe brindar el proveedor del servicio está la de precisar el tiempo en que las cookies permanecerán activas.

Lo interesante del caso es que la empresa no oculta que un tercero también almacenará y hará tratamiento de los datos que recabe del usuario.

El TJUE luego de analizar la legislación europea y la alemana entendió que para que el tratamiento de datos se considere lícito el consentimiento tiene que haber sido dado “de forma inequívoca por el interesado” suponiendo esto un comportamiento activo⁴⁸, no una mera activación del botón participación en el juego por parte del usuario⁴⁹, y menos la presunción de que hubo tal consentimiento cuando una casilla está marcada por defecto⁵⁰. Y puntualizó que de ningún modo puede existir una injerencia en la esfera privada de las personas⁵¹, la cual comprende “la información almacenada en el equipo terminal de los usuarios de una red de comunicaciones electrónicas”⁵² debiendo, por tanto, quedar protegidos “contra el riesgo de que identificadores ocultos u otros dispositivos similares puedan introducirse en el equipo terminal del usuario sin su conocimiento”⁵³ y consecuentemente destacó que de acuerdo con el derecho europeo la “información acerca del tiempo durante el cual las *cookies* estarán activas y la posibilidad de que terceros tengan

⁴⁶«Presto mi consentimiento para que determinados *patrocinadores y empresas colaboradoras* puedan informarme por correo, teléfono, correo electrónico o SMS sobre ofertas de *su respectivo ámbito de actividad*. Yo mismo puedo determinarlos aquí, en caso contrario serán elegidos por el organizador. Puedo revocar mi consentimiento en cualquier momento. *Aquí puede obtener más información al respecto.*».

⁴⁷«Presto mi consentimiento para el uso del servicio de análisis de páginas web Remintrex. En consecuencia, el organizador del juego con fines promocionales, [Planet49], instalará *cookies* una vez me haya registrado para en el juego, lo que le permitirá analizar mi comportamiento de navegación y uso de páginas web de socios publicitarios y enviarme publicidad específica conforme a mis intereses a través de Remintrex. Puedo cancelar las *cookies* en cualquier momento. *Aquí puede obtener más información.*».

⁴⁸Considerandos 54 y 56.

⁴⁹Considerando 59.

⁵⁰Considerando 55.

⁵¹Considerando 69.

⁵²Considerando 70.

⁵³Considerando 70.

acceso a ellas forma parte de la información clara y completa que debe facilitarse al usuario”⁵⁴.

Podemos observar cómo al contrastar los hechos con el derecho vigente el tribunal resguarda los derechos personales reconocidos en toda la jurisdicción de la UE y enfatiza la necesidad de cumplir con los requisitos de consentimiento activo e informado por parte del usuario para así impedir toda intromisión subrepticia e indirecta en la esfera privada de las personas, aun cuando fuera facilitada por una presunta anuencia suya al aceptar y activar un botón de conformidad a propiciar información, pero con la que queda vinculada por defecto otra prestación de conformidad desconocida o aun visible y conocida pero que no brinde cabal información sobre qué se hará con esos datos ni el tiempo que permanecerán almacenados en los equipos del destinatario final de los datos.

Finalmente es menester asentar que el TJUE hace explícito un principio que debe primar en la interpretación del derecho de la Unión, cual es el de aplicación uniforme en todo el Espacio Integrado, cuando la norma no deja margen de apreciación o articulación nacional. El tribunal es enfático y señala: “de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme”⁵⁵.

VI.- Conclusiones

Los tres fallos parten del señero asunto C-131/12 (*Google Spain S.L., Google Inc. Agencia Española de Protección de Datos –AEPD– y Mario Costeja González*) del 13 de mayo de 2014 que fue el gatillazo de salida en esta materia en la órbita del Espacio Integrado Unión Europea, y precursor de la incorporación del derecho al olvido en el actual Reglamento (UE) 2016/679 –General de Protección de Datos (RGDP)–, que hoy rige en todo el ámbito de la Unión, dando lugar al derecho de supresión aplicada a los buscadores de internet concretamente.

⁵⁴Considerando 75.

⁵⁵Considerando 46, que remite a sus “sentencias de 26 de marzo de 2019, SM (Menor bajo el régimen de la kafala argelina), C-129/18, EU:C:2019:248, apartado 50, y de 11 de abril de 2019, Tarola, C-483/17, EU:C:2019:309, apartado 36”.

En este sentido, las tres sentencias vistas reiteran y reafirman al gestor de un motor de búsqueda o al facilitador de información al destinatario de datos personales como responsables del tratamiento de tales datos, lo que significa su participación esencial en el manejo de datos personales, en la recepción de solicitudes de supresión y la consecuente obligación de someterse a la normativa debiendo garantizar su cumplimiento en el ámbito de sus competencias. En dos de los tres casos se trata de Google, el mayor motor de búsqueda a nivel mundial, cuya actividad es realmente sinónimo y argumento de globalización en esta revolución tecnológica, y fue disparador del primer caso que contempló el tema en el ámbito de la UE.

A su vez, en este compendio jurisprudencial el TJUE vuelve a manifestar la importancia de la tensión jurídica entre el derecho fundamental de la protección de datos personales y la privacidad del titular de esos datos (artículos 7 y 8 de la CDF), y el derecho fundamental a la libertad de información (artículo 11 de la CDF). Y si bien los primeros priman, en general, sobre esa libertad, se "...pone de manifiesto que el derecho a la protección de los datos personales no constituye un derecho absoluto (...), debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad..."⁵⁶. Este equilibrio puede variar en relación con la información de que se trate o de la función que ocupe en la vida pública el titular de los datos. Si bien este no es un enfoque novedoso, en nuestros días es preciso recordar que el ejercicio de ese derecho a la libertad de información conforma un pilar fundamental del sistema democrático y debe ser también garantizado con miras al bien común, al interés general por sobre lo particular.

Centrándonos en un enfoque integracionista, una vez más se evidencia el indiscutible rol de la jurisprudencia en estos procesos regionales, viendo cómo va dando claros pasos hacia la interrelación de sus miembros, marca posición, y resuelve conflictos en los que su voz como Tribunal se reconoce válida para tal fin, estableciendo un espacio común de interpretación, que armoniza y unifica conceptualizaciones en miras de profundizar la integración, mediante la aprobación de sus miembros.

⁵⁶Considerando 57, Asunto C-136/17, EU:C:2019:773.

Otra observación que surge del análisis de estas sentencias, y en sintonía con lo expuesto en el párrafo anterior, la encontramos en que en todas el TJUE incorpora en sus considerandos la interpretación de las tensiones jurídicas planteadas a la luz del articulado del RGPD, en vigencia desde el 25 de mayo de 2018, y si bien advierte que no es de aplicación en los casos por no encontrarse vigente al momento de los hechos, aún así decide resolver sobre esa inteligencia “con el fin de garantizar que sus respuestas sean, en todo caso, útiles para el órgano jurisdiccional remitente”⁵⁷. Este punto demuestra la fuerza y la importancia del Tribunal en la consolidación de los principios del derecho de la UE, así como las características propias del sistema comunitario, y resalta la vital función del juez nacional en la aplicación del derecho de la UE, como eje principal del crecimiento institucional de la Unión.

Concluyendo, entonces, el rol del TJUE en el proceso permanente de construcción y fortalecimiento europeo es actual, persistente y concreto, y se erige como el actor principal del éxito de la región, al ser el veedor en la solución de diferencias en todo su ámbito de competencia, por revestir de potestad comunitaria a los jueces nacionales como factores fundamentales en la incorporación del derecho derivado en la vida cotidiana de los ciudadanos de la UE. Enfoque este que sería sensato fuera replicado en otros procesos de integración, como el caso del Mercosur, a la hora de repensar sus endeble estructuras.

Luego, al resaltar el derecho al olvido con su consagración jurisprudencial y tras la posterior reglamentación a nivel Unión Europea, el Derecho de la Unión nos interpela a trabajar en los espacios locales para pregonar por ese derecho que, aunque sea en mínima expresión, pueda limitar la fuerza y el poderío que encarnan las corporaciones cibernéticas de hoy en día, que actúan como un feudalismo vernáculo, de carácter digital. Probablemente se trate del último freno posible, o al menos un intento para preservarnos: un derecho en general no regulado, que se presenta como un recurso plausible ante el avasallamiento de nuestra identidad y autonomía digital.

En definitiva, la revolución 4.0; 5.0, y las que vengan, son parte del coexistir humano en este Siglo XXI, que tiene al ciberespacio como el lugar común de un devenir en que

⁵⁷ Considerando 33, Asunto C-136/17, EU:C:2019:773; Considerando 41, Asunto C-507/17, EU:C:2019:772; Considerando 41, Asunto C-673/17, EU:C:2019:801, aunque en este caso con diferente análisis ya que advierte que el Reglamento deba ser tenido en cuenta por la fecha en que toque resolver el litigio principal.

todos quedamos registrados. Las tecnologías de información y comunicación cumplen un rol determinante en la economía y en la sociedad en su conjunto, lo que permite un mayor desarrollo y evolución en cuanto a la digitalización de esferas privadas, adquiriendo las personas la calidad de “internautas”, dejando cual huella indeleble la información que publicamos y compartimos por internet o que otros comparten por nosotros; generando una identidad digital que se presenta expuesta a todos. Ya no podemos escapar a su intromisión en la vida cotidiana. En este escenario el derecho al olvido es la llave para permitir dejar atrás lo que es del pasado, actualizando lo vigente, sin que ello nos aplaste en nuestra esencia como persona, sin que los grandes emporios cibernéticos nos arrastren a lo indigno por datos que nos evocan y convocan, pero no podemos controlar.

“...[T]odos estamos inmersos en una narrativa inmensa, el mayor emprendimiento de la representación en la historia: Google. Google es la contranovela de la novela humana. Organiza e indexa todo lo que hiciste, lo que deseas y lo que aún no sabes que vas a desear, las estadísticas de tus amores y de tus odios, la posibilidad de tus futuros. Los personajes, es decir, los usuarios, cada día son más, y cada día escriben más: cada uno se interpreta a sí mismo. El género de los personajes que llenan una autoficción, jugar a ser reales. Somos los personajes que llenan la novela omnisciente que se indexa y organiza la lectura para otros lectores, que no son humanos. Estos lectores también buscan algo real, algo mucho más real y preocupante, que lleva a la vigilancia, al control.”⁵⁸

⁵⁸POLA, O, *Mona*, p.93.

Bibliografía

BARICCO, ALESSANDRO, *The Game*, Barcelona, Anagrama, 2019, Traducción Xavier González Rovira. Edición original: *The Game*, Torino, Giulio Einaudi Editore, 2018.

GUICHOT, EMILIO, El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español, “Revista de Administración Pública”, 209, p.45 a 92, 2019, doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.02>

HARVARD LAW REVIEW, Recent cases. Internet law — Protection of personal data — Court of Justice of the European Union creates presumption that Google must remove links to personal data upon request. — Case C-131/12, *Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos* (May 13, 2014), Vol. 128, p:735 a 741.

LETURIA, FRANCISCO, Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos fundamentos?, “Revista chilena de derecho”, vol. 43, nº 1, abril 2016 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100005>

LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, La protección de datos personales en la más reciente jurisprudencia del TJUE: los derechos de la CDFUE como parámetro de validez del derecho europeo, y su impacto en la relación transatlántica UE-EUUU, “UNED. Teoría y Realidad Constitucional”, nº 39, p. 557 a 581, 2017.

MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, MÓNICA, Los nuevos límites al derecho al olvido en el sistema jurídico de la Unión Europea: la difícil conciliación entre las libertades económicas y la protección de datos personales, “Estudios de Deusto” 65, Nº 2: 00-00, 2017, doi: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(2\)-2017pp139-176](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp139-176).

MORENO BOBADILLA, ÁNGELA, El derecho al olvido digital: una brecha entre Europa y Estados Unidos, “Revista de Comunicación”, vol. 18, nº 1, ene.-jun., 2019, <http://dx.doi.org/10.26441/RC18.1-2019-A13>

OLOXARAC, POLA, *Mona*, Buenos Aires, Penguin Random House Grupo Editorial, 2019.

PLATERO ALCÓN, ALEJANDRO, El derecho al olvido en internet. El fenómeno de los motores de búsqueda, "Opinión Jurídica", vol. 15, n° 29, ene.-jun. 2016, p. 243 a 260. Medell.

Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH