

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

Año VIII – Nr. 2 – 2º semestre 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° 2 – segundo semestre 2020

ISSN: 2346-9196

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

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

DIRECTOR

CALOGERO PIZZOLO

Catedrático *Jean Monnet* – Universidad de Buenos Aires, Argentina

CONSEJO ACADÉMICO

PAOLA ACOSTA (Universidad del Externado de Colombia, Colombia)

JOSÉ MARÍA SERNA (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

JAVIER PALUMMO (Universidad de la República, Uruguay)

CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO (Universidad de Alcalá de Henares, España)

MARCELLO DI FILIPPO (Universidad de Pisa, Italia)

ROBERTO CIPPITANI (Universidad de Perugia, Italia)

JAVIER GARCÍA ROCA (Universidad Complutense de Madrid, España)

LAURENCE BURGORGUE LARSEN (Universidad de París I, Francia)

LAURA MONTANARI (Universidad de Udine, Italia)

VALENTINA COLCELLI (Consiglio Nazionale delle Ricerche, Italia)

FABRIZIO FIGORILLI (Universidad de Perugia, Italia)

PABLO PODADERA RIVERA (Universidad de Málaga, España)

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ (Universidad de Granada, España)

ALFREDO SOTO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

SANDRA NEGRO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

CONSEJO EDITORIAL

ANDREA MENSA GONZÁLEZ (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

FEDERICO TABOADA (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

JEREMÍAS BRUSAU (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

ROCÍO E. BUOSI (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Índice

Editorial /

Palabras del Director	5
-----------------------	---

Doctrina /

Protección multinivel en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿cómo interpretar el artículo 53?	8
--	---

CALOGERO PIZZOLO

La protección de datos personales de salud en Perú en el contexto Covid-19	49
--	----

RAÚL VÁZQUEZ RODRÍGUEZ

Efectos de la pandemia sobre las mujeres migrantes en la región: la necesaria inclusión de la perspectiva de género en la gobernabilidad migratoria	72
---	----

ESTEFANÍA GIACCONE

El derecho a la unidad familiar como garantía en el procedimiento migratorio	97
--	----

MATÍAS NICOLÁS PASCUAL

El derecho a ser oído como garantía del debido proceso en procedimientos migratorios que involucran a niños, niñas y adolescentes	137
---	-----

MELINA MALUF MARTINEZ

Menores migrantes que aduzcan o se presuma la condición de refugiado: deben adquirir de inmediato ese carácter	177
--	-----

HUGO ALEJANDRO BERMÚDEZ MANRIQUE

Principio de no devolución: ¿emerge una norma jus cogens?	202
---	-----

EZEQUIEL M. RODRÍGUEZ MIGLIO

Expulsiones colectivas y principio de no devolución	222
---	-----

LUCAS AGUSTÍN PAPINI

Protección de inmigrantes y requirentes de asilo en el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos: “el principio de no devolución y el Estado”	266
--	-----

ROCÍO YASMÍN CURA

Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los Principios de Yogyakarta y su gravitación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	283
--	-----

VICTORIA ZAPPINO VULCANO

Desplazamiento forzado en el contexto de desastres y cambio climático: experiencias de protección a partir del caso Haití	310
---	-----

RAÚL GUALTRUZZI

Mercosur, democracia y derechos humanos	362
CAMILA RISTOFF – ROCÍO BELÉN MARTÍNEZ	
Comentarios a Jurisprudencia/	
Las expulsiones colectivas en el caso “N. D. y N. T. vs. España” de la Gran Sala ¿Un giro inexplicable?	388
ANABEL SOLEDAD PAPA	
Análisis del caso “NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford”	419
GABRIELA MINAGGIA	
Sentencia del Tribunal de Justicia de La Unión Europea (Sala Tercera) 16 de Julio de 2020. Asuntos Acumulados C -133/19; C- 136/19 Y C137/19	434
JAZMÍN BLANCHIMAN	
El principio de no discriminación y el derecho a la libertad religiosa a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	449
SOFÍA TONELLI	
Jurisprudencia reciente del TJUE en materia de garantías procesales. Comentario a las sentencias recaídas en los asuntos C-659/18; C-615/18; C-187/19 y C-634/18.	476
JEREMÍAS BRUSAU – ROCÍO E. BUOSI	

Editorial/ Palabras del Director

Estimadas/os lectores:

Les presentamos el número de la Revista IR&DH correspondiente al segundo semestre 2020. Se trata de la segunda entrega desde que se inició la pandemia, lo cual lleva a un agradecimiento especial a todos aquellos que, dejando de lado circunstancias adversas de todo tipo, han participado con sus aportes y conocimiento colaborando con nosotros.

En el presente número encontrarán una colaboración sobre una cuestión central en el debate sobre los sistemas de derechos concurrentes en Europa, que involucra directamente a los Tribunales Constitucionales en su relación con el Tribunal de Justicia. A continuación, presentamos una selección de trabajos desarrollados en el marco de en uno de los Seminarios de posgrado *on line* organizados por el Centro de Excelencia IR&DH y cofinanciado por la Unión Europea durante la primera parte del año pasado referido a “Corrientes migratorias y protección de refugiados en los procesos de integración regional”. De esta experiencia integradora participaron numerosos colegas, investigadores, jueces, magistrados y funcionarios públicos de toda América Latina. Ello permitió un enriquecedor debate en torno a las cuestiones migratorias en el Sistema Interamericano y la Unión Europea. Sin dejar de lado las consecuencias originadas en la pandemia y su impacto en los flujos migratorios y los derechos humanos en particular. En este sentido, se presentan trabajos sobre la protección de datos personales de salud en Perú en el contexto Covid-19; los efectos de la pandemia sobre las mujeres migrantes en la región y la necesaria inclusión de la perspectiva de género en la gobernabilidad migratoria; el derecho a la unidad familiar como garantía en el procedimiento migratorio; el derecho a ser oído como garantía del debido proceso en procedimientos migratorios que involucran a niños, niñas y adolescentes; y el caso de menores migrantes que asumen la condición de refugiado.

Otras colaboraciones se enfocan en el principio de no devolución y la prohibición de expulsiones colectivas tanto en el Sistema Interamericano como en el Sistema Europeo. Se nos propone, además, un análisis sobre el citado

principio vinculado a las normas “*ius cogens*”, o bien a la protección de inmigrantes y requirentes de asilo.

Finalmente, proponemos unas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los Principios de Yogyakarta y su gravitación en el Sistema Interamericano; el desplazamiento forzado en el contexto de desastres y cambio climático a partir del caso de Haití; y la actualidad del Mercosur vinculada a la democracia y los derechos humanos.

En cuanto a la jurisprudencia vinculada a la integración regional y los derechos humanos, especial atención merece el giro jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de prohibición de expulsiones colectivas en la sentencia de Gran Sala en el caso “N. D. y N. T. c. España”. Sigue una interesante sentencia del Tribunal de Justicia sobre la tutela de los derechos en el ámbito laboral del colectivo LGBTI. También de los jueces de Luxemburgo, una polémica sentencia sobre unidad familiar, así como un recorrido sobre recientes pronunciamientos vinculados al principio de no discriminación y el derecho a la libertad religiosa, para culminar con un comentario a la jurisprudencia actual en materia de garantías procesales.

Finalmente, para facilitar el acceso a los contenidos de la Revista, incorporamos a continuación accesos a videos, el primero de ellos con una exposición del suscripto sobre las consecuencias de la coexistencia de distintos sistemas de protección de los derechos humanos –vinculado con el primer artículo de este número– y el segundo con la exposición del Dr. Porrás Ramírez en el Seminario “Corrientes Migratorias y Protección de Refugiados en los Procesos de Integración Regional”, en la que aborda la regulación europea sobre protección de migrantes. Cabe recordar que todas las sesiones se encuentran grabadas y disponibles en la cuenta de Facebook del Centro.



Dr. Calogero Pizzolo



Doctrina/

PROTECCIÓN MULTINIVEL EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. ¿CÓMO INTERPRETAR EL ARTÍCULO 53?¹

Calogero Pizzolo²

Fecha de recepción: 30 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 17 de febrero de 2021

Resumen

El presente artículo aborda la problemática relación interordinamental en la UE originada en la tutela multinivel de los derechos. Concentrándose en la relación entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales español e italiano se toma como eje el dilema Melloni y su proyección en la saga Taricco. Se profundiza en la importancia nuclear del artículo 53 (CDFUE) para la construcción de un sistema de derechos de la UE fundado en los consensos mínimos que permite un diálogo entre Cortes. Plantea la necesidad de una primacía del DUE integrada con las tradiciones constitucionales comunes mencionadas en el artículo 4.2 (TUE).

Palabras clave: Carta de Derechos Fundamentales de la UE – Relaciones interordinamentales – Protección multinivel de derechos – Tribunal de Justicia – Tribunal Constitucional español – Corte Constitucional italiana

Title: Multilevel protection in the Charter of Fundamental Rights of the European Union: How to interpret Article 53?

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 (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina). Catedrático *Jean Monnet* de Derecho Público Europeo.

Abstract

This article deals with the problematic relationship between legal orders in the EU arising from the multilevel protection of rights. Concentrating on the relationship between the Court of Justice and the Spanish and Italian Constitutional Courts, it focuses on the Melloni dilemma and its projection in the Taricco saga. It explores the central importance of Article 53 (CFREU) for the construction of a system of EU rights based on the minimum consensus that allow for a dialogue between Courts. It raises the need for a primacy of the EUD integrated with the common constitutional traditions mentioned in Article 4(2) (TEU).

Keywords: EU Charter of Fundamental Rights - Inter-regional relations - Multi-level protection of rights - Court of Justice - Spanish Constitutional Court - Italian Constitutional Court.

I. La salvaguarda de la primacía del DUE y el dilema *Melloni*: admitir o no un nivel menor de protección en la interpretación de derechos

Cuando el Tribunal Constitucional español presentó su primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia mediante ATC 86/2011, de 9 de junio³, el

³ Entre las numerosas colaboraciones que trataron esta presentación ver AGUILAR CALAHORRO A. (2011), *La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, año XVIII, Nº 16, p. 471-512; GAMBINO, S. (2014). *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, Nº 13/14, accesible en: [http://www.osservatorioaic.it/il-caso-melloni-e-l-interpretazione-dell-art-53-della-carta-dei-diritti-fondamentali-dell-unione-europea-tra-corte-di-justizia-e-tribunale-costituzionale-spagnolo.html](http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=26474&dpath=document&dfile=23062014174633.pdf&content=Livello+di+protezione+dei+diritti+fondamentali+(fra+diritto+dell%E2%80%99Unione,+convenzioni+internazionali,+costituzioni+degli+Stati+membri)+e+dialogo+fra+le+Corti.+stato+dottrina+LACOMETTI, M. <i>Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo</i>, accesible en: <a href=); y CIVELLO CONIGLIARO S., LO FORTE S. (2013). *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*; "Diritto penale contemporaneo"; TORRES

contenido de un largo debate doctrinario⁴ asumió, *per se*, la forma de un complejo dilema presentando con toda crudeza al juez constitucional: en un escenario de *protección multinivel* de los derechos –caracterizado por la fragmentación jurídica y la consiguiente pluralidad interpretativa–, se *debe* o no admitir una protección de los derechos *menor* de la reconocida en la Constitución.

A partir de la finalización de la Segunda Guerra mundial, con la evolución de los sistemas internacionales de protección, y la consolidación de los tribunales internacionales allí previstos, se planteó un escenario de *pluralismo normativo* que no tardó en manifestarse en un *pluralismo argumental* para explicar el alcance de derechos que obtienen un *común* o *simultáneo* reconocimiento formal.⁵ En este contexto cobran relevancia las denominadas “cláusulas de mínimos” que, por un lado, garantizan un *piso* en la protección en el nivel internacional pero, a la vez, no excluyen una protección *mayor* en otro

PÉREZ, A. (2014). *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*. European Constitutional Law Review, Volumen 10, N° 2, pp. 308-331.

⁴ Entre los muchos autores que han tratado la cuestión de la interpretación y alcance de los derechos en un escenario de protección multinivel con particular referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) se puede consultar a SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA J.J. (2014). *Constitución y orden constitucional en la Unión Europea*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 119, pp. 57-80; WEBER, A. (2002). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Revista Española de Derecho Constitucional, N° 64, pp. 79-97; RUBIO LLORENTE F. (2002). *Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)*. Revista Española de Derecho Constitucional, N° 64, p. 13 a 52; OLIVER LEÓN, B. (2003). *La Carta De Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 119, pp. 221-259; DÍAZ CREGO M. (2009). *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*; GARCÍA ROCA J. (2003). *Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Centro n° 119, pp. 165-190; LÓPEZ CASTILLO A. (2001). *Algunas consideraciones sumarias en torno a la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 113, pp. 43-74; ALONSO GARCÍA R. (2001). *El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Cuadernos de Derecho Público, N° 13, pp. 13-43; GAMBINO S. (2012), *Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea*. Revista de Derecho Constitucional Europeo, año IX, N° 18, pp. 55-94; y SAIZ ARNAIZ A. (2001). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?*. Cuadernos de Derecho Público, N° 13, pp. 153-170.

⁵ Véase PIZZOLO, C. (2007), *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos*. *El diálogo judicial*, Buenos Aires: Astrea.

nivel internacional o nacional.⁶ En otras palabras, de frente a la fragmentación no se propone un *techo* en la protección sino un *acuerdo* para otorgar la protección mayor en beneficio de la persona (*pro homine*).

Sin embargo, el dilema en cuestión no se presenta –al menos en la compleja forma que lo estudiamos– con relación al derecho internacional de los derechos humanos. El Tribunal Constitucional español en el asunto *Melloni* (2013) debía resolver sobre *interpretaciones divergentes* no en relación –por ejemplo– con el CEDH interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), sino sobre el derecho de la UE (DUE) interpretado por el Tribunal de Justicia.⁷ Este último un derecho *autónomo* que presenta una naturaleza supranacional que le es propia. Naturaleza representada por los principios de *primacía* y *efecto directo*.⁸

En palabras de CARTABIA –ex presidenta de la Corte Constitucional italiana–, la complejidad del sistema de tutela de los derechos fundamentales, en el espacio constitucional europeo, se ha convertido en una realidad urgente y con una elevada tasa de problematicidad, a causa de la concreta actuación de las jurisdicciones llamadas a garantizar los derechos de las personas (CARTABIA, 2009: p. 12). Constituciones nacionales, CDFUE y CEDH⁹ concurren indudablemente al reforzamiento del sistema de garantías. Y, sin embargo, “sus relaciones recíprocas lejos están de ser lineales e inmediatas”. Ante todo, afirma

⁶ Es el caso del artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), o bien del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

⁷ Para una evolución en el tiempo del ordenamiento jurídico de la hoy UE, véase PIZZOLO C. (2010), *Derecho e Integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*, Buenos Aires: Ediar.

⁸ En opinión de DÍAZ CREGO, existen diferencias notables entre ambos derechos. En efecto, los sistemas internacionales de protección son sistemas *subsidiarios*, la situación en la UE “es radicalmente distinta”. El sistema de protección comunitario está llamado a aplicarse como sistema “principal o protagonista” y, por lo tanto, está obligado a interactuar con los sistemas nacionales de protección del mismo modo que el resto del ordenamiento de la UE interactúa con el ordenamiento nacional. Esto es, bajo las premisas de autonomía, efecto directo y primacía (Cfr. DÍAZ CREGO (2009), *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus Editorial, pp. 228 a 231).

⁹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma en 1950 en el ámbito de la organización regional del Consejo de Europa, es calificado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que crea como “instrumento constitucional de orden público europeo” (cfr. STEDH de 4 de marzo de 1992, *Christomos c/Turquía*, párrafo 22). Véase GARCÍA ROCA J. (2012). *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales*. Teoría y Realidad Constitucional, N° 30, pp. 186-187.

CARTABIA, porque el elenco de los derechos incluidos en cada uno de estos documentos no es “perfectamente” encuadrable al de los otros. En segundo lugar, por la “inevitable divergencia interpretativa” que surge de la jurisprudencia y la aplicación práctica de cada uno de estos derechos: la ponderación (*bilanciamento*) entre derechos e intereses contrapuestos que se vuelve necesario de frente a las exigencias de cada controversia en particular, “puede conducir a recorridos hermenéuticos divergentes también de frente a textos formulados en términos aparentemente análogos”. En suma, concluye CARTABIA, por qué cada sistema de tutela de los derechos responde a una *ratio* y una finalidad diversa: una cosa es una Constitución nacional, fundamento y ápice de todo el ordenamiento estatal; otra el CEDH que procura asegurar un estándar mínimo común a los Estados partes y “opera solo en vía subsidiaria respecto de las garantías nacionales”; y otra es la CEDFUE que “opera en ámbitos limitados, pero tiende a procurar en dichos ámbitos un estándar común y uniforme de tutelas de los derecho entre los Estados miembros”.

El dilema aparece entonces cuando, los jueces de Luxemburgo, quienes reclaman la *competencia exclusiva* en la interpretación del DUE de modo de garantizar su aplicación uniforme en los veintisiete Estados miembros de la UE, interpretan un derecho *interconectado* a un derecho nacional de manera más *restrictiva* que los jueces constitucionales quienes, al mismo tiempo, tienen la última palabra en la interpretación del sistema constitucional de derechos.

El asunto *Melloni* y sus derivaciones, dejan en evidencia los problemas que debe enfrentar, en una materia común como los derechos fundamentales, una comunidad de intérpretes finales integrada por los jueces constitucionales y los jueces de Luxemburgo actuando todos ellos bajo la sombra de los jueces de Estrasburgo, en el tan mentado triángulo jurisdiccional europeo.

RUBIO LLORENTE, en una colaboración con un título sugestivo y premonitorio, ya adelantaba hace más de una década los problemas mencionados en el asunto *Melloni*. Para el autor citado –quien se muestra crítico

con la redacción del artículo 53 (CDFUE)¹⁰—, interpretada conforme a su “tenor literal”, dicha norma, “impide” al Tribunal de Justicia apoyarse en la CDFUE, “para invalidar medidas adoptadas por los Estados, cuando tales medidas impliquen una protección de los Derechos *más intensa* que la asegurada por ésta, pero así entendido *carece de sentido* (RUBIO LLORENTE, 2002: pp. 13-52). Por definición, no es aplicable a los actos que los Estados realicen al margen totalmente del Derecho de Europeo, puesto que respecto de ellos el TJ [Tribunal de Justicia] no tiene competencia alguna, pero *tampoco puede aplicarse a los actos sujetos a su control sin destruir el sistema*. Si al enjuiciar el respeto a los Derechos de los actos estatales que aplican las normas europeas, el Tribunal de Justicia hubiera de tomar en consideración la intensidad de la protección que cada Estado otorga, cuando es mayor que la dispensada por el Derecho de la UE, *ese tribunal no actuaría ya como un órgano de ésta, sino del Estado, y saltaría en pedazos el principio básico del sistema*” (RUBIO LLORENTE, 2002: p. 43).

Destaca UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA que el “problema-dilema del parámetro iusfundamental” queda expuesto como sigue: ¿debe enfocarse la tutela de los derechos fundamentales ante una actividad estatal realizada en aplicación del DUE, *necesaria y exclusivamente*, desde el sistema de los derechos fundamentales de la UE, o hay un *margen* para utilizar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales? ¿Y si lo hay, con qué *límites*? (UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, 2013: p. 403).

GARCÍA SÁNCHEZ, en su comentario al asunto *Melloni*, resalta que el mismo pone de manifiesto un problema que ya se había manifestado hace algunos años en el ámbito de la cooperación jurídica internacional. Refiere a la existencia de un *pluralismo constitucional* en el que se van a plantear problemas tanto para los tribunales nacionales como para los europeos. De este modo, nace “una

¹⁰ La norma citada dice: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

confrontación entre los órdenes constitucionales internos y el orden comunitario. Dificultades derivadas, por un lado, de la *conurrencia* de las distintas normas de protección de los derechos humanos que tenemos en el panorama europeo (CEDH, CDFUE, constituciones nacionales); y por otro, de las *distintas interpretaciones* otorgadas por los diversos tribunales concurrentes para proteger los derechos fundamentales (TEDH, TJUE, tribunales constitucionales nacionales). Se trata, en definitiva, de la *falta de homogeneización existente en la protección de los derechos fundamentales en el espacio europeo*, que se pueden vulnerar en los procedimientos de entrega europeos, que dificulta, a su vez, la implantación del principio de reconocimiento mutuo y, en consecuencia, la cooperación judicial internacional” (GARCÍA SÁNCHEZ, 2013: p. 1152).

II. Las tres cuestiones planteadas por el Tribunal Constitucional español en la cuestión prejudicial y la respuesta del Tribunal de Justicia

El Tribunal Constitucional español concretamente plantea tres cuestiones prejudiciales, mediante el ATC 86/2011, de 9 de junio, sobre la validez e interpretación en relación a la CDFUE, de la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero¹¹ (DM), destinada a *reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo* de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia.

La *primera* cuestión se centra en la interpretación que se debe de adoptar sobre la regulación de la entrega de condenados en rebeldía realizada en el artículo 4 bis introducido por la DM 2009.¹² Plantea el Tribunal Constitucional

¹¹ DOUE L 81/24, de 27 de marzo de 2009. Por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI.

¹² En palabras del propio TCES: “El art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?” (cfr. ATC 86/2011, de 9 de junio).

español si dicha norma *impide condicionar la entrega o lo que impide es la denegación pero no la entrega imponiendo una condición.*

Se ha escrito que la formulación de dicha cuestión apunta a mantener, por parte de los jueces constitucionales españoles, una *actitud deferente* respecto de la integridad de la función del Tribunal de Justicia que es quien debe *garantizar* una interpretación uniforme del DUE. Estos jueces se preguntan sobre la compatibilidad de su doctrina con el DUE, “y lo hace a quien puede responder con toda la autoridad necesaria”.(TORRES MURO, 2013, p. 356)¹³

La segunda cuestión, se centra sobre la validez de la citada DM a la luz de los derechos de defensa recogidos en la CDFUE y en el CEDH.¹⁴ Esto es, cuál sería el alcance de la protección europea sobre los derechos de defensa y si dicha protección es *compatible* con la otorgada por el nuevo artículo 4 bis introducido por la DM de 2009. El Tribunal Constitucional español pretende aquí “arrastrar” al Tribunal de Justicia a su terreno, y convencerle no sólo de que la DM es incompatible con el artículo 24 (constitución española), “tal y como él lo ha venido interpretando, y que es esta manera de ver las cosas la que debe prevalecer”. Sino de que lo es también con el derecho originario de la UE, en particular la CDFUE, “exportando así al ámbito europeo la doctrina española sobre la necesidad de que el acusado esté presente siempre en el juicio, cuando del mismo se pueda derivar una condena grave”. Se trata de que el Tribunal de Justicia interprete derechos reconocidos por la CDFUE (arts. 47 y 48), “como nuestro Tribunal ha interpretado” (TORRES MURO, 2013: p. 357).

En palabras de ARROYO JIMÉNEZ, el Tribunal Constitucional español expone, en primer lugar, “cuál es su propia interpretación del contenido del derecho fundamental controvertido y las razones en las que la sustenta,

¹³ En el mismo sentido, ARROYO JIMÉNEZ (2011), *Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias*. WP IDEIR N° 8, p. 8.

¹⁴ Según el propio TC: “En caso de que la primera cuestión se responda afirmativamente, ¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?” (ATC 86/2011, de 9 de junio). Hasta entonces el Tribunal de Justicia no se había pronunciado acerca del sentido específico de los artículos 47 II y 48.2 (CDFUE) y su correspondiente proyección sobre las sentencias de condena impuestas en ausencia por delitos muy graves.

proporcionando así al Tribunal de Justicia *una imagen precisa acerca del nivel de protección que le dispensa el Derecho interno*, para pasar a continuación a formular las dudas que surgen acerca del nivel de protección que se deriva del Derecho de la Unión y, en particular, de los arts. 47 y 48.2 [CDFUE]” (ARROYO JIMÉNEZ, 2011: p. 9)¹⁵.

Finalmente, la tercera y última cuestión prejudicial planteada –a la que se le asigna un “evidente carácter constitucional” (ARROYO JIMÉNEZ, 2011: p. 16)–, de manera subsidiaria, esto es, para el caso de que las anteriores se contestaran afirmativamente, se centra en la interpretación que se debe otorgar al artículo 53 (CDFUE) que estudiamos.¹⁶ En este sentido, los jueces constitucionales españoles cuestionan si esta norma permite a los Estados otorgar un *mayor nivel* de protección a los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros, mayor que el interpretado por los órganos europeos según el DUE; o, por el contrario, se debe interpretar como una norma que trata de establecer un *igual nivel* de protección en todos los Estados de la UE.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional español también *ofrece* al Tribunal de Justicia –con la firme intención de iniciar con éste un diálogo– las distintas interpretaciones que pueden desprenderse del artículo 53 (CDFUE).

En primer lugar, señala que la norma en cuestión se puede interpretar como un *estándar de mínimos* –como la contenida en el art. 53 (CEDH)–, y en este sentido se permite a los Estados *ofrecer un mayor nivel de protección*. Esta interpretación es la que ha seguido el Tribunal Constitucional español cuando aplica la doctrina sobre las entregas condicionadas de los condenados *in absentia*.¹⁷

¹⁵ Sin resaltar en el original.

¹⁶ De acuerdo con el Tribunal remitente: “En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?” (ATC 86/2011, de 9 de junio).

¹⁷ El Tribunal Constitucional español ya había avanzado en este sentido en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre.

Usando las palabras de los jueces constitucionales: “En este caso el art. 53 [CDFUE] permitiría a un Estado miembro *justificar una excepción* a la obligación de ejecución de una orden de detención europea, o, como ocurre en el presente supuesto, *justificar la licitud de su ejecución condicionada al objeto de evitar una interpretación limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por su Constitución*, sin que, por lo demás, ese mayor nivel de protección característico de un determinado sistema nacional tenga necesariamente que *generalizarse* mediante su asunción por parte del Tribunal de Justicia”.¹⁸

Parece claro, apunta ARROYO JIMÉNEZ, que esta primera interpretación del citado artículo 53, al proporcionar una *armonización de mínimos* en lugar de un sistema uniforme de tutela, “rebaja las aspiraciones de integración en materia de protección de los derechos fundamentales mediante el reconocimiento de un espacio considerable de actuación a las Constituciones de los Estados miembros y a sus jurisdicciones constitucionales incluso en aquellos casos en los que nos encontremos dentro del ámbito de aplicación de la [CDFUE]” (ARROYO JIMÉNEZ, 2011: p. 11).

En segundo lugar, se propone considerar al artículo 53 (CDFUE) como una norma que establece un *nivel común de protección* en materia de derechos fundamentales, con lo que los Estados miembros deben de otorgar el mismo alcance a cada derecho fundamental. Ello conllevaría una *merma* de protección de los derechos fundamentales, sobre todo en los Estados en los que, como en España, se ofrece un mayor nivel de protección, concretamente en lo que al derecho de defensa corresponde.

Si bien es cierto que esta segunda interpretación favorecería la implantación del principio de reconocimiento mutuo e impulsaría una mayor cooperación jurídica internacional, con la consiguiente lucha más intensa contra la impunidad, por otra parte, supondría el reconocimiento de que la CDFUE puede dar lugar en los Estados miembros a la *reducción* del nivel de protección de los derechos fundamentales que se deriva de sus normas constitucionales.

¹⁸ ATC 86/2011, 9/06/11, párrafo 7.a). Sin resaltar en el original.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional español ofrece una *interpretación mixta* del artículo 53 (CDFUE). Así alude a que se trataría de “alguna forma de integración de las dos primeras [interpretaciones]”. El artículo 53 (CDFUE) operaría, “bien como una cláusula de estándar mínimo de protección –capaz, por tanto, de ser desplazada por una disposición constitucional interna que proteja más intensamente el correspondiente derecho fundamental–, o bien como una cláusula que impone una solución común uniforme en todo el territorio –aun a costa de posibilitar, en su caso, una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales–, según las características que presente y el contexto que subyazca al concreto problema de protección de los derechos fundamentales de que se trate. Podría, en efecto, pensarse, que esa alternativa de principio pudiera ser resuelta de forma distinta según que nos encontráramos ante un conflicto entre derechos fundamentales, o entre un derecho fundamental y algún otro principio general del Derecho de la Unión Europea reconocido fuera de la [CDFUE], o, en fin, que la estructura normativa de cada uno de ellos tuviera alguna relevancia en cuanto a la posibilidad de admitir un mayor nivel de protección por parte de las Constituciones de los Estados miembros”.¹⁹

El Tribunal de Justicia va a responder²⁰ a la cuestión prejudicial planteada *blindando* sus argumentos a la influencia argumental del Tribunal Constitucional español –despreciando así la propuesta de diálogo– y, por tanto, *cerrando* el debate en torno a *quién* es la autoridad interpretativa en la materia en cuestión.

Al quedar la última palabra en los jueces de Luxemburgo –palabra que asume la expresión de un áspero monólogo–, se reafirma con toda crudeza el carácter *absoluto* de la primacía del DUE. De este modo, el Tribunal de Justicia parece alejarse completamente de cualquier solución *maximalista*, esto es, rechazando adaptarse al mayor nivel de protección que ofrezca un Estado parte de la UE. Por el contrario, se reclama para la UE un sistema de derechos

¹⁹ ATC 86/2011, 9/06/11, párrafo 7.c).

²⁰ TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107.

fundamentales propio y autónomo reafirmando para sí una entidad constitucional.

Al respecto escribe DÍAZ CREGO que, el carácter con que el Tribunal de Justicia entiende el principio de primacía, unida a su jurisprudencia sobre la autonomía del ordenamiento de la UE, parecen propugnar una comprensión comunitaria del principio de primacía “no como mera regla de conflicto entre normas, sino como demanda de supremacía normativa, esto es, de superioridad jerárquica del ordenamiento comunitario sobre los ordenamientos nacionales” (DÍAZ CREGO, 2009: p 31).

Como “conclusión lapidaria” podemos decir, afirma MACÍAS CASTAÑO, que la respuesta dada por el Tribunal de Justicia contradice de manera total y absoluta todos y cada uno de los planteamientos con que el Tribunal Constitucional español había sostenido sus dudas de validez e interpretación del DUE. Así, el Tribunal de Justicia “se expresó con gran contundencia, que contrastaba con el tono medido y «políticamente correcto» con el que el [Tribunal Constitucional español] se había manejado al confrontar «primacía» y «supremacía», en la Declaración 1/2004”. Ello se puso de manifiesto, sobre todo, concluye el autor citado, en relación con la propuesta proporcionada respecto a la última cuestión prejudicial planteada –la tercera– “que lo dejaba en una difícil posición a la hora de dictar la sentencia del recurso de amparo” (MACÍAS CASTAÑO, 2014: p. 132).

Enfocándonos en la tercera cuestión, esto es, sobre la interpretación del artículo 53 (CDFUE), el Tribunal de Justicia “es especialmente duro” con las pretensiones dialógicas del Tribunal Constitucional español (TORRES MURO, 2013: p. 364).

En efecto, el Tribunal de Justicia –en consonancia con lo argumentado por el Abogado General– rechaza *rotundamente* la primera interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional español. Esto es, aquella que interpretaba el artículo 53 como un *estándar de mínimos*; de tal manera, que los Estados pudieran ofrecer un nivel de protección superior al del derecho de la UE. En

palabras de los jueces de Luxemburgo: “No puede acogerse esa interpretación del artículo 53 [CDFUE]”.²¹

Lo dicho con fundamento en dos motivos: a) apunta el Tribunal de Justicia que de seguirse dicha interpretación se menoscabarían los *principios de primacía, unidad y efectividad* del derecho de la UE; y b) dicha interpretación iría en contra de la finalidad de la DM de 2002, que es superar las dificultades del principio reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en ausencia, armonizando las condiciones de ejecución de una orden en estos casos, y reflejando, a su vez, el consenso alcanzado en este ámbito por los Estados miembros de cara a establecer una uniformidad en el nivel de protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, concluye el Tribunal de Justicia, “permitir que un Estado miembro invocara el artículo 53 [CDFUE] para subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición, no prevista por la Decisión marco 2009/299, de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, *para evitar que se lesionen el derecho a un proceso con todas las garantías y los derechos de la defensa protegidos por la Constitución del Estado miembro de ejecución*, conduciría, al poner en *cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo, que ésta pretende reforzar, y por consiguiente a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco*”.²²

Pérez Tremps –reconocido especialista en relaciones interordinamentales e integrante del Tribunal Constitucional español– ya había señalado en el ATC 86/2011 que, los Estados miembros de la UE, “comparten una cultura de los derechos fundamentales”. Dicha cultura se ha elaborado y se sigue elaborando en su seno a través de un “parámetro común” (cfr. art. 6.2, TUE) derivado de diversos elementos: las previsiones normativas del DUE, las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el sometimiento de todos esos países al sistema de

²¹ TJUE, sentencia de 23 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, apartado 57.

²² *Ídem*, apartado 63. Sin resaltar en el original.

protección y garantía que ofrece, en el seno del Consejo de Europa, el CEDH y la tarea que a su amparo lleva a cabo el TEDH (cfr. preámbulo de la CDFUE). En la cultura común de los derechos fundamentales en que ese entramado jurídico-institucional se enmarca –continúa el entonces magistrado–, aparece el *principio de equivalencia*.²³ Este principio de equivalencia y de suficiencia en la protección resulta especialmente claro y exigible en el seno de la UE, que sólo adquiere sentido como proyecto político y jurídico sobre la base de la “confianza legítima” por parte de los Estados en las instituciones comunitarias, pero también en los demás Estados miembros.

En definitiva, concluye Pérez Tremps, “un Estado de la Unión Europea *no puede, en principio, imponer a los demás Estados su parámetro nacional de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal* al que acabamos de hacer referencia. Además, y en todo caso, una hipotética lesión de derechos fundamentales en cualquiera de los Estados que se considera no reparada en él, agotadas todas las vías internas, no debe esperar repararse en otro Estado. La propia lógica del CEDH exige acudir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisdicción, como se ha indicado, ha sido aceptada por todos esos Estados, sin que, por cierto, haya constancia de que en el presente asunto se haya acudido a dicho remedio jurisdiccional por parte de quien es recurrente en amparo”.²⁴

Dentro de esta postura, mantener la “confianza legítima horizontal, recíproca”, en el sistema de reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales de otro Estado, cobra especial significado en un mecanismo jurídico como es el de la orden europea de detención y entrega. Mecanismo inserto en la cooperación policial y judicial y que arranca precisamente de la filosofía de que los Estados cooperan sobre la base de aceptar “el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal”.²⁵

²³ Cita al respecto directamente la STEDH (Gran Sala), 30/06/05, *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Ticaret AS / Irlanda* [n° 45036/98], párrafo 155.

²⁴ ATC 86/2011, 9/06/11, voto particular del magistrado Pablo Pérez Tremps, párrafo 3. Sin resaltar en el original.

²⁵ Véase considerando 2 de la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI.

En contra de esta interpretación dada por el Tribunal de Justicia al artículo 53 (CDFUE) GARCÍA SÁNCHEZ, por ejemplo, sostiene que esta concepción puede resultar muy lesiva para determinados derechos como, por ejemplo, el *principio de igualdad ante la ley*, pues supone reconocer dos niveles de protección de los derechos fundamentales: un primer nivel de protección, que puede ser más amplio, en el ámbito nacional o fuera del entorno comunitario (tal sería el caso de los derechos de defensa en España o cuando tuvieran que ser protegidos fuera del ámbito comunitario); y un segundo nivel, “más restrictivo en el ámbito comunitario en aras a la *uniformidad* en materia de derechos fundamentales entre los Estados miembros. *Ello lleva a proteger menos a los ciudadanos insertos en procedimientos de entrega europeos entre Estados miembros*” (GARCÍA SÁNCHEZ, 2013: p. 1148).

III. El debate en torno al artículo 53 (CDFUE): ¿una cláusula de mínimos? El artículo 51.1 (CDFUE) ¿una “válvula de presión”?

El debate sobre qué alcance reconocer al artículo 53 (CDFUE), en tanto *norma nuclear* de la protección multinivel, se vuelve central para la relación interordinamental entre el DUE, el CEDH y los derechos nacionales articulados desde la Constitución. Las diferencias entre el DUE, de naturaleza supranacional, y el derecho internacional de los derechos humanos de naturaleza subsidiaria, se presentan como centrales para entender las dimensiones del *dilema Melloni* y sus consecuencias para la protección de los derechos.

El debate en torno a esta norma, en razón de la problemática que encierra, no se inicia con el reconocimiento de su efecto directo por el Tratado de Lisboa (2009). Desde su proclamación en Niza (2000)²⁶ se discute, en particular, cómo

²⁶ Será en el Consejo europeo de Colonia de junio de 1999 donde se tomará la decisión de elaborar una CDFUE, al tiempo que señalaba a grandes rasgos sus posibles contenidos. Tal declaración fue concretada por el Consejo europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, con la creación de un órgano, posteriormente autodenominado Convención, encargado de redactar el texto de la Carta.

conciliar los niveles de protección comunitario y estatal. En aquel entonces ya se preveía que, la constitucionalización de la CDFUE, plantearía “algunos problemas graves al orden europeo en lo que se refiere a la coordinación de las instancias jurisdiccionales en la protección de los derechos fundamentales”. Dicha protección, como corresponde a un orden descentralizado como el europeo, “ha de organizarse a través de la aplicación primera y ordinaria del bloque normativo sobre los derechos fundamentales por los jueces nacionales, reservando a las instancias jurisdiccionales europeas para una actuación de garantía última y, en su caso, de *unificación doctrinal*” (SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 2003: p. 79).²⁷

WEBER, por su parte, señalaba con acierto que la relación entre las libertades básicas y los derechos fundamentales es compleja puesto que “son concebibles supuestos de colisión”. En efecto, el Tribunal de Justicia, se afirma, ha ampliado el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales al atribuirles un papel –más bien secundario– como parámetro del control de la justificación de las medidas que restringen las libertades básicas en atención al interés general. Como consecuencia de ello, los ciudadanos podrán invocar la CDFUE “cuando las libertades económicas resulten afectadas por actos comunitarios o por actos de los Estados miembros en el correspondiente ámbito de aplicación” (WEBER, 2002: p. 88).

En este precepto “desconcertante”, en opinión de RUBIO LLORENTE, introducido para acallar los temores de quienes podrían pensar que la CDFUE “anulaba o podría anular” la eficacia protectora de las constituciones nacionales, “la lógica de la integración se ve desplazada por la que podríamos llamar lógica

La Convención terminó sus trabajos dentro de los plazos prefijados y el Consejo pudo aprobar el proyecto de CDFUE elaborado por aquella en la reunión informal de Biarritz de octubre de 2000, dando traslado a las Presidencias de la Comisión y del Parlamento Europeo para que se pronunciaran sobre el contenido de la Carta, siendo aprobada por ambas instituciones. Por fin, la CDFUE fue firmada y proclamada solemnemente en la cumbre de Niza el 7 de diciembre de 2000 por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo y publicada en el Diario Oficial (Núm. C364 de 18 de diciembre de 2000). La Conferencia intergubernamental de Niza no se pronunció sobre la integración de la Carta en los Tratados fundacionales y la declaración núm. 23 anexa al Tratado de Niza remitió a la próxima Conferencia intergubernamental, a celebrarse en 2004, la decisión sobre la posible integración de la Carta en dichos Tratados. Por tanto, la CDFUE *nació como una declaración de carácter eminentemente político, fruto de la confluencia de las instituciones comunitarias y que, hasta cierto punto, intentaba paliar la carencia en el derecho originario de la UE de un sistema de derechos fundamentales.*

²⁷ Sin resaltar en el original.

propia del sistema internacional de los Derechos Humanos, y con ello *salta en pedazos el principio cardinal de la primacía*” del DUE sobre los derechos nacionales.²⁸ Lo anterior, afirma RUBIO LLORENTE, en razón de que el Tribunal de Justicia “pierde la capacidad de asegurar una *interpretación uniforme* de las normas europeas en todo el territorio de la Unión”. Esta “reducción absurda” de la competencia que el Tribunal de Justicia necesita para asegurar la interpretación y aplicación uniforme del derecho de la UE en todos los Estados miembros, concluye el citado autor, “hace *imposible* interpretar la norma de acuerdo con su tenor literal. Pero como tampoco los esfuerzos por dotarla de sentido, mediante imaginativas interpretaciones teleológicas o de otro género, llevan a parte alguna, la única salida posible es la de considerar el artículo 53 (CDFUE) *como un enunciado jurídicamente vacío*” (RUBIO LLORENTE, 2002: p. 41)²⁹.

La postura expuesta, parte de la premisa de que no es posible, como vemos, “suprimir” la coexistencia de dos jurisdicciones distintas en materia de derechos fundamentales dentro de cada Estado; “una dualidad asentada sobre un delicado equilibrio que debe ser preservado a toda costa” (RUBIO LLORENTE, 2002: p. 41).

¿Cómo alcanzar entonces el equilibrio propuesto? RUBIO LLORENTE propone como técnica de cohabitación a la “protección equivalente” propia del *método Solange*. Lo dicho como *alternativa* a la protección comunitaria como protección mínima que propone el artículo 53 (CDFUE). Una equivalencia necesaria, se afirma, no sólo para asegurar que la interpretación que el Tribunal de Justicia hace de los Derechos en los casos que se le someten sea aproximadamente igual a la que un Tribunal interno haría en el mismo caso, sino igual también a la que estos hacen en el ámbito en el que mantienen su

²⁸ La comisión de asuntos constitucionales del Parlamento Europeo afirmó en su momento que, la posibilidad de que la CDFUE se incorpore a los Tratados fundacionales introduciendo derechos vinculantes, puede llegar a “alterar el paradigma de la integración europea” (cfr. Informe de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo sobre “*La elaboración de una Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*” [AS/0064/2000]). Citado por OLIVER LEÓN, B. (2003), *La Carta De Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n°119, p. 222.

²⁹ Sin resaltar en el original.

competencia plena. Una equivalencia “no fácil de conseguir, permanentemente en peligro y que requiere por eso un esfuerzo continuado de todos los Tribunales implicados, que para llevarlo a cabo han de tener conciencia clara de los planos muy distintos en los que se encuentran la Unión y los Estados” (RUBIO LLORENTE, 2002: p. 47).

Por último, sostiene RUBIO LLORENTE, con la *incorporación* de la CDFUE a los Tratados “se quiebran los vínculos”, que la afortunada fórmula alumbrada por el Tribunal de Justicia había logrado mantener, entre los derechos fundamentales garantizados por los Estados y los que garantiza la UE “como principios generales de su ordenamiento, y se destruye, sin sustituirlo por ningún otro, el delicado equilibrio ahora existente entre la jurisdicción de la Unión y la de los Estados” (RUBIO LLORENTE, 2002: p. 52).

Las dificultades en la interpretación del artículo 53 (CDFUE), teniendo presente su naturaleza supranacional –en tanto DUE–, como una *cláusula de mínimos* propia de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ha sido resaltada también por DÍAZ CREGO. En su opinión, existen diferencias notables entre ambos derechos. En efecto, los sistemas internacionales de protección son sistemas *subsidiarios*, la situación en la UE “es radicalmente distinta”. El sistema de protección comunitario está llamado a aplicarse como sistema “principal o protagonista” y, por lo tanto, está obligado a interactuar con los sistemas nacionales de protección del mismo modo que el resto del ordenamiento de la UE interactúa con el ordenamiento nacional. Esto es, bajo las premisas de autonomía, efecto directo y primacía. Por lo tanto, DÍAZ CREGO advierte que, el entendimiento del artículo 53 (CDFUE) en la línea indicada “podría llegar a provocar situaciones reales de conflicto” en las que frente a la posible aplicación del derecho fundamental nacional y el reconocido por la UE, “haya de elegirse entre uno u otro en base a la mayor protección otorgada por uno de ellos”. El potencial *desplazamiento* de las disposiciones de la CDFUE, sería contrario a la primacía y a como esta ha sido interpretada en Luxemburgo. Todo lo cual desembocaría en la “ruptura” de la aplicación uniforme del DUE (DÍAZ CREGO, 2009: pp. 228-231).

Otra parte de la doctrina, por el contrario, defiende al artículo 53 (CDFUE) como una *cláusula de mínimos*. GARCÍA ROCA, por ejemplo, sostiene que “el sentido natural” de dicha norma “radica en asegurar una *protección mínima* y a tal fin se dispone un *efecto de autodesplazamiento*. La Carta ni agota los derechos fundamentales ni obliga a un único entendimiento al modo de un máximo denominador común”. Este “curioso autodesplazamiento” permite, por mandato de la propia CDFUE, “que sus disposiciones *sean sustituidas* por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y en particular el CEDH, o por las respectivas Constituciones; un rasgo habitual de los tratados, mientras las declaraciones constitucionales normalmente se han construido cada una sobre las ruinas de la anterior; la técnica parece especialmente ajustada a la realidad del ordenamiento europeo. Conviene matizar que no se trata de una «comparación entre ordenamientos», abstracta y general, sino de una «comparación entre derechos», incidental y concreta, entreverando supuestos de hecho y disposiciones” (GARCÍA ROCA, 2003: p. 172).

En consecuencia, concluye GARCÍA ROCA, la comparación puede realmente hacerse y la cláusula “podría ser operativa”. Tendremos pues una “Unión constitucional multinivel de derechos”. Frente a quienes advierten de que los derechos fundamentales suelen ser también factores de tensión y diferenciación nacional, puesto que hay aún evidentes e importantes diferencias culturales entre los países europeos, el autor que seguimos afirma que esa pluralidad “se ve progresivamente amortiguada por un emergente Derecho Constitucional Común Europeo relativamente homogéneo” (GARCÍA ROCA, 2003: p. 172).

De cualquier forma, GARCÍA ROCA advierte sobre la existencia del riesgo de una “guerra de las Cortes” derivado de la triple concurrencia de jurisdicciones comunitaria, internacional y estatal en la protección de los derechos. Una *coexistencia material de declaraciones agravada por una concurrencia de jurisdicciones*, se afirma, que genera una situación no exenta de problemas. Harán falta nuevas reglas de procedimiento y “mucho mentalidad dialogística, escribir las sentencias en diálogo continuado con otros tribunales, y no en

disputatio, tanto como dosis adecuadas de autocontrol o *self restraint*". La concurrencia impedirá que los Tribunales Constitucionales nacionales "se encierren y enquisten en sus monólogos" (GARCÍA ROCA, 2003: pp. 172 y 174):

LÓPEZ CASTILLO, por su parte, defiende la idea de que la CDFUE no obstante la diversa procedencia de los derechos que declara "es, antes que una amalgama asistemática de contenidos, un documento diferenciado, tanto por su contexto (Unión Europea, y no Consejo de Europa o Estados) como por su texto, pues ni se limita a reiterar contenidos del CEDH y demás textos de referencia, ni cuando es el caso, deja por ello de articularlos a su manera y conforme a su propio sistema, por lo que de ordinario su concreto significado y alcance será el resultante de un desarrollo normativo y una puesta en práctica, en último extremo, sujetos al criterio del supremo intérprete" del DUE (LÓPEZ CASTILLO, 2001: p. 67). Ahora bien, según el citado autor, ello es evidente y se corresponde con la autonomía reconocida a dicho Derecho, pero advierte, "esto es una cosa y otra, ya distinta, que la autonomía jurídica de la Carta *implique la intrascendencia de todo parámetro externo*" (LÓPEZ CASTILLO, 2001: p. 67).

Es "equivoco", por ello –sentencia LÓPEZ CASTILLO–, hablar de la CDFUE como de un texto "autónomo", sometido a la interpretación última y suprema del Tribunal de Justicia, y no necesariamente porque se niegue la autonomía del DUE, pues sin ser puesta en entredicho la autonomía constitucional de los Estados obligados por el CEDH, en materia de tutela de derechos fundamentales, el respectivo intérprete último (supremo o constitucional) lo es, desde entonces, ya sólo a condición de ajustarse a la interpretación decantada con ocasión de la aplicación del CEDH. De ello da cuenta la propia CDFUE al declarar, de una parte, que en caso de correspondencia con los derechos garantizados por el CEDH, el sentido y alcance de los contenidos en la CDFUE será el mismo, como no sea que en el ámbito de la UE "se alcance a brindar una protección más extensa" (cfr. art. 52.3, CDFUE); "y al asegurar, de otra parte, *un suelo o estándar mínimo incuestionable* que condiciona la interpretación autónoma de los derechos en la Carta, mediante explícita exclusión de toda limitación o lesión de los respectivos estándares –del derecho de la Unión,

iusinternacional, v. gr., del CEDH, y de las Constituciones de los Estados miembros— en presencia [cfr. art. 53, CDFUE]” (LÓPEZ CASTILLO, 2001: p. 67).

La cláusula del citado artículo 53, sostiene LÓPEZ CASTILLO, qué duda cabe que, sin perjuicio de la divisoria competencial, abre las puertas a la posibilidad de “fisuras” en el principio de primacía del DUE. En consecuencia, en semejante contexto interordinamental, ese riesgo —en su opinión— sólo es superable, en último extremo, mediante un serio propósito judicial. En particular, del Tribunal de Justicia, tanto menos problemático cuanto más clara sea la apuesta por una auténtica política de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE, de “tomarse en serio” tanto los derechos fundamentales como la divisoria competencial, como el camino más despejado para avanzar en la aceptación incontestada de unos estándares de tutela que, por más que se compartan valores y principios, en la medida en que persisten textos (reglas) diferenciados operando en sus respectivos contextos (sistemas) “constitucionales”, salvo comunión con alguno de los referentes, lógicamente no podrán ir más allá de la equivalencia. Por ello, concluye López Castillo, aun cuando pueda resultar paradójico, “sólo mediante un serio esfuerzo de *clarificación competencial*, por su potencial generador de confianza recíproca, podría quedar expedido el camino para una progresiva irradiación de los (equivalentes) estándares de la Unión sobre el conjunto de los ordenamientos, y ya seguramente al margen de la referida divisoria competencial” (LÓPEZ CASTILLO, 2001: pp. 68-69).

ALONSO GARCÍA, manifiesta que la CDFUE incorpora en su artículo 53 la “cláusula del estándar mínimo de protección, tan familiar en acuerdos internacionales sobre protección de derechos humanos”. Esta cláusula, afirma el citado autor, en la medida en que conlleva el “potencial desplazamiento” del instrumento al que se incorpora por otros que ofrezcan un mayor nivel de protección, plantea en el caso de la CDFUE, una primera complicación interpretativa “a diferencia de los tratados internacionales circunscritos a los derechos humanos, que tienen una clara vocación de complementariedad de los sistemas nacionales de protección, la Carta se enmarca en un contexto, el de la

Unión, construido conceptualmente en términos de autonomía y con vocación integradora tendente a *desplazar en aras a la uniformidad, a través del principio de primacía, las disparidades de los Estados miembros*. Con otras palabras, mientras que los instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos humanos sirven para interpretar los sistemas de protección domésticos y, llegado el caso, suplir las carencias de éstos, la Carta, enmarcada en el sistema global de la Unión, adquiere de arranque el papel de protagonista e, investida de la autonomía conceptual propia del sistema, *tiende no ya a relegar al papel de actores secundarios a otros instrumentos de protección, incluidos los de los Estados miembros, sino incluso a negar papel alguno, sobre la base de la primacía jurídica, a cualquiera que pretenda aportar ideas que se aparten del guión*” (ALONSO GARCÍA, 2001: pp. 37-38).

Así las cosas, reflexiona ALONSO GARCÍA, la adopción de la CDFUE, ¿implica una consagración de la autonomía del DUE en *términos absolutos*? El principal problema, sostiene el autor, radica en encontrar el camino para situarnos en un punto de referencia, camino que en su opinión “no puede ser otro que el diálogo entre, en última instancia, los intérpretes supremos de los distintos componentes del referido marco constitucional”, a saber, el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales (o similares) de los Estados miembros (y, en el ámbito de los derechos humanos, el TEDH). Alimentado así el debate “desde una modestia compartida alejada de protagonismos impropios de la dialéctica y la multiplicidad (debate que, si se quiere ser consecuente con el espíritu de la integración, debe estar presidido por esfuerzos interpretativos *pro unione* de las Constituciones nacionales y *pro constitutione* de los Tratados europeos)” (ALONSO GARCÍA, 2001:pp. 37-38).

En otras palabras, concluye ALONSO GARCÍA, mientras que el discurso de los derechos fundamentales en el contexto de conflictos entre unos y otros debe ceder paso a una “ponderación efectuada en última instancia” por el Tribunal de Justicia en cuanto intérprete supremo de la CDFUE. Respetado éste en términos de *genérica protección equivalente* por los tribunales nacionales (pues en este contexto carecería de virtualidad la técnica del nivel de protección prevista en el artículo 53), y bajo el control último, al igual que los altos tribunales de los

Estados miembros, de un TEDH “que debe mostrarse deferente, que no indiferente”, al consenso en términos judiciales al respecto alcanzado. El mismo discurso, en el contexto de conflictos susceptibles de ser encauzados en su esencia al enfrentamiento entre el individuo y el poder público debería *ser pro* individuo y traducirse en una concreta aplicación del estándar nacional frente al derecho de la Unión si efectivamente más favorable para el individuo y viceversa (en una aplicación del estándar europeo frente al Derecho nacional, en la medida en que éste entre en el radio de acción de aquél y también sobre la base de una mayor protección del individuo y no del principio de primacía del derecho de la Unión sobre el de los Estados miembros) (ALONSO GARCÍA, 2001: pp. 42-43).

Por último, en opinión de GAMBINO, el sujeto singular está garantizado, en una lógica de protección multinivel, que asigna a las instituciones europeas y, sobre todo, al Tribunal de Justicia el “deber de ofrecer las máximas garantías” a los derechos en “sintonía con la vía de interpretación del modo más favorable a los derechos humanos y libertades fundamentales, positivizado con fuerza jurídica en el art. 53 [CDFUE]”. Los mismos jueces nacionales, sean ordinarios sean constitucionales, entiende Gambino, “dispondrán ahora de un nuevo parámetro cuando se trate de inaplicar una norma de la Unión a favor de la norma constitucional estimada más favorable al derecho «en una aplicación pro persona del estándar comunitario o nacional de que se trate»” (GAMBINO, 2012: p. 73).

En este contexto problemático expuesto por la doctrina y que queda en evidencia con el *dilema Melloni*, corresponde al Tribunal de Justicia operar la cláusula del artículo 51.1 (CDFUE)³⁰ como una *válvula de presión* que permitiría regular su intervención en materia de interpretación de derechos y, por ende, la presión que implica la aplicación en terminos absolutos del principio de primacía.

³⁰ La norma citada dice: “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros *únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución”. Sin resaltar en el original.

No debe extrañar entonces que, paralelamente a la sentencia *Melloni*, los jueces de Luxemburgo se expresaran en relación a pautas de interpretación sobre el alcance que debe reconocérsele a la CDFUE.³¹

Lo dicho constituye todo un desafío –incluso hasta una necesidad– para una jurisprudencia comunitaria que se ha caracterizado por una vocación expansiva. SAÍZ ARNAIZ nos recuerda que el Tribunal de Justicia “se ha negado competencia para fiscalizar, en su compatibilidad con los derechos fundamentales, las actuaciones estatales ajenas al ordenamiento comunitario”. Sin embargo, esta declaración de principio ha de completarse con la jurisprudencia comunitaria a la luz de la cual parece evidente una “progresiva extensión de su actividad tuitiva de los derechos fundamentales siempre que exista una «conexión (o vínculo) suficiente»”³² entre el DUE y la acción estatal. Para el autor citado, siempre a la luz del referido criterio jurisprudencial, puede establecerse el siguiente listado de “actuaciones nacionales fiscalizables” por los jueces de Luxemburgo en su respeto a los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario: a) las intervenciones en ejecución de las normas comunitarias; b) la normativa de transposición de directivas; c) las derogaciones o excepciones al ordenamiento comunitario por él permitidas; y d) las normas internas que interfieran con algunos principios generales del derecho comunitario. Se aprecia, así, en opinión de SAÍZ ARNAIZ, que “la *posible incidencia teórica de la Carta sobre la actividad de los poderes públicos nacionales, y por lo tanto sobre los ordenamientos internos, es notable*”. Si ésta es la orientación jurisprudencial, vinculada al ya citado canon de la conexión o vínculo suficiente, “no puede dejarse de apuntar que la misma resulta bastante más amplia que el parámetro deducible del citado artículo 51.1 («cuando apliquen»), de ahí que no hayan faltado lecturas de dicha disposición en clave de mensaje que se lanza al Tribunal de Justicia para que, cuando menos, atempere su *case-law* en la materia. Esta opinión resulta avalada en buena medida por el Texto de las

³¹Veáse TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105.

³² Véase TJUE, sentencia de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C-299/95, EU:C:1997:254.

explicaciones a la Carta elaborado por el Presidium de la Convención” (SAÍZ ARNAIZ, 2001: pp. 156-157).

Los derechos fundamentales, agrega GAMBINO, no constituyen ya sólo un mero límite a la acción de las Instituciones europeas o de los Estados miembros cuando aplican DUE. Ahora deben, al tiempo que respetan los derechos, promocionarlos “con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión” (cfr. art. 51.1, CDFUE) (GAMBINO, 2012: p. 73).

Desde el asunto Melloni, la articulación para descomprimir conflictos entre competencias nacionales y de la UE vía el artículo 51.1 (CDFUE), sin embargo no permitió bajar la tensión entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales. La convergencia de sistemas de derechos junto a la concurrencia de intérpretes que reclaman para sí el derecho a la última palabra sobre una materia común, sumado al carácter expansivo del DUE y la jurisprudencia comunitaria, lleva a divergencias interpretativas donde la única salida se encuentra por el camino del diálogo entre Cortes. En este sentido, la *zaga Taricco* es un buen ejemplo superador del conflicto que abre el *dilema Melloni*.

IV. La *zaga Taricco* entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal de Justicia: ¿una primacía del DUE integrada a las tradiciones constitucionales?

Las diversas instancias que presenta el caso *Taricco* son asimilables a capítulos autónomos que refieren a una trama unitaria y central: la *tensión interordinamental*.

En el capítulo inicial, un juez nacional –el *Tribunale di Cuneo*–, presenta una primera cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. Los jueces de Luxemburgo, a su turno, llegaron a la conclusión (sentencia *Taricco I*)³³ que los

³³ TJUE, sentencia de 8 de septiembre de 2015, *Taricco*, C-105/14, EU:C:2015:555.

jueces italianos *deben abstenerse* de aplicar a los procedimientos penales *en curso* las normas contenidas en los artículos 160, último párrafo, y 161, párrafo segundo, del Código penal italiano. Resolviendo de este modo, siguen la línea marcada en el caso *Åkerberg Fransson*³⁴ donde se afirmó que los fraudes al IVA pueden constituir fraudes que afecten a los intereses financieros de la UE (cfr. art. 325, TFUE, apartado 1).³⁵

El Tribunal de Justicia dejó en claro que las citadas disposiciones penales, concretamente al introducir, en caso de interrupción de la prescripción, una norma según la cual *el plazo de prescripción en ningún caso puede ser prolongado en más de un cuarto de su duración inicial*, resultan, dada la complejidad y longitud de los procedimientos penales incoados respecto de los fraudes graves del IVA, en la *impunidad* de hecho de estos últimos, puesto que esas infracciones prescriben con frecuencia antes de que pueda imponerse la sanción penal prevista por la ley mediante una resolución judicial firme.

El Tribunal de Justicia interpretó que tal situación afecta a las obligaciones impuestas a los Estados miembros por el artículo 325 (TFUE), apartados 1 y 2. Consiguientemente, para garantizar la efectividad de la lucha contra los fraudes que afectan a los intereses financieros de la UE, los jueces de Luxemburgo solicitaron a los órganos jurisdiccionales nacionales que se “abstuvieran” de aplicar dichas disposiciones penales, en caso de ser necesario.³⁶

REPETTO, criticando esta doctrina comunitaria, señala que una cuestión particularmente problemática se da al haber “convertido una obligación de los Estados –se refiere al artículo 325 (TFUE)– establecida en términos marcadamente finalistas y, por tanto, no auto-aplicables, en una directiva para el

³⁴ TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105.

³⁵ La norma citada dice: “1. La Unión y los Estados miembros *combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión* mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. 2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros”. Sin resaltar en el original.

³⁶ Este criterio es mantenido por el Abogado General Bot al intervenir en la sentencia *Taricco II*. Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot presentadas el 18 de julio de 2017 en el Asunto C-42/17 (*Taricco II*).

juez nacional, encaminada a desaplicar las normas nacionales que se encuentren en contraste” con el citado artículo (REPETTO, 2016).

En un nuevo capítulo, varias instancias jurisdiccionales locales³⁷ se oponen firmemente a seguir la *obligación de abstención* en la aplicación de la prescripción penal dispuesta por el Tribunal de Justicia. La Corte Constitucional italiana, a su turno, mediante la presentación de una segunda cuestión prejudicial, motiva una nueva intervención del Tribunal de Justicia (*Taricco II*) con la aparente intención de obtener una *reescritura* de este Tribunal respecto de su pronunciamiento en *Taricco I*.

Los jueces constitucionales italianos reaccionan así al *acoso interpretativo* –como lo hicieron sus homólogos españoles y alemanes–, proponiendo una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la divergencia interpretativa³⁸, esto es con una propuesta de diálogo directo entre las distintas jurisdicciones. Si bien es cierto que utiliza un tono que podría evaluarse como poco amistoso –calificado por RUGGERI de “perentorio (*ultimativo*)”³⁹– que hace recordar al tenor de la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso *Gauweiler*.⁴⁰ Evitando una confrontación abierta con sus homólogos de Luxemburgo, comenta MARTUFI, la Corte Constitucional decide

³⁷ Pocos días después de pronunciada la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Taricco I*, la *Corte d'appello di Milano*, llamada a pronunciarse en un caso de asociación ilícita para la comisión de delitos en materia de IVA, sostuvo que no podía dar inmediato cumplimiento a lo resuelto en sede supranacional. Ello en razón que la desaplicación de las normas relacionadas con la prescripción habría producido de hecho efectos desfavorables para los imputados, con la consiguiente violación del principio *nullum crimen sine lege* reconocido por el artículo 25, apartado segundo de la Constitución italiana. Esto es, habrían visto agravarse retroactivamente los márgenes para su exposición a la responsabilidad penal. En consecuencia, los jueces milaneses elevan a la Corte Constitucional una de las dos cuestiones de legitimidad constitucional que se encuentran en la base de *Taricco II*.

³⁸ Instrumentalizada mediante Ordenanza Nr. 24 de 26 de enero de 2017.

³⁹ Véase RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti*” (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017) (27-01-2017), *Consulta on line, Nr. 1/2017*, accesible en: www.giurcost.org; y *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*. *Diritto Penale Contemporaneo* (2-10-2017), p. 8, accesible en: www.penalecontemporaneo.it

⁴⁰ TJUE, sentencia de 16 de junio de 2015, *Gauweiler*, C-62/14, EU:C:2015:400. Se trata de la primera cuestión prejudicial presentada por los jueces de Karlsruhe relacionada con la intervención del Banco Central Europeo en la crisis del euro. Véase al respecto PIZZOLO, C. (2017). *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*, Buenos Aires: Astrea, pp. 241-248.

“en modo oportuno y valiente” recorrer el camino de la presentación prejudicial. Demostrando mínimamente una “formal deferencia” en la manera de relacionarse con el Tribunal de Justicia (MARTUFI, 2017: p. 2) y evitando, en nuestra opinión, un temido *clash jurisdiction*.

En el rumbo del diálogo interjurisdiccional, la Corte Constitucional italiana parecieran dejar abierto a más de un sentido la interpretación del DUE, sin meter aparentemente en discusión su primacía. Todo lo cual permitiría recalibrar los efectos del artículo 325 (TFUE) de modo de permitir salvar algunas exigencias fundamentales en relación con las garantías penales nacionales (MARTUFI, 2017: p. 2).

Se solicita al Tribunal de Justicia, en concreto, que se pronuncie sobre “la medida en la que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a acatar la obligación de abstención” que dicho Tribunal estableció en su primera intervención en el caso *Taricco I*. Interpretan que tal obligación puede vulnerar *un principio superior de su ordenamiento constitucional*, el principio de la legalidad de los delitos y las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), consagrado en el artículo 25, apartado 2, de la Constitución italiana.⁴¹ Consumándose de esta forma un menoscabo a la *identidad constitucional*.

Según los jueces constitucionales italianos dicho principio, tal como lo interpreta el ordenamiento jurídico nacional, *garantiza un nivel de protección más alto* que el resultante de la interpretación, a cargo del Tribunal de Justicia, del artículo 49 (CDFUE)⁴². Ello en la medida en que *se extiende a la determinación de los plazos de prescripción aplicables a la infracción y se opone, por consiguiente, a que el juez nacional aplique a un procedimiento en curso un plazo de prescripción más largo que el previsto en el momento en el que fue cometida dicha infracción* (principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable).

⁴¹ La norma citada dice: “Nadie podrá ser condenado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho punible”.

⁴² La norma citada que lleva por título “Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas” establece, en su apartado 1, que: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta”.

En apoyo de esta argumentación, se sostiene que el artículo 4.2 (TUE)⁴³ y el artículo 53 (CDFUE), permiten a los órganos jurisdiccionales nacionales oponerse a la ejecución de la obligación establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Taricco I*. En este punto existe una similitud argumental con la tercera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional español.

No es ajena a la tensión declarada en las relaciones interordinamentales una añeja disputa entre los jueces supremos y constitucionales, por una parte, con sus homólogos supranacionales, por la otra, respecto al derecho a la última palabra. Como llama la atención Riccardi, la reivindicación de la titularidad exclusiva sobre un control de “identidad constitucional (*Identitätskontrolle*)” por parte de la Corte Constitucional italiana pareciera ahora ineludible. Ello en razón de que, el Tribunal de Justicia, promoviendo un mecanismo de “diálogo directo” –a través de la cuestión prejudicial (art. 267, TFUE)– con los jueces comunes, ha tentado de *dissolver* el control concentrado de constitucionalidad, conforme como es delineado y establecido en el ordenamiento constitucional (incluido el italiano). Y lo ha hecho confiando al juez común la tarea de desaplicar directamente la norma nacional en los casos de contraste con los objetivos y los intereses europeos. Los jueces de Luxemburgo, concluye Riccardi, con lo resuelto en el caso *Taricco*, no han hecho otra cosa que trasladar el centro de gravedad de un control concentrado (sobre la legitimidad constitucional) a un “control difuso sobre la adecuación política-criminal de la ley” –traslación incluso extraña a las competencias de la Corte Constitucional italiana, siendo prerrogativa exclusiva del legislador–, a cargo del juez común (RICCARDI, 2017: p. 11).

El Tribunal de Justicia responde a la cuestión prejudicial presentada por la Corte Constitucional italiana reafirmando ante todo que el procedimiento

⁴³ La norma citada dice: “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro”. Sin resaltar en el original.

prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, “establece un *diálogo de juez a juez* entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión, así como su coherencia, su plena eficacia y su autonomía”.⁴⁴

En la práctica, como vemos, uno de los principales *focos* de conflicto en las relaciones interordinamentales no se supera –¿podría superarse en verdad?–, pues la cuestión prejudicial se traduce en la implementación, desde el DUE –al que cualquier Estado miembro está obligado–, de *un control difuso que tiende a fagocitarse, siempre que se trate de materias convergentes como los derechos y garantías, al control concentrado de constitucionalidad en manos de los jueces constitucionales.*

Los jueces de Luxemburgo, a continuación⁴⁵, insisten con los términos expuestos en la sentencia *Taricco I*, pero al mismo tiempo, se muestran *permeables* a las objeciones constitucionales defendidas por la Corte Constitucional italiana en la cuestión prejudicial. En este contexto, se reconoce expresamente a los jueces italianos un *margen nacional de apreciación*: corresponde al juez nacional “verificar” si la apreciación exigida en la sentencia *Taricco I*, conforme a la cual las disposiciones del Código Penal controvertidas impiden imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afectan a los intereses financieros de la UE, “conduce a una situación de incertidumbre en el ordenamiento jurídico italiano, respecto a la determinación del régimen de prescripción aplicable, que menoscaba el principio de precisión de la ley aplicable. De ser así, *el juez nacional no está obligado a dejar sin aplicación las disposiciones del Código Penal controvertidas*”.⁴⁶

En otras palabras, en su sentencia de *Taricco II*, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que: “Si el juez nacional considera que la obligación de no aplicar las disposiciones del Código Penal controvertidas vulnera el principio

⁴⁴ TJUE, sentencia de 5 de diciembre de 2017 (Gran sala), M.A.S. y M.B., C-42/17, EU:C:2017:936, apartados 22-23. Sin resaltar en el original.

⁴⁵ *Ídem*, apartado 39.

⁴⁶ *Ídem*, apartado 59.

de legalidad de los delitos y las penas, *no debería cumplir dicha obligación y ello aunque su respeto permitiera subsanar una situación nacional opuesta al Derecho de la Unión*”.⁴⁷

Como se puede observar, con el fin de evitar un *impacto frontal* con la Corte Constitucional italiana, los jueces de Luxemburgo *flexibilizan* sus dichos en *Taricco I* haciendo lugar a la *reinterpretación* del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, el cual –ahora– “debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a no aplicar, en el marco de un procedimiento penal que se refiere a infracciones relativas al IVA, disposiciones internas en materia de prescripción comprendidas en el Derecho material nacional que impiden la imposición de sanciones penales efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión o que establecen en el caso de fraudes que afecten a dichos intereses financieros plazos de prescripción más cortos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate, *a menos que la mencionada inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción*”.⁴⁸

V. Reflexión final: un marco dialógico para superar los conflictos de interpretación en materia de derechos

La visibilidad del *dilema Melloni* en el contexto de las relaciones interordinamentales que propone un escenario de protección multinivel, señala la raíz del conflicto: la convergencia de sistemas de derechos de naturaleza diversa (subsidiaria y supranacional). Pero a la vez, de frente a la concurrencia de intérpretes finales sobre una materia común, mira al diálogo interjurisdiccional

⁴⁷ *Ídem*, apartado 61.

⁴⁸ *Ídem*, apartado 62.

como la forma más idónea de articular el conflicto en circunstancias de interpretaciones divergentes.

CARTABIA alude a la situación descrita declarando que, el juez constitucional, se encuentra a menudo “en la encrucijada de estos tres sistemas [DUE-CEDH-Constitución]”. En efecto, al mismo tiempo, es llamado a ser custodio de la Constitución Nacional, garante de la observancia del DUE y guardián del CEDH (CARTABIA, 2017: p.12).

En ambos casos, *Melloni* y *Taricco*, nos encontramos frente a derechos proyectados en los tres niveles de protección nombrados. Sin embargo, se trata de derechos interpretados de manera divergente por el Tribunal de Justicia y los jueces constitucionales. En el centro del debate, no es casual entonces que se ubique el artículo 53 (CDFUE). Pensado y concebido para articular esta especie de conflictos, nos muestra los desafíos –¿y la viabilidad?– de integrar desde la supranacionalidad, en un ámbito territorial común, un sistema uniforme de derechos para la UE.

De cualquier forma, podemos trazar un rumbo desde la *primacía absoluta* del DUE defendida en *Melloni*, a una especie de *primacía integrada* en *Taricco* donde el Tribunal de Justicia se muestra más permeable a conciliar con las tradiciones constitucionales nacionales reconociendo, en consecuencia, cierto margen nacional de apreciación. Pero también es cierto que la materia que origina *Melloni* –una DM sobre la Euro-orden– es una materia expresamente consensuada entre los 27 Estados de la UE, mientras que la normas de prescripción en materia de delitos fiscales se encuentra en gran parte pendiente de armonización.⁴⁹ En otras palabras, allí donde el DUE demuestra un sólido y unánime compromiso estatal, difícilmente el Tribunal de Justicia renuncie a defender la primacía del DUE con tonalidades absolutas. Mientras que, tratándose de interpretaciones de derechos distantes en más o en menos de un

⁴⁹ Bélgica, Alemania y Francia han adoptado una *concepción procesal* de las normas de prescripción. En otros Estados miembros de la UE, como Grecia, España, Letonia, o incluso Rumanía o Suecia, estas normas, como en el ordenamiento jurídico italiano, entran dentro del ámbito del Derecho penal material. Para Polonia y Portugal en tanto las normas de prescripción constituyen tanto normas sustantivas como procesales.

consenso, las identidades constitucionales tendrían mayores posibilidades de ser integradas a dicha primacía.

De todos modos, no debe perderse de vista que el objeto y fin de debate hermenéutico es aquí sobre qué nivel de protección se debe reconocer en caso de conflicto de derechos. Lo cual impone que el diálogo lleve a la formación de consensos mínimos desde donde, pareciera ser la salida al dilema, poder concretar la anhelada unidad interpretativa. En esta tarea, es fundamental la relevancia –como lo ha demostrado el caso *Melloni*– de la jurisprudencia orientadora del TEDH.

En efecto, en su sentencia Nr. 26/2004 donde responde al Tribunal de Justicia, el Tribunal Constitucional español va a fundamentar su cambio de jurisprudencia en lo que hace a la interpretación del artículo 24.2 (constitución española) –o sea admite bajar el nivel de protección–, atendiendo más a la jurisprudencia de Estrasburgo que a las indicaciones de Luxemburgo.⁵⁰ En opinión de MACÍAS CASTAÑO, “recontextualiza” en cierta medida las razones del planteamiento de la cuestión prejudicial (MACÍAS CASTAÑO, 2014: pp. 135-136).

De este modo, se determina que, en la interpretación constitucional, “el canon de control que debemos aplicar”, ha de ser “integrado por los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España”. Entre tales tratados, se encuentran tanto el CEDH como la CDFUE, “que se constituyen, así, *junto con la interpretación que de los mismos llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales, en elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido absoluto* del derecho reconocido en el art. 24.2 [constitución española]. Contenido cuyo desconocimiento

⁵⁰ Ello posible gracias a que, el ordenamiento español se caracteriza –como la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos– por su *apertura* tanto hacia el derecho supranacional, vía el ya citado artículo 93 (constitución española) –que ha permitido la conexión directa con el derecho de la UE–, como hacía el derecho internacional de los derechos humanos (incluido el CEDH), mediante el desarrollo de una fórmula constitucional *punte* en el artículo 10.2 (constitución española).

determina la vulneración indirecta del derecho fundamental por parte de los órganos judiciales españoles”.⁵¹

Se reafirma, en este rumbo, la *autoridad interpretativa* no solo del Tribunal de Justicia, sino también del TEDH. Este último Tribunal, en la cuestión que ocupa el caso *Melloni*, ha interpretado como incluido dentro del *derecho a un proceso equitativo* recogido en el artículo 6 (CEDH), el derecho de las personas condenadas en rebeldía a que un tribunal se pronuncie de nuevo sobre el fondo del asunto tras oír al acusado. Sin embargo, la inclusión de tal derecho dentro del citado artículo 6 (CEDH) se ha *condicionado* por los jueces de Estrasburgo “a que estas personas, cuando hayan sido informadas de manera efectiva de las diligencias, no hayan renunciado de manera inequívoca a su derecho a comparecer”.⁵²

Por lo tanto, para el TEDH, la presencia del acusado en el juicio es un derecho básico de éste, pero no se infringe el artículo 6 (CEDH) cuando el acusado, debidamente emplazado, decida libremente renunciar a su presencia en el juicio, y siempre que cuente durante el mismo con la asistencia de Abogado para la defensa de sus intereses.⁵³

En el mismo sentido que el TEDH se expresó el Tribunal de Justicia al afirmar que, en lo que atañe al alcance del *derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo* previsto en el artículo 47 (CDFUE) y de los *derechos de la defensa* garantizados por el artículo 48.2 (CDFUE) “se ha de precisar que, aunque el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, aquel derecho no es absoluto”.⁵⁴ Este criterio, como ya observamos, fue confirmado por los jueces de Luxemburgo en el asunto *Melloni*.⁵⁵ Estamos en presencia, por lo tanto, de una *convergencia interpretativa* entre ambos tribunales internacionales.

⁵¹ STC 26/2014, 20/02/14, Fundamento Jurídico 4. Sin resaltar en el original.

⁵² STEDH, 1/03/06, *Sejdovic c. Italia* [n° 56581/00], apartado 82 y siguientes.

⁵³ Véase STEDH, 22/09/94, *Pelladoah c. Países Bajos* [n° 16737/90], apartado 40; y en el mismo sentido, STEDH, 23/11/93, *Poitrinol c. Francia* [n° 14032/88], apartado 35; *Lala c. Países Bajos* 22/09/94 [n° 14861/89], apartado 33; y *Van Geysegem c. Bélgica*, 21/01/99 [n° 26103/95], apartado 34.

⁵⁴ Véase, en particular, TJUE, sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, C-619/10, EU:C:2012:531, apartados 52 y 55.

⁵⁵ apartado 49.

El conflicto dentro de la *comunidad de intérpretes finales* se resuelve entonces en el asunto *Melloni* con la *deferencia* del Tribunal Constitucional español hacia el TEDH y el Tribunal de Justicia. Ambos tribunales *concuerdan* en la interpretación sobre el alcance que debe reconocérsele a los derechos en debate. En consecuencia, como las posturas de ambos tribunales supranacionales son “*coincidentes en buena medida*, operan, en el caso que nos ocupa, como criterios hermenéuticos”.⁵⁶

Hábilmente, sentencia ALONSO GARCÍA, el Tribunal Constitucional español redujo la colisión entre ambos ordenamientos jurídicos (el de la UE representado en el caso por la Euro-orden a su vez amparada por la CDFUE, y el constitucional interno interpretado hasta entonces, en materia de juicios en ausencia, de manera maximalista) al terreno de la armonía, estimando que la propia constitución española permitiría e incluso impondría asumir el parámetro de protección dispensado por la CDFUE, llamando integrar, por la vía del artículo 10.2 (constitución española), el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (ALONSO GARCÍA, 2014, P. 192).

La Corte Constitucional italiana, en cambio, en su sentencia Nr. 115/2018 al evaluar la respuesta de los jueces de Luxemburgo en *Taricco II*, no se mostró tan flexible. Cabe preguntarse si se trató de una *oportunidad perdida* para consolidar el diálogo con el Tribunal de Justicia ya que deja de lado el artículo 4.2 (TUE) utilizado en su presentación, y que consentiría una *vía de salida* a conflictos interordinamentales al promover una primacía integrada del DUE a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. A esta línea argumental se aproximó la respuesta en la sentencia *Taricco II*, la Corte Constitucional italiana persistió, sin embargo, en *defender a ultranza y de forma dogmática su monopolio sobre el control de constitucional y el consiguiente derecho a la última palabra*.

La eventual aplicación en el ordenamiento italiano de la llamada “regla *Taricco*”, insisten los jueces constitucionales, violaría los artículos 25.2 y 101.2

⁵⁶ STC 26/2014, 20/02/14, Fundamento Jurídico 4. Sin resaltar en el original.

de la Constitución italiana y “no podría por tanto ser consentida *ni siquiera a la luz de la primacía del derecho de la UE*. Sin embargo, a esta Corte le ha parecido que la misma sentencia Taricco (párrafos 53 a 55) tiende a excluir tal aplicación *en cada caso que la misma se encuentre en conflicto con la identidad constitucional del Estado miembro* y, en particular, implique una violación del principio de legalidad penal, según la apreciación de la autoridad competente del Estado. Lo interpretación precedente *ha sido confirmada* por la Corte de Justicia”.⁵⁷

La Corte Constitucional italiana interpreta la *flexibilización* expuesta en los argumentos de la respuesta del Tribunal de Justicia como una mera y simple *confirmación* de su derecho a la última palabra: “La autoridad competente para realizar el control solicitado por el Tribunal de Justicia es la Corte Constitucional, a quien corresponde en *vía exclusiva* la tarea de determinar si el Derecho de la Unión está en contraste con los principios supremos del orden constitucional y, en particular, de los derechos inalienables de la persona. Para este fin, el papel esencial del juez común consiste en señalar la duda sobre la legitimidad constitucional de la legislación nacional que da entrada a la norma europea y que genera el mencionado contraste”.⁵⁸

RUGGERI, en su comentario a la sentencia que observamos, llama la atención de que la Corte Constitucional italiana parte de la premisa de que solo al juez constitucional le compete decir la última palabra en lo que respecta a la observancia de los “contra límites”. Esta afirmación, según el autor que seguimos, tiene entre sus proyecciones afectar las relaciones entre dicha Corte con el Tribunal de Justicia, “a quien se dirige un claro mensaje según el cual ningún espacio (margen de apreciación) puede serle reconocido en orden al reconocimiento de los principios fundamentales del derecho interno, así como en relación a los elementos constitutivos y expresivos –lo cual se hace notar en la sentencia en examen de modo insistente– de la identidad constitucional del ordenamiento estatal” (RUGGERI, 2018). La crítica de RUGGERI en este punto es que, la sentencia Nr. 115/18, *no utiliza ninguna palabra en resaltar la importancia*

⁵⁷ SCCI Nr. 115 de 10 de abril de 2018, punto 5 de los considerandos en derecho.

⁵⁸ *Ídem*, punto 8 de los considerandos en derecho. Sin resaltar en el original.

que para el ordenamiento jurídico de la UE reviste el artículo 4.2 (TUE) –como sí lo había hecho la citada ordenanza Nr. 24/2017– y en la llamada “europeización de los contra límites”.

El mensaje, escribe RUGGERI, es claro y decididamente afirmado: “ninguna responsabilidad se puede compartir con los jueces internos ni con cualquier otro que trate de establecer cuáles son y cómo operan los principios en cuestión”. En síntesis, una vez recibida la respuesta *adecuada* de los jueces de Luxemburgo al ultimátum manifestado por la Corte Constitucional italiana en la cuestión prejudicial planteada, ésta última no se ha limitado –como señala el autor hubiese sido sumamente oportuno– a tomar conocimiento de la respuesta recibida, pero desplazando el objeto de la misma hacia la identidad constitucional. Sino que intentó obtener, en un solo golpe, un doble resultado: reafirmar la primacía de la Constitución en su expresión más calificada (los principios fundamentales) en su relación con el derecho supranacional en general (con el objeto de hacer valer los contra-límites) y, al mismo tiempo, “reafirmarse como el intérprete y garante exclusivo de la misma primacía, relegando a otros operadores institucionales (y, en particular, a los jueces comunes) a un rol meramente auxiliar”.⁵⁹

Coincidimos con RUGGERI al calificar la sentencia como una “mala decisión”, portadora de un modelo de relaciones interordinamentales que aparece “envejecido e impensable, ciertamente no beneficioso a la causa de la integración supranacional” y, al mismo tiempo, portador de un modelo de relaciones institucionales “no inspirado por una cooperación igualitaria y fecunda”. En definitiva, la sentencia anotada parece portadora de un ordenamiento estatal “en un todo separado” del ordenamiento de la UE. El cual, caracterizado por una identidad constitucional propia, no comparte con la identidad de la UE ni siquiera el “núcleo duro” de una tradición constitucional en lo que específicamente refiere al derecho penal. Todo ello, ralentiza el proceso

⁵⁹ Sin resaltar en el original.

de integración y lo obliga a entrar en espacios institucionales objetivamente restringidos.

Lo expuesto hasta aquí no implica que la construcción de un sistema de derechos de la UE implique relegar la primacía del DUE derivada de su supranacionalidad, o bien la supremacía constitucional. Implica, ante todo, no relegar el consenso que procura un diálogo permanente entre Cortes y que debiera encontrarse en la base de aquel sistema de derechos.

VI. Bibliografía

AGUILAR CALAHORRO A. (2011), *La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*. Revista de Derecho Constitucional Europeo”, año XVIII, N° 16, pp. 471-512.

ALONSO GARCÍA, R. (2001). *El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Cuadernos de Derecho Público, N° 13, pp. 13-43.

— (2014). *El juez nacional ante la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Pamplona: Civitas.

ARROYO JIMÉNEZ, L. (2011). *Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias*. WP IDEIR, N° 8.

CARTABIA, “Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (16/07/2017)”, *Rivista AIC/Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, N°: 3/2017, en www.rivistaaic.it

CIVELLO CONIGLIARO S., LO FORTE S. (2013). *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell’Unione europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*. Diritto penale contemporaneo, 3 giugno 2013, Accesible en: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/2317-cooperazione-giudiziaria-in-materia-penale-e-tutela-dei-diritti-fondamentali-nell-unione-europea>.

DÍAZ CREGO, M. (2009) *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Madrid: Reus editorial.

GAMBINO, S. (2012). *Identidad constitucional nacional, derechos fundamentales e integración europea*, “Revista de Derecho Constitucional Europeo”, año IX, N° 18, pp. 55-94.

— (2014). *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato, N° 13/2014. Accesible en: [http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=26474&dpath=document&dfile=23062014174633.pdf&content=Livello+di+protezione+dei+diritti+fondamentali+\(fra+diritto+dell%E2%80%99Unione,+convenzioni+internazionali,+costituzioni+degli+Stati+membri\)+e+dialogo+fra+le+Corti.+--+stato+--+dottrina+--+](http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=26474&dpath=document&dfile=23062014174633.pdf&content=Livello+di+protezione+dei+diritti+fondamentali+(fra+diritto+dell%E2%80%99Unione,+convenzioni+internazionali,+costituzioni+degli+Stati+membri)+e+dialogo+fra+le+Corti.+--+stato+--+dottrina+--+)

GARCÍA ROCA, J. (2003). *Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 119, pp. 165-190.

— (2012). *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales*. Teoría y Realidad Constitucional, N° 30, pp. 183-224.

GARCÍA SÁNCHEZ, B. (2013), *¿Homogeneidad o estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la Eurorden europea?*. Revista de Derecho Comunitario Europeo”, año XVII, N° 46.

LACOMETTI, M. (2013). *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*. Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio, ottobre 2013. Accesible en: <http://www.osservatorioaic.it/il-caso-melloni-e-l-interpretazione-dell-art-53-della-carta-dei-diritti-fondamentali-dell-unione-europea-tra-corte-di-justizia-e-tribunale-costituzionale-spagnolo.html>

LÓPEZ CASTILLO, A. (2001). *Algunas consideraciones sumarias en torno a la carta de derechos fundamentales de la unión europea*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)”, N° 113, pp. 43-74.

MACÍAS CASTAÑO, J. M. (2014). *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional. El asunto Melloni*. Barcelona: Editorial Atelier.

MARTUFI A. (2017) *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte Costituzionale. Diritto Penale Contemporaneo*, 11/05/2017. Accesible en: [en www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

OLIVER LEÓN, B. (2003). *La Carta De Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el debate constitucional europeo*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)”, N° 119, pp. 221-259.

PIZZOLO, C. (2010). *Derecho e Integración regional. Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*. Buenos Aires: Ediar.

— (2017). *Comunidad de intérpretes finales. Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. El diálogo judicial*. Buenos Aires: Astrea.

REPETTO, G. (2016). *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*. Rivista AIC- Associazione Italiana Costituzionalisti, N° 2/2016 (15/05/2016). Accesible en: www.rivistaaic.it

RICCARDI, G. (2017). *“Patti chiari, amicizia lunga”*. La Corte Costituzionale tenta il «dialogo» nel caso Taricco, esibendo l’arma dei controlimiti. Diritto Penale Contemporaneo, 27/03/2017. Accesible en: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/RICCARDIGIUSEPPE_2017a.pdf

RUBIO LLORENTE, F. (2002). *Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)*. Revista Española de Derecho Constitucional”, N° 64, pp. 13-52.

RUGGERI A. (2017). *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti” (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*. Consulta on line, N° 1/2017. Accesible en: www.giurcost.org.

—. *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dl caso Taricco)*. Diritto Penale Contemporaneo, N° 4/2014. Accesible en: www.penalecontemporaneo.it.

—. *Taricco, amaro finale di partita, Consulta on line*, N° 3/2018. Accesible en: www.giurcost.org

SÁIZ ARNAIZ A. (2001), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?*. Cuadernos de Derecho Público”, N° 13, pp. 153-170.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (2003) *Constitución y orden constitucional en la Unión Europea*. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), N° 119, pp. 57-80.

TORRES MURO I. (2013). *La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)*. Revista Española de Derecho Constitucional”, N° 97, pp. 343-370.

TORRES PÉREZ A. (2014), *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*. European Constitutional Law Review, Vol. 10, N° 2, pp. 308-331, doi:10.1017/S1574019614001199.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA J. I. (2013), *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional español*. Teoría y Realidad Constitucional, N° 32, pp. 391-428.

WEBER A. (2002). *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, N° 64, pp. 79-97.

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE SALUD EN PERÚ EN EL CONTEXTO COVID-19

Raúl Vásquez Rodríguez¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 28 de diciembre de 2020

Resumen

Este artículo estudia el aparente conflicto que existe entre el derecho fundamental relacionado con la salud y la integridad de la persona, y el vinculado con la privacidad y la protección de datos personales, enmarcado en el contexto de la emergencia sanitaria del Covid-19 en el Perú, a fin de descartar tal situación de conflicto y esclarecer la interacción positiva entre ambos derechos, a partir del análisis de la normativa constitucional y legal peruana vinculada.

Palabras clave: Derecho a la salud - Protección de datos personales - datos personales de salud

Title: Personal health data protection in Peru in the context of Covid-19 pandemic.

Abstract

This paper studies the alleged struggle between right to health and bodily integrity and the right to privacy and personal data protection, in the framework of Covid-19 public health emergency in Peru, in order to reject that struggle, and show facts that demonstrate the beneficial interaction between such human rights, based on analysis of Peruvian Constitution and laws related.

Keywords: Right to health - Personal data protection - Personal health data

¹ Abogado y Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia (Pontificia Universidad Católica del Perú). Especialista en Derecho Administrativo (Universidad de Salamanca, España). Miembro del Colegio de Abogados de Lima, Perú.

I. Introducción

La pandemia del Covid-19 ha alterado las actividades humanas y de la sociedad en todo el mundo, especialmente en países como Perú que, por sus particularidades, presentan cierto grado de vulnerabilidad.

Para mitigar los riesgos relacionados con dicha pandemia, el Poder Ejecutivo peruano emitió el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, mediante el cual se declaró el estado de Emergencia Nacional y se adoptó una serie de medidas para la prevención del contagio, como el aislamiento social o las restricciones de ciertos derechos fundamentales (libertad de reunión y movimiento); medidas que fueron complementadas a través de otras normas, lineamientos sectoriales, el uso de tecnologías de la información, así como con el tratamiento de datos personales.

En una circunstancia como la actual, de riesgo para la salud pública y consecuente necesidad de acciones de prevención, son imprescindibles los actos de recopilación y procesamiento de la información relativa a la salud de las personas, efectuados desde el diagnóstico hasta el seguimiento de posibles focos de contagio, pasando por la preservación de condiciones de seguridad y salud mínimas para trabajadores. Asimismo, se requiere el manejo de datos personales de posibles infectados y personas de su entorno por parte de entidades públicas e incluso privadas, lo cual puede implicar una invasión a la privacidad de tales personas, así como el riesgo de difusión no deseada de sus datos personales.

Lo mencionado pone en manifiesto la interacción que existe entre el derecho a la salud, entendido ampliamente como derecho fundamental de la persona, constitucionalmente reconocido en Perú, y el derecho fundamental a la protección de datos personales; interacción que, inicialmente, parecería tender al conflicto. No obstante, como se irá esclareciendo, existen en el sistema jurídico peruano soluciones que hacen funcional dicha interacción, surgidas de la Ley N°

29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, LPDP) y su reglamento.

Para demostrar tal interacción, se estudiarán preliminarmente los componentes normativos de cada uno de los derechos mencionados, comenzando por el derecho a la salud, para luego pasar al análisis del derecho fundamental a la protección de datos personales y su normativa (LPDP y su reglamento), incidiendo en lo relativo al consentimiento para el tratamiento de los datos personales relativos a la salud, entendido como la manifestación de voluntad consciente de la persona respecto del tratamiento de sus datos personales. Con ello, se irá trazando la forma en que se puede resguardar ambos derechos, obteniendo una respuesta aplicable a la actual situación de emergencia sanitaria o cualquier otro escenario donde tenga lugar el mencionado encuentro de derechos.

II. El derecho a la protección de la salud en el derecho peruano

Es necesario comenzar con la mención general del derecho, entendiéndolo como derivado del derecho fundamental a la integridad, contemplado en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución), siendo irrenunciable e inalienable, por corresponder a la dignidad de la persona; y por otro lado, como relacionado al derecho constitucionalmente protegido a la salud, previsto en el capítulo II del título I de la mencionada carta magna, el cual se compone de otras disposiciones referidas a la salud individual, familiar y a su preservación en la comunidad (RUBIO, 2017: pp. 58-59), así como a las garantías que debe prestar el Estado para el ejercicio de tales derechos.

Cabe preguntarse cómo se podría hablar de un derecho fundamental a la salud, más allá de que se omita su mención expresa entre los numerales el artículo 2 de la Constitución. Para responder a tal inquietud, se debe descartar la negativa a dicha posibilidad, comenzando por observar lo establecido en el artículo 3 de dicha norma constitucional, que se cita a continuación:

“Artículo 3°. *La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”* (Constitución Política del Perú, 1993)

De acuerdo con tal precepto constitucional, no existe óbice para el reconocimiento de derechos que deriven de la dignidad de la persona, que por ello, requieran de garantía constitucional, la cual corresponde a un factor inherente y esencial del desarrollo de la personalidad, como es la salud.

Debido a dicho carácter esencial, no es adecuado hablar de derechos “establecidos”, término que se utiliza en el artículo constitucional citado, sino del reconocimiento e individualización de los mismos (RUBIO, EGUIGUREN, BERNALES, 2010: pp. 797-800), que deben considerarse como necesariamente existentes, producto de la evolución de los conceptos en los que se originan. Esta especial idea de apertura de los derechos fundamentales es desarrollada en sentencias del Tribunal Constitucional como la recaída en el expediente N° 0008-2003/AI-TC, en cuyo considerando 32 se establece el siguiente razonamiento:

“32. (...) en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un numerus apertus a otras expresiones sucedáneas.

Así, el artículo 3 de la Constitución prevé la individualización de ‘nuevos’ derechos, en función de la aplicación de la teoría de los ‘derechos innominados’, allí expuesta y sustentada.”²

² Tribunal Constitucional, 11/11/2003, “Nesta Brero en representación de 5728 ciudadanos c/ artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001”, Expediente N° 0008-2003/AI-TC.

i. La composición del derecho fundamental a la salud

Inicialmente, puede concebirse el derecho a la integridad personal como aquel que incorpora a la salud como derecho fundamental de la persona, previsto en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución, conjuntamente al derecho a la vida, a la identidad, así como al libre desarrollo. Tal ubicación sistémica, junto a otros valores esenciales, se debe a su importancia para la dignidad humana, al ser necesarios para la afirmación y desarrollo de la persona.

De acuerdo con Landa, la integridad personal se compone tanto de la protección de la indemnidad somática o corporal de la persona frente a cualquier posible agresión o intervención no deseada, así como de la indemnidad psíquica y moral, refiriéndose a la protección frente a injurias o maltratos en general, y en el caso de la indemnidad moral, a la protección de sus convicciones y creencias racionalmente determinadas (LANDA 2017: pp. 41-43), con lo cual se añade al conjunto de hechos prohibidos el trato inhumano o degradante y la tortura. Dichas facetas de la integridad son manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad, que requieren la protección reforzada de parte del Estado mediante disposiciones de rango constitucional y legal que conformen el ordenamiento jurídico nacional.

Como derecho subjetivo, surge el derecho y deber de la persona de preservar su propia integridad en las tres facetas vistas anteriormente, lo cual la posibilita a repeler cualquier intervención no deseada por ella o no necesaria, mientras que le impide atentar contra su propia anatomía o *psiquis*, estableciéndose como regla la imposibilidad de disponer de su integridad (RUBIO *et al*, 2010: pp. 117-119). Sin embargo, debe resaltarse el carácter no absoluto de este derecho-deber, lo cual se evidencia en casos en los que tales intervenciones sobre las personas se deben a una necesidad de salud, como el caso de los actos médicos, u obedezcan a su voluntad, como en casos humanitarios de donaciones voluntarias de órganos, evidente acto de disposición de la integridad física.

Por su parte, del mismo derecho fundamental emanan deberes para el Estado en su calidad de garante de las libertades y derechos fundamentales que

sustentan el estado de Derecho (ESTEVE, 2015: p. 13) y se dirigen a la protección de los particulares. El más elemental de estos deberes es evitar cualquier intervención que lesione la integridad de la persona, principalmente cuando esta no obedezca a su voluntad o cuando sea necesaria para evitarle un perjuicio mayor. Derivado de él, surge otro deber del Estado, en su papel de garante de los derechos y de la dignidad humana, el cual puede subdividirse en dos: investigar y sancionar los mencionados perjuicios a la integridad de la persona, y adoptar las acciones pertinentes para prevenir o evitar dicha clase de afectaciones.

Con ello, queda clara la existencia del derecho fundamental a la conservación del bienestar corporal y psíquico de las personas, así como del deber de garante del Estado sobre tal derecho, desde lo cual evoluciona uno de los derechos sociales constitucionalmente reconocidos: El derecho a la salud, desarrollado en diversos artículos del capítulo II del título I de la Constitución.

En primer término, el artículo 7 de la Constitución, citado a continuación:

“Artículo 7°. *Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. (...)*” (Constitución Política del Perú, 1993)

El citado artículo concibe a la salud como un bien de interés tanto para el individuo, en su entorno más íntimo y en su entorno exterior, el cual se compone de los grupos a los que pertenece dentro de la sociedad en general. En su favor, existe la obligación de protección, promoción y defensa de la salud a cargo del Estado de forma directa e indirecta, vale decir, a través de la prestación de los servicios asistenciales y de la dirección en la forma de dicha prestación, cuando esta es realizada por entidades públicas o privadas.

Lo concerniente a dicha obligación halla su sustento en el artículo 9 de la Constitución, en los siguientes términos:

“Artículo 9°. *El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el*

acceso equitativo a los servicios de salud.” (Constitución Política del Perú, 1993)

En este artículo constitucional se señala al Estado como responsable de la política nacional de salud y al Poder Ejecutivo como supervisor de su diseño y cumplimiento, garantizando el acceso equitativo a los servicios de salud. Ello implica una labor continua en diversos aspectos de dichos servicios, como la planificación, ejecución y supervisión de programas relativos a la salud pública.

El mencionado rol de garante de la prestación los servicios de salud, es establecido en el artículo 11 de la Constitución, como se cita a continuación:

“Artículo 11°. *El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.” (Constitución Política del Perú, 1993)*

Dicho artículo que muestra al Estado en dos facetas: como principal diseñador de los programas generales a nivel nacional y prestador directo de dichos servicios, por un lado, y el de regulador y fiscalizador de su prestación por parte de entidades privadas; a fin de mejorar el nivel de vida de las personas, garantizando el acceso equitativo y disponibilidad de servicios de salud adecuados (LANDA, 2017: p. 161).

Lo descrito confirma la existencia de un derecho fundamental a la protección de la salud, en virtud del cual se demanda diversas acciones a cargo del Estado, dirigidas proteger a la persona en su integridad, las cuales pueden implicar hasta la limitación de otros derechos constitucionales, debido a su trascendencia. Estas acciones son desarrolladas en normativa infraconstitucional, con la Ley N° 26842, Ley General de Salud (en adelante, LGS), en la forma que se verá a continuación.

ii. Desarrollo legal del derecho a la protección de la salud

La protección de constitucional que recibe la salud, como condición indispensable para el desarrollo humano, hace que esta adquiera la condición de interés público y por ello, sea necesario el desarrollo legal de su protección.

Es a través de la LGS que se establecen los derechos, deberes, restricciones y responsabilidades que se deben asumir para una adecuada prestación de servicios de salud, así como las disposiciones generales concernientes al derecho a la protección de la salud, previstas estas en su Título Preliminar.

El artículo II de dicho título de la LGS, se reafirma la calidad de interés público que tiene la protección a la salud, como se puede leer a continuación:

“II. La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.” (Ley N° 26842, Ley General de Salud)

De la calidad de interés público que tiene la protección de la salud, deriva el deber del Estado consistente en su vigilancia, regulación y promoción. Ello implica realizar labores de fiscalización, planificación, el diseño de programas generales y para situaciones particulares, y su continua supervisión, correspondiéndole el mando en dichas acciones, así como el dictado de normas de orden público.

Ahora bien, es conveniente tener en cuenta, dentro de los artículos del Título Preliminar, uno específico al manejo de la información en salud por parte de la autoridad nacional de salud, el artículo XIV, que establece la obligación de las personas la información concerniente a la salud que sea exigible, según ley:

“XIV. La información en salud es de interés público. Toda persona está obligada a proporcionar a la Autoridad de Salud la información que le sea exigible de acuerdo a ley. La que el Estado tiene en su poder es de dominio público, con las excepciones que establece la ley.” (Ley N° 26842, Ley General de Salud)

Esta disposición, junto al carácter de orden público de las normas referidas a salud, demuestran la efectiva fuerza normativa que la recopilación de información de salud tiene para limitar ciertos derechos fundamentales en determinadas circunstancias, como los derechos relacionados a la intimidad, la privacidad y la protección de datos personales, los cuales se estudiarán en el siguiente apartado.

III. Derecho fundamental a la protección de los datos personales

Para estudiar este derecho fundamental, debe entenderse como su “semilla” lo que, en su origen anglosajón, se concibe como *right to be alone*, el concepto de soberanía de todo hombre sobre su propio espacio, desarrollado primero por el juez de la Suprema Corte del Estado de Michigan Cooley en 1879 y posteriormente por Louis Brandeis y Samuel Warren en su artículo “*The Right of Privacy*” de 1890 (SALDAÑA, 2012: pp. 196-197)

El entendimiento unidimensional del mencionado derecho de la persona se mantuvo en el ordenamiento jurídico peruano con la Constitución Política del Perú de 1979, en cuyo artículo 2 se incluyó una redacción que aglutinaba a la intimidad personal y familiar como referente general al resguardo de dos niveles de espacio personal, junto al honor y a la reputación, como se puede apreciar a continuación:

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

5.- *Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...)*” (Constitución Política del Perú, 1993)

De ello, se desprende un derecho a la protección de la información vinculada a tales niveles de intimidad, consistente en poder de repeler intromisiones de terceros, sin desarrollar otras prerrogativas sobre la información personal.

La disgregación de los derechos fundamentales de la persona sobre su espacio se verá en la siguiente Constitución peruana, de 1993, en cuyo artículo 2 se tienen dos numerales: Uno referido al honor, reputación, voz, imagen e intimidad, y uno novedoso, respecto de la información concerniente a la persona en sus ámbitos personal y familiar, fortaleciendo el control que esta tiene sobre tal información, siendo su titular. Los textos de tales derechos son los siguientes:

“Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

(...)

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.” (Constitución Política del Perú, 1993)

i. Derecho fundamental a la autodeterminación informativa o a la protección de datos personales

En la Constitución, se aprecia que los numerales 6 y 7 de su artículo 2 incluyen como objeto de protección a la intimidad personal y familiar, pudiendo parecer vana su distinción. Sin embargo, es funcional distinguir las garantías que cada una confiere, lo cual es decisivo para demarcar el camino de la presente investigación; para ello, resulta conveniente comenzar por el numeral 7 señalado.

Dicho numeral ofrece como garantía para la intimidad personal y familiar, la prohibición del escudriñamiento y/o divulgación no deseada en la esfera totalmente individual como en las más íntimas en las que se desenvuelve la persona (familiar, amical, laboral); teniendo como objetivo inmediato la inviolabilidad de tales actos y como objetivo mediato, el equilibrio necesario para su desarrollo individual y en sociedad (FERNÁNDEZ, 2004: p. 59). De ello, surge una prohibición general de intromisión no deseada de terceros en la información del sujeto, a través de su acceso a esta o su extracción.

Por su parte, en el texto del numeral 6 de dicho artículo constitucional se aprecia la protección contra el suministro de información correspondiente a una determinada persona que pueda afectar su intimidad personal y familiar, y en general, contra acciones ejercidas por terceros respecto de tal información, lo que hace que la integridad del derecho dependa del comportamiento de tales terceros, que puede ser controlado según la voluntad o criterio del titular de la información.

Por ende, existe una importante diferencia conceptual respecto del numeral 7, pues al comprender el control de comportamientos ajenos, premune a la persona de la facultad de ejercer señorío sobre su información y de determinar qué se hace con ella (LETE, 1996: pp. 176-177). Así, no solo da a la persona la facultad de repeler intromisiones, sino también de prevenir, evitar y/o revertir los efectos de actividades de terceros que expongan sus datos personales, se tenga o no su consentimiento, o exista otro supuesto que legitime tales actividades.

Es así que el derecho fundamental a la protección de datos personales, denominado también “autodeterminación informativa” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú, confirma su distinción, al permitir controlar cualquier acto de tratamiento de su información personal mediante las facultades que le otorga a la persona (CASTRO, 2008: pp. 261-262), con lo cual se satisface la necesidad de equilibrio a favor del individuo en el actual contexto de circulación veloz de información (PÉREZ, 1996: pp. 23-24), de acelerada evolución de las tecnologías de la comunicación y del uso predominante de estas por parte de entidades públicas y privadas que ejercen poderes fácticos, en el gobierno, en el mercado, o inclusive de particulares cuyo poder reside en el manejo de considerable cantidad de información, lo que traslada parte del conflicto a la esfera de los privados (SAGÜÉS, 1998: pp. 859-862).

Los caracteres del derecho fundamental mencionado son reconocidos en Perú a través de sentencias de su Tribunal Constitucional, como la dictada en el expediente N° 1797-2002-HD/TC, que distingue sus alcances de los del derecho a la intimidad, en los siguientes términos:

“3. (...) el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar, reconocido, a su vez, por el inciso 7) del mismo artículo 2° de la Constitución. Ello se debe a que mientras que este protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder

*preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen.*³

Este aspecto es reforzado en la sentencia del expediente N° 4739-2007-PHD/TC, que desarrolla el imperio de la persona sobre su información:

“2. (...) el derecho a la autodeterminación informativa consiste en la serie de facultades que tiene toda persona para ejercer control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos. Se encuentra estrechamente ligado a un control sobre la información, como una autodeterminación de la vida íntima, de la esfera personal.”⁴

El derecho subjetivo otorgado a la persona no sería funcional si no emanaran del derecho fundamental obligaciones para los terceros que realizan el tratamiento de los datos personales, así como deberes del Estado, como implementar un sistema de protección. Dichos deberes y obligaciones, así como los principios rectores del tratamiento señalado, se desarrollan en la LPDP y su reglamento.

ii. Desarrollo legal y reglamentario del derecho fundamental a la protección de datos personales

La LPDP y su reglamento son las normas mediante las cuales se desarrollan las prerrogativas de las personas derivadas del derecho fundamental a la protección de datos personales, tales como los derechos denominados “ARCO” que se ejercen sobre los registros de su información en poder de terceros y las obligaciones respecto de las acciones de tratamiento de datos ejercidas por terceros. Así también, se establecen las condiciones de licitud de

³ Tribunal Constitucional, 29/1/2003, “Wilo Rodríguez Gutiérrez c/ Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima”, Expediente N° 1797-2002-HD/TC.

⁴ Tribunal Constitucional, 15/10/2007, “Pesquera Virgen del Carmen S.A.C. c/ Megatrack S.A.C.”, Expediente N° 4739-2007-PHD/TC.

tratamiento, a través de sus principios rectores, de las cuales emanan las obligaciones a cumplir por quienes efectúen dicho tratamiento.

Es preciso tomar en cuenta que la tutela de tales derechos, así como la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones de los responsables del tratamiento, se desarrolla por medio de procedimientos que dichas normas establecen, encomendando a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales funciones para efectivizar dicha tutela, en instancia administrativa.

En este punto del trabajo, conociendo la generalidad de lo dispuesto por la norma encaminada a garantizar el derecho a la protección de la salud así como la que desarrolla el derecho fundamental a la protección de datos personales, corresponde analizar cómo es que a través de las disposiciones de esta última (más precisamente las concernientes al consentimiento por la persona para que se realice el tratamiento de sus datos personales), se consigue el equilibrio entre ambos derechos, en circunstancias que favorecen su conflicto como la presente emergencia sanitaria, pudiendo ser una interacción positiva para las personas.

IV. Tratamiento de los datos personales en el ámbito de la salud, de acuerdo con la normativa de protección de datos personales

Al regular el tratamiento de datos personales, la LPDP determina no solamente su ámbito subjetivo u objetivo; también define los elementos involucrados con dicha acción, permitiendo su mejor conocimiento y distinción respecto de otras figuras o acciones, y el entendimiento de las disposiciones sobre ellos; propósito esclarecedor que se aprecia en las definiciones más relevantes.

El artículo 2 de la LPDP contiene una lista de tales definiciones, entre las cuales está la de “tratamiento de datos personales” en su numeral 19, que consiste en una lista de actividades, aisladas o incorporadas a procedimientos, que se realizan con datos personales, tales como la recopilación, almacenamiento, organización, bloqueo, supresión, así como diversas formas de traslado de dominio sobre los datos, como la transferencia por comunicación a destinatarios específicos o por difusión. Dicha lista es enunciativa, permitiendo

entender como tratamiento a cualquier otra acción ejercida con los datos, conocida o por conocer.

Asimismo, se aprecia que en el numeral 4 de dicho artículo, se define de forma general los datos personales como *“información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados”*, debiendo entenderse una doble dimensión del concepto: Por un lado, como un dato vinculado únicamente con una persona (su titular) que permite identificarla plenamente, como sucede con el número de DNI, el cual es asignado a un solo individuo; y, de otra parte, como datos que, sin ser tan propio o exclusivo de la persona, informan sobre ella, como la imagen, datos de contacto, información laboral, crediticia, hábitos, preferencias, entre otros.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la precitada definición es un género, dentro del cual se encuentra una especie de datos personales, los denominados “datos sensibles”. El numeral 5 del artículo 2 de la LPDP los define como una clase de datos de la esfera más íntima de las personas, tales como la salud o la vida sexual, entre otros; datos cuyo tratamiento ilícito o inadecuado implica un mayor riesgo para los derechos y libertades de la persona, por posibles actos de estigmatización o hechos discriminatorios (REMOLINA, 2013: p. 152).

La segregación de esta clase de datos tiene un efecto práctico en la normativa de protección de datos personales: Condiciona la licitud de su tratamiento a condiciones más estrictas, tales como obligaciones más estrictas y sanciones más graves en caso de su incumplimiento, obedeciendo al mayor riesgo para la persona que conlleva su tratamiento inadecuado o ilícito. En el siguiente apartado, se estudiará lo referido al principio de consentimiento de la LPDP, al ser uno de los supuestos de legitimidad más importantes del tratamiento de datos personales de salud (por su calidad de datos sensibles).

Acerca de los datos personales de salud, es importante entender tal concepto de forma amplia, considerando como tal cualquier información que pueda relacionarse a su salud física y psíquica. Con ello, se puede entender como un dato personal de salud no solo lo que subyace al acto médico, sino que

incluye exámenes, informaciones preliminares (síntomas, historias clínicas), y otros que permitan establecer antecedentes o pronósticos de la persona (DI PIZZO, 2018: pp. 249-250); proveniente de diversas fuentes, pudiendo ser entregados por la misma persona a través de medios electrónicos, como los dispositivos del internet de las cosas o aplicaciones móviles (ÁLVAREZ, 2016: p. 174).

i. Esencia de los principios de la LPDP

En la LPDP se tiene una lista abierta, de principios aplicables al tratamiento de los datos personales, a través de los cuales se establecen las pautas a las que debe ajustarse tal tratamiento (ZAMUDIO, 2012: p. 15), constituyendo bases de las disposiciones subsecuentes en dicha ley, al precisar sus finalidades generales.

En tal sentido, es válido pensar en los principios como supuestos cuyo cumplimiento legitima el tratamiento y que establecen las características fundamentales de su licitud, así como en su función integradora (PALMA, 2018: p. 40) respecto de otros artículos de la LPDP, aplicable cuando no exista una previsión normativa precisa para un supuesto de hecho específico.

En el título I de la LPDP, se tienen expresamente establecidos los siguientes principios rectores: Principio de legalidad, de consentimiento, de finalidad, de proporcionalidad, de calidad, de seguridad, de disposición de recurso y de nivel de protección adecuado. La disposición de tales principios no es arbitraria, puesto que el primero de todos ellos sirve como base para la exigibilidad de los siguientes, vale decir, que sirve como supuesto legitimador básico.

El principio de legalidad está redactado de la siguiente manera:

“Artículo 4. Principio de legalidad

El tratamiento de los datos personales se hace conforme a lo establecido en la ley. Se prohíbe la recopilación de los datos personales por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.” (Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales)

De acuerdo con lo citado, el tratamiento de datos personales debe ejecutarse en el marco de medios y relaciones jurídicas lícitas, respaldadas por el ordenamiento jurídico (PUYOL, 2016: p. 141), que no impliquen la comisión de un delito, infracción administrativa y/o incumplimiento civil, cumpliendo las normas legales y reglamentarias vigentes. Entonces, el cumplimiento de este principio rector se sustenta con el cumplimiento de los otros principios, como el principio de consentimiento, y de las disposiciones que emanen de estos.

ii. Contenido del principio de consentimiento de la LPDP

El principio de consentimiento de la LPDP constituye otro de los supuestos de legitimidad del tratamiento de datos personales, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 5. Principio de consentimiento

Para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular.” (Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales)

Es clara la obligación establecida: obtener la manifestación de voluntad favorable del titular de los datos personales, producto de su autodeterminación informativa, mediante la cual decide si permite o no el tratamiento, siguiendo unas condiciones mínimas de conocimiento y libertad, que constituyen supuestos de su cumplimiento y se establecen en otros artículos de la LPDP y su reglamento, como el inciso 13.5 del artículo 13 de la ley y el artículo 12 de dicho reglamento:

- **Libre:** La manifestación de voluntad de otorgar el consentimiento no debe someterse a coacción, engaño, dolo o cualquier otra distorsión; ni a la extensión del consentimiento a tratamientos no reconocibles por la persona.
- **Previo:** El consentimiento debe otorgarse antes del inicio de la acción de tratamiento para la cual se solicita.
- **Expreso e inequívoco:** El consentimiento debe manifestarse de forma tangible, ya sea de forma escrita (virtual o física), verbal o a través de una conducta indiscutiblemente favorable a autorizar el tratamiento.

- **Informado:** Para obtener el consentimiento, el responsable debe otorgar, de forma previa, la información detallada sobre factores básicos del tratamiento a realizar y las condiciones en las que se efectuará; permitiendo al titular de los datos personales su pleno entendimiento y con ello, su voluntad consciente.

En el caso del tratamiento de datos sensibles existen obligaciones mayores para el responsable, a fin de dar una mayor garantía de que el titular de tales datos manifestó válidamente su voluntad, conservando el documento de sustento. Por ello, el inciso 13.6 del artículo 13 de la LPDP establece lo siguiente:

“Artículo 13. Alcances sobre el tratamiento de datos personales

(...)

13.6 En el caso de datos sensibles, el consentimiento para efectos de su tratamiento, además, debe efectuarse por escrito. Aun cuando no mediara el consentimiento del titular, el tratamiento de datos sensibles puede efectuarse cuando la ley lo autorice, siempre que ello atienda a motivos importantes de interés público.” (Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales)

Sin perjuicio de lo anterior, debe tomarse en cuenta otro factor importante previsto en el inciso citado, referente a la posibilidad de que el tratamiento se efectúe sin el consentimiento del titular de los datos personales cuando exista una autorización legal que atienda a razones de interés público; cuestión importante que obedece al carácter no absoluto del derecho fundamental, circunscribiendo su limitación a supuestos establecidos en leyes y a situaciones de interés público. Con ello, se debe iniciar el estudio de escenarios en los que no se requiere el consentimiento para el tratamiento de datos personales del artículo 14 de la LPDP.

iii. Excepciones a la obligatoriedad del consentimiento para el tratamiento de datos personales

El artículo 14 de la LPDP contiene un listado de supuestos que pueden aceptarse como legitimadores *per se* del tratamiento, al punto de permitirlo sin

el consentimiento del titular de los datos personales, hecho que implica la limitación del derecho fundamental a la protección de datos personales. Dicha prescindencia tiene su origen en causales que reemplazan a la voluntad consciente de la persona, por obedecer a intereses superiores, como en estas situaciones:

- Cuando la voluntad de consentir el tratamiento de datos se manifiesta a través de otro acto jurídico que, para su concreción, requiere de sus datos personales, como el establecimiento de una relación contractual (comercial o laboral) por parte del titular o un acto en beneficio de sus propios intereses.
- Cuando el tratamiento de datos es permitido para el cumplimiento de una norma con rango de ley, que representa los intereses o necesidades de la nación; o para satisfacer un interés público relevante, calificado como tal por el Poder Ejecutivo, donde el derecho individual cede ante el bien común, como sucede respecto de un derecho constitucional a la protección de la salud y la salud pública, con el menor impacto posible para los derechos de la persona.
- Cuando el tratamiento es necesario para ejercer las competencias y funciones de una entidad pública.

Es necesario tener en cuenta que pese a la especial protección que la normativa brinda a los datos sensibles, el tratamiento de estos no escapa a estas situaciones excepcionales de prescindencia del consentimiento, por una situación que surge de la redacción legal: El artículo mencionado no hace distinción entre las clases de datos personales objeto de tratamiento, porque en esos casos, se entenderá que hay un interés superior que justifica esta flexibilización.

Entendido ello, se debe anotar en primer lugar el numeral 1 del artículo 14 de la LPDP, referido a dos actividades específicas de tratamiento de datos personales, recopilación y transferencia, efectuadas por las entidades públicas en el ámbito de sus competencias. Al respecto, debe tenerse en cuenta que tales competencias no serían solamente las contempladas en las normas de organización y funciones o leyes de creación de las entidades; más bien, tales competencias pueden estar enmarcadas también en leyes sectoriales, como

sucede con la LGS, como rectora de la prestación de los servicios de salud, que sirve como base para permitir la recopilación de datos personales a las autoridades del sistema nacional de salud.

Corresponde hacer referencia, en segundo lugar, a la excepción más recurrente para las actividades de tratamiento, contenida en el numeral 5 del artículo 14 de la LPDP, la cual centra su justificación en la necesidad de los datos personales para los actos preparatorios, celebración, ejecución y cumplimiento de un contrato de índole comercial o laboral, si los datos personales sean relevantes para asegurar la continuidad de las prestaciones a cargo de los partes.

En los casos laborales, se necesita el tratamiento de datos personales en la fiscalización a cargo del empleador y para cumplir con sus obligaciones, como la adopción de condiciones mínimas para el desempeño del trabajador, como sucede con cuestiones de seguridad y salud en el trabajo, las cuales se acentúan más en la actualidad, donde el empleador, a fin de prevenir el contagio del Covid-19 entre sus trabajadores, puede verse obligado a recopilar datos de salud de estos a fin de garantizar su seguridad, lo cual le exime de solicitar el consentimiento.

Por su parte, corresponde revisar un escenario normativo específicamente dirigido al tratamiento de datos personales en el ámbito de la salud, contemplado en el numeral 6 del mismo artículo que cubre las siguientes situaciones:

- El tratamiento encaminado a la prevención, diagnóstico, tratamiento médico o quirúrgico del titular o en circunstancia de riesgo, realizándose en un establecimiento de salud o por un profesional de la salud; escenario donde prevalece la vida y la salud del individuo sobre su voluntad.
- Razones de interés público previstas en una ley y declaradas como tales por el Poder Ejecutivo en las que prevalece el bien público establecido por norma legal sobre la voluntad del individuo, como sucede con la salud pública.
- Análisis epidemiológicos o procedimientos análogos, con datos anonimizados.

Es pertinente señalar que solo el primero de dichos supuestos estaría exclusivamente circunscrito a los datos personales de salud, lo cual obedece a

su naturaleza asistencial y a los actos médicos a realizar. Los otros supuestos se refieren al establecimiento de medidas sanitarias de prevención, detección o erradicación de enfermedades, las cuales requieren de mayores elementos informativos que lo estrictamente médico, como la ubicación, información sobre servicios y vivienda, entre otros datos sobre condiciones sociales o económicas.

V. Conclusiones

El carácter no absoluto de los derechos fundamentales se hace tangible en el marco de la interacción (no “conflicto”) entre la protección de la salud y la de los datos personales, presenten en la emergencia sanitaria en Perú por el Covid-19, en la cual es necesario el manejo de datos personales sensibles de las personas.

En tal sentido, para atender las necesidades de salud ante tal situación, procede la relativización del derecho a la protección de datos personales. Dicha relativización se aprecia en el consentimiento, como manifestación de voluntad consciente de la persona en el control sobre el tratamiento que efectúen terceros sobre sus datos personales; pues en el escenario planteado, el consentimiento pierde la calidad de principal elemento de legitimación del tratamiento, por otros supuestos válidos que lo reemplazan en tal rol.

Dichos supuestos legitimadores actúan en el ordenamiento como excepciones y no como regla, y deben estar establecidos en normas de rango legal, de acuerdo con lo dispuesto en la LPDP. Por ello, dicha ley, en su artículo 14, establece tales excepciones, que representan situaciones más relevantes que la voluntad consciente de la persona para permitir el tratamiento de sus datos personales, por ser situaciones de interés público, como la salud pública.

En el caso de la situación de emergencia debida al Covid-19 en Perú, se han configurado diversas situaciones legitimadoras del tratamiento que exceptúan la obligación de obtener el consentimiento, que convergen en los escenarios explicados y que se encuentran previstos en el artículo 14 de la LPDP.

Por supuesto, en la LPDP existen otras obligaciones que los responsables del tratamiento, como las empresas empleadoras y la autoridad nacional de salud, deben acatar, evitando la recopilación invasiva de datos personales, por respeto a la privacidad de la persona. La no obligatoriedad del consentimiento no dispensa a los responsables del tratamiento de cumplir con sus otras obligaciones, durante el desarrollo del proceso de tratamiento.

En virtud de ello, es notorio que el ordenamiento jurídico peruano garantiza una interrelación equilibrada entre los derechos mencionados, para la protección de ambos; garantía que se aprecia en las normas de la LPDP y su flexibilización por necesidad ante emergencia sanitaria como la que se vive actualmente.

VI. Bibliografía

ÁLVAREZ, C. (2016). *Tratamiento de datos de salud*. En J. Piñar (Dir.) Reglamento general de protección de datos (pp. 171-185). Madrid: Editorial Reus, S.A.

Castro, K. (2008). *El derecho fundamental a la protección de datos personales: Aportes para su desarrollo en el Perú*. *Ius et Veritas*, vol. 18 (N° 37), pp. 260-277

DÁVARA, I. (2011). *Hacia la estandarización de la protección de datos personales* (1° ed.). Madrid: Editorial La Ley

DÁVARA, M. (2015). *Manual de derecho informático* (11° ed.). Navarra: Editorial Aranzadi S.A.

Di Pizzo, A. (2018). *La expansión del derecho al olvido digital* (1° ed.). Barcelona: Editorial Atelier

ESTEVE, J. (2015). *La administración garante. Una aproximación*. *Revista de Administración Pública*, N° 197, pp. 11-39. Accesible en <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.197.01>

FERNÁNDEZ, C. (2004). *Derecho de las personas* (9° ed.). Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

LANDA, C. (2017). *Los derechos fundamentales* (1° ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial

LETE, J. (1996). *Derecho de la persona* (3° ed.). Madrid: Editorial Tecnos, S.A.

PALMA, A. (2018). *Principios relativos al tratamiento de datos personales*. En Murga, J., Fernández M. y Espejo, M. (Dir.) *Protección de datos, responsabilidad activa y técnicas de garantía*. Madrid: Editorial Reus, S.A.

PÉREZ, A. (1996). *Manual de informática y derecho* (1° ed.). Barcelona: Editorial Ariel.

PUYOL, J. (2016). *Los principios del derecho a la protección de datos*. En J. Piñar (Dir.), *Reglamento general de protección de datos* (pp. 135-150). Madrid: Editorial Reus, S.A.

REMOLINA, N. (2013). *Tratamiento de datos personales: Una aproximación internacional y comentarios a la ley 1581 de 2012* (1° ed.). Bogotá: Editorial Legis S.A.

RUBIO, M. (2017). *Para conocer la constitución de 1993* (6° ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

RUBIO, M., EGUIGUREN, F., BERNALES, E. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional* (1° ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

SAGÜÉS N. (2018, mayo). *Habeas data: Su desarrollo constitucional*. Ponencia presentada en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Ciudad de México, México.

SALDAÑA, M. (2012). "Right to privacy": *La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano*. Revista de Derecho Político, N° 85, septiembre-diciembre, pp. 195-240.

ZAMUDIO, M. (2012). *El marco normativo latinoamericano y la ley de protección de datos personales del Perú*. Revista Internacional de Protección de Datos Personales, N° 1, Julio-Diciembre, pp. 2-21.

**EFFECTOS DE LA PANDEMIA SOBRE LAS MUJERES MIGRANTES EN LA REGIÓN: LA
NECESARIA INCLUSIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA GOBERNABILIDAD
MIGRATORIA.**

Estefanía Giaccone¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 14 de enero de 2021

Resumen

El COVID-19 afecta diariamente a las mujeres, y en particular, a las mujeres migrantes. En el presente trabajo, se analizan las principales consecuencias sufridas por las mujeres migrantes causadas por el COVID-19 tanto en su autonomía física como en su autonomía económica en los Estados Americanos. A continuación, siguiendo los lineamientos de la Comisión Interamericana de Mujeres, se estudian tres enfoques transversales que se propone sean incorporados en toda política migratoria que los Estados de la región implementen como respuesta a la pandemia: i) el enfoque de derechos humanos; ii) la perspectiva de género; y iii) la interseccionalidad. Finalmente, teniendo como base los lineamientos mencionados, se concluye con una serie de recomendaciones a fin de que dichas políticas públicas puedan brindar una respuesta integral a las necesidades de las mujeres migrantes.

Palabras clave: Migración – Mujeres Migrantes – Derechos Humanos - Género – Gobernabilidad Migratoria - Interseccionalidad

Title: Effects of the pandemic on migrant women in the region: the necessary inclusion of a gender perspective in migration governance

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires); Magíster en Leyes (Universidad de Nueva York); Becaria Fulbright-Consejo de la Magistratura CABA; Docente e Investigadora (Universidad de Buenos Aires – Universidad de Flores).

Abstract

COVID-19 affects women daily, and in particular, migrant women. This paper analyzes the main consequences that COVID-19 has had on migrant women within the American States, both in terms of their physical and economic autonomy.

Following the guidelines of the Inter-American Commission of Women, it is proposed that States should incorporate three cross-cutting approaches into all migration policies in response to the COVID-19 pandemic: i) a Human Rights-Based approach; ii) a gender perspective; and iii) intersectionality.

Finally, based on the above-mentioned guidelines, the paper concludes with a series of recommendations so that these public policies shall provide a comprehensive response to the needs of migrant women.

Keywords: Migration - Migrant Women - Human Rights - Gender - Migration Governance - Intersectionality

I. Introducción

Este trabajo tiene como fin realizar un primer acercamiento respecto de los efectos de la situación de pandemia en la gobernabilidad humana en la región, y las consecuencias específicas que ha traído a las mujeres migrantes. Para ello, se realiza un análisis de los principales efectos que tuvo la pandemia causada por el COVID-19, haciendo hincapié en la afectación de la autonomía física y la autonomía económica de las mujeres.

A fin de realizar el presente análisis, siguiendo los lineamientos de la Comisión Interamericana de Mujeres (OEA/CIM, 2020: p. 7), se utilizan 3 enfoques transversales: i) el enfoque de derechos humanos; ii) la perspectiva de género; y iii) la interseccionalidad, con el objetivo de que las políticas, estrategias y respuestas estatales puedan lograr el ejercicio pleno de los derechos humanos de las mujeres migrantes, según lo dispuesto en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y eliminar todas las formas de

discriminación e intolerancia (Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos & SG/OEA, 2020: p. 9).

Todo ello, teniendo en perspectiva que la implementación efectiva de dichos enfoques transversales en las políticas migratorias, se constituye como un paso necesario para poder continuar sosteniendo la gobernabilidad de la migración en la región, ya que permiten cumplir con los principios y directrices que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes y de las normas internacionales de trabajo (PUCHOL, 2014: p. 46).

Finalmente, se efectúan una serie de recomendaciones a los Estados de la región para incluir los tres enfoques mencionados en la implementación de políticas migratorias como consecuencia de la pandemia causada por el COVID-19.

II. La pandemia y las personas migrantes

En diciembre de 2019, una enfermedad respiratoria infectocontagiosa causada por el virus SARS-COV-2 era detectada por primera vez en la provincia de Wuhan, China. En tres meses, se propagó a todos los países del mundo, por lo que, frente a la veloz expansión del contagio, la Organización Mundial de la Salud (OMS) la declaró pandemia el 11 de marzo de 2020 (Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos & SG/OEA, 2020: p. 10).

Al 12 de octubre de 2020, existen 37.672.440 de casos y 1.078.597 de fallecidos en el mundo a causa de la pandemia (COVID-19 Map, 2020). El continente americano es el más afectado por esta pandemia, con 17.913.389 de casos y 590.931 muertes acumuladas a la misma fecha (PAHO, 2020).

Por otro lado, en la región, los países de América Central y América del Sur han recibido una corriente sin precedente de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo. Se estima que, desde el año 2015, han acogido cinco millones de migrantes y refugiados venezolanos y medio millón de El Salvador, Guatemala y Honduras (RIGGIROZZI ET AL., 2020: p. 1). Las causas de dicha migración forzada en esos países se encuentran asociadas a altos niveles de violencia, violencia de género contra las mujeres y grupos LGTBQI, persecución

política y serias limitaciones en el acceso a condiciones de vida digna (RIGGIROZZI ET AL., 2020: p. 1).

Este punto no es menor ya que, existiendo dicha ola sin precedentes de personas en movimiento, los Estados, en un esfuerzo continuo por frenar la propagación del COVID-19, han restringido el acceso a sus fronteras y vuelos, y establecido cuarentenas (KLUGE ET AL., 2020: p. 1238).

Algunos autores (RIGGIROZZI ET AL., 2020: p. 2) explican que si bien estas medidas intentan frenar la propagación del COVID-19, socavan la ya limitada protección social a la que pueden acceder migrantes y refugiados, además de reforzar estereotipos y retóricas de culpabilización u odio. Ello toda vez que los cierres de fronteras generan una situación en la que dichos grupos vulnerables carecen de sistemas de empleo y apoyo social, y, en última instancia, se limita su posibilidad de acceder a una vida digna, ya que se ven obligados a volver a sus países de origen o realizar nuevos desplazamientos forzados a pesar de las posibilidades de sufrir riesgos para su vida e integridad y de contraer COVID-19 durante la migración (GUADAGNO, 2020: p. 1).

Además, debido a la pandemia, las oficinas de migraciones estuvieron cerradas durante largos períodos de tiempo, privando a más migrantes de tener la posibilidad de regularizar su situación.

Asimismo, migrantes y refugiados se han visto desproporcionalmente afectados por la crisis de salud pública causada por el COVID-19, por tratarse de personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y marginalidad.

Por lo tanto, no solo los migrantes ven afectados sus derechos civiles y políticos (por ejemplo, limitando su libre circulación e ingreso a los países) sino también sus derechos económicos, sociales y culturales (DESC) ya que, en este contexto, aumentaron los obstáculos que enfrentan en el acceso a los DESC ya sea por el lenguaje y demás barreras culturales, los costos del servicio, la falta de información, y, no menor, el estigma que pesa sobre las personas migrantes, lo que demuestra claramente la interdependencia entre ambas categorías conceptuales de derechos. Además, muchas personas migrantes también deben enfrentarse a una discriminación formal en el acceso a los DESC como

consecuencia de la ejecución de leyes y políticas públicas, o bien por su estado de inmigrante ilegal (OHCHR, 2020: p.1).

III. La situación de las mujeres migrantes frente al COVID-19

Las mujeres representan en la actualidad aproximadamente la mitad de la población migrante mundial (PUCHOL, 2014: p. 36). En este sentido, al 2019, las mujeres migrantes alcanzaban un número de 130 millones, o el 47,9% de la población mundial de migrantes globales (United Nations - Department of Economic and Social affairs, 2019).

Históricamente, los estudios sobre migraciones no tuvieron un enfoque de género, ya que las mujeres eran “invisibilizadas o incluidas como meras acompañantes de las decisiones de los varones migrantes, quienes encarnaron la figura del migrante autónomo” (OIM, 2020: p. 46).

Desde hace algunas décadas, se produce, a nivel mundial, un fenómeno denominado “feminización de la migración”. Este término hace referencia al hecho de que cada vez:

“Más mujeres migran por su cuenta y no como un miembro dependiente de la familia. Al desplazarse al extranjero para trabajar, muchas mujeres consiguen oportunidades que no tendrían en su país de origen, y por lo tanto, la migración las empodera económicamente, permitiéndoles contribuir de manera constructiva a los países de destino, así como a sus familias en los países de origen” (PUCHOL, 2014: p. 36).

Es decir, este concepto no solo refiere al aumento del número de mujeres migrantes, sino también al hecho de que cada vez lo hacen más como jefas de familia o por su cuenta, teniendo un mayor poder de acción como trabajadoras migrantes, estudiantes o refugiadas (OIM, 2020: p. 212). Por lo tanto, el término “feminización migratoria” hace referencia a un proceso cualitativo y cuantitativo de mujeres que migran sin “estar asociadas a un varón que lo haya hecho previamente” (OIM, 2020: p. 46; POMBO, 2014: p. 76).

Las razones por las que las mujeres migran suelen ser similares a las que provocan la migración masculina: inestabilidad económica, desastres naturales

e inseguridad. Sin embargo, muchas mujeres deciden migrar a otros países por razones específicas vinculadas a su género. Es decir, huyendo de situaciones de violencia, abuso y escapando de diversas manifestaciones de desigualdad de género de su país de origen.

En este sentido, y como ya se mencionó, el COVID-19 provocó una emergencia sanitaria, económica y social a nivel mundial, exacerbando las desigualdades preexistentes de nuestras sociedades. Los efectos inmediatos de la pandemia sobre las desigualdades de género se pueden observar en distintas esferas, que van desde la salud y la educación, hasta los trabajos de cuidados no remunerados y el aumento de la violencia de género.

Además, la condición de migrante acentúa la vulnerabilidad de derechos que sufren las mujeres debido a la carencia de red de apoyo social o familiar, la cultura del país de destino distinta al propio y las desigualdades estructurales que descansan en patrones de género, de clase, étnicos y lingüísticos que limitan el acceso pleno de las mujeres migrantes al ejercicio de sus derechos (POMBO, 2014: p. 144).

Es decir, la intersección de género con otra condición de vulnerabilidad como lo es la categoría “migrante”, agudiza el impacto negativo de la crisis, como se desarrollará posteriormente.

La Organización Internacional de las Migraciones (en adelante, OIM), señala entre los riesgos específicos que la pandemia implicó en las mujeres migrantes, la precarización laboral y la explotación ya que las mujeres representan alrededor del 74% de la industria de servicios, como el trabajo doméstico, el cual fue limitado por las restricciones de circulación impuestas en los países para frenar el COVID-19, generando una disminución significativa o total en sus ingresos (OIM, 2020: p. 232).

Según estimaciones de la OIT, del total de personas trabajadoras del hogar remuneradas en la región americana, un 17,2% son migrantes y en su gran mayoría, mujeres (*Covid-19: desafíos para américa del sur. N ° 11 - MUJERES MIGRANTES EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA*, 2020) . Y con respecto a la República Argentina, país desde el que escribo estas reflexiones, un 35% de las mujeres migrantes que llegan al país, se dedica al trabajo en

casas particulares, porcentaje que asciende al 69% en casos de mujeres paraguayas y al 58% en el caso de las mujeres peruanas (OIM, 2020: p. 52).

Además, la recomendación general Número 26 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre las Trabajadoras Migrantes, ha sostenido que “las empleadas domésticas son particularmente vulnerables a las agresiones físicas y sexuales, a la privación de sueño y de alimentos, y a la crueldad de los empleadores” (CEDAW, 2009: p. 8). El acoso sexual de las trabajadoras migratorias en otros entornos laborales, por ejemplo, en granjas o en el sector industrial, constituye un problema a nivel mundial (POMBO, 2014: p. 37)

Investigaciones previas a la pandemia, demuestran que las mujeres migrantes enfrentan mayores vulnerabilidades sanitarias, tales como el escaso acceso a servicios de salud y reproductivos, lo que se ve exacerbado por las limitaciones de la movilidad y la suspensión de los salarios causados por la pandemia (OIM, 2020).

Además, en la región, las mujeres, fuera de los hogares, también constituyen el mayor grupo que carga con las tareas de cuidado tanto en el sector de la sanidad, como en centros especializados de cuidados de mujeres, adultos mayores y personas con discapacidad, generando como consecuencia un mayor riesgo de contagio de el COVID-19 (OAS, 2020: p. 4).

La autonomía física de las mujeres también se ha visto amedrentada como consecuencia de las cuarentenas implementadas. Así, en este contexto, aumentaron las denuncias de violencia de género dentro de los hogares, debido al confinamiento obligatorio con el maltratador, y se incrementaron los ataques violentos y el acoso contra el personal sanitario, los que en su mayoría son mujeres (OAS, 2020: p. 5).

Teniendo en consideración estas reflexiones previas, los Estados y las organizaciones internacionales asumen un rol fundamental en la lucha contra la pandemia causada por el COVID-19. A nivel universal, la OIM, la ONU y la OIT, entre otros, han presentado informes respecto de las consecuencias de la pandemia en las mujeres migrantes. Lo mismo hicieron a nivel regional, la CEPAL, la CIM y la CIDH.

Debido a la localización geográfica y las características sociopolíticas de la región americana, a continuación, siguiendo los lineamientos de la CIM, se analizan tres enfoques transversales que deben ser incorporados en toda política migratoria que los Estados de la región implementen como respuesta a la pandemia causada por el COVID-19.

IV. Análisis de políticas públicas siguiendo los lineamientos de la CIM

i. El enfoque de derechos humanos

La CIM define a las políticas públicas con enfoque de derechos humanos como:

“El conjunto de decisiones y acciones que el Estado diseña, implementa, monitorea y evalúa – a partir de un proceso permanente de inclusión, deliberación y participación social efectiva – con el objeto de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, grupos y colectividades que conforman la sociedad, bajo los principios de **igualdad y no discriminación**, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad” (OEA/CIM, 2020, p. 9). *(el destacado me pertenece)*.

Aplicar dicho enfoque transversal a las políticas migratorias implementadas como consecuencia de la pandemia causada por el COVID-19 en los Estados de la región, implica asegurar el principio de igualdad y no discriminación, reconocido en diversos instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos.

Dicho principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos y su contenido jurídico está dado por la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional.

En este sentido, el Art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), establece que las personas deben gozar y ejercer “sin

discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” los derechos consagrados en dicho tratado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CorteIDH), como interprete último de la CADH², ha considerado que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley: en su jurisprudencia, la CorteIDH ha sostenido que la protección contra la discriminación es considerada en la actualidad una norma de *ius cogens*, y que como tal, permea todo el ordenamiento jurídico³.

En lo que aquí concierne, en el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” la CorteIDH entendió que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano, siendo un elemento inseparable de la dignidad esencial de la persona⁴.

Sin embargo, el reconocimiento de la igualdad formal no implica el goce de una igualdad material. En la consecución de dicha igualdad real, es necesario implementar políticas diferenciadas que respondan a las necesidades de grupos estructuralmente vulnerados, entre los que se encuentran, las mujeres migrantes.

En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) señala que,

“En materia de política pública, la igualdad real tiene tres dimensiones que deben tomarse en consideración. Por una parte, implica que el Estado debe

² Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

³ Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C, No 127, párr. 184; 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. 268 (2010) y Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.

⁴ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 79.

adoptar medidas fundadas en el reconocimiento de la dignidad y derechos de todas las personas en condiciones de igualdad y sin distinción alguna; en segundo lugar, se refiere a que es necesario diseñar mecanismos y herramientas bajo un enfoque diferenciado que atienda las condiciones particulares de ciertas personas, grupos o poblaciones, a fin de garantizar una protección suficiente para lograr la igualdad sustantiva. Por último, esta noción de igualdad requiere la activa participación de las personas, grupos y poblaciones en situación de discriminación histórica en el diseño de políticas públicas que les conciernen”(Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2018: p. 21).

A fin de aplicar el enfoque de derechos humanos en cualquier política pública migratoria, los Estados de la región deben realizar una respuesta socioeconómica y de salud pública inclusiva.

Siguiendo los lineamientos destacados por PUCHOL (PUCHOL, 2014: p. 98), considero que la discriminación contra las mujeres migrantes, debe abordarse desde tres ángulos: i) el derecho humano de no sufrir discriminación; ii) la discriminación por los motivos concretos de nacionalidad y del estatus migratorio; iii) la perspectiva de género y el análisis interseccional

Para ello, es importante entender que la respuesta al COVID-19 y la protección de los derechos humanos de las mujeres migrantes no son mutuamente excluyentes, sino que por el contrario, ellas forman parte de la solución (Organización Internacional para las Migraciones, 2020: p. 25).

La OIM señala que ello conlleva eliminar las barreras que les impiden desarrollar todo su potencial. Un ejemplo interesante en la región, son las políticas implementadas en Perú, Chile y Argentina que comenzaron a permitir que los médicos, las enfermeras y otras personas con formación médica migrantes, trabajen en sus áreas profesionales durante la respuesta a el COVID-19 (Organización Internacional para las Migraciones, 2020: p. 19). Tal como ya se mencionó, las mujeres tienen un papel preponderante en los servicios sanitarios por lo que en este tipo de políticas inclusivas, su autonomía económica se ve reforzada.

Además, la discriminación cobra especial relevancia en relación con el embarazo ya que es posible que las trabajadoras migrantes sean obligadas a

someterse a pruebas de embarazo y amenazadas a ser deportadas si el resultado es positivo, o bien obligadas a realizarse un aborto contra su voluntad en un ambiente no seguro, corriendo peligro la salud de la madre incluso tras agresiones sexuales (PUCHOL, 2014: p. 37).

Finalmente, cabe destacar que el principio de igualdad y no discriminación también debe aplicarse en la frontera ya que los migrantes – y, las mujeres migrantes en particular – no pueden ver rechazada su admisión por motivos de raza, religión, género, etc. Esto suele venir aparejado de discursos de odio y estereotipos xenofóbicos, por lo tanto, la implementación de programas de formación en políticas públicas y de funcionarios de inmigración y fronteras con perspectiva de género, es fundamental (OIM, 2020: p. 365).

Es decir, las mujeres migrantes, en todo el proceso migratorio deben ser tratadas como individuos, y no únicamente analizadas como miembros de un grupo concreto (PUCHOL I, 2014: p. 106). Para ello, a continuación, se analizan dos enfoques que deben transversalizar cualquier política migratoria: la perspectiva de género y la interseccionalidad.

ii. Mirando las políticas públicas con perspectiva de género

Partiendo del enclave teórico propuesto por (LAMAS, 1998: p. 192) respecto del concepto de género, se lo entiende como la simbolización que los seres humanos realizan de la diferencia sexual, sosteniendo que mediante dicho proceso de simbolización, la sociedad fabrica las ideas de lo que deben ser los hombres y las mujeres, de lo que se supone que es “propio” de cada sexo.

La Dra. Facio sostiene que:

“En 1972, Ann Oakley escribió su famoso tratado “Sexo, Género y Sociedad” que es el primero en introducir el término género en el discurso de las ciencias sociales. A partir de entonces, la distinción entre sexo y género fue usada por cientos de feministas como un instrumento válido para explicar la subordinación de las mujeres como algo construido socialmente y no justificado en la biología” (FACIO & FRIES, 2005: p. 11)

Por lo tanto, en principio, cuando se habla de género, se hace referencia a las diferencias entre hombres y mujeres que no son biológicas, sino que son construidas culturalmente. Se trata de un concepto que no es abstracto ni universal, sino que se materializa de forma concreta en cada sociedad de acuerdo al contexto, redefiniéndose dinámicamente con el cruce de otras realidades tales como la clase, la etnia, la nacionalidad, entre otros (Facio & Fries, 2005: p. 13).

De esto se desprende que las relaciones de género no sólo son de carácter cultural, sino que se reflejan en el orden económico, la cual suele naturalizarse y desvalorizar social y económicamente la contribución que las mujeres hacen al desarrollo y la productividad de las sociedades, concluyendo en la subordinación femenina en el orden social (VALDÉS & FÉRNANDEZ, 2011: p. 18).

Este punto no es menor, ya que cada Estado que conforma el Sistema Interamericano de Derechos Humanos debe implementar políticas de género que se ajusten su realidad social, teniendo al concepto de género como eje central y, por lo tanto, evitando la importación de ideas foráneas.

Recordando la caracterización de la mujer en un rol doméstico, esto se traduce en el acceso a la educación y a la salud, así como sus derechos civiles y políticos. Históricamente, la mujer se encontraba confinada al espacio privado, entonces su representación en la política y en espacios de tomas de decisiones, carecía de sentido: en consonancia con el análisis efectuado por (HAWKESWORTH, 2016) que transversaliza dimensiones religiosas y políticas y sugiere que este fenómeno no se encuentra vinculado con ninguna ideología política en particular.

Ahora bien, cabe preguntarse qué implica para los Estados incluir la perspectiva de género en políticas públicas, para luego analizar cómo incorporar la perspectiva de género en las políticas públicas migratorias que se implementen como respuesta a la pandemia que enfrentamos en la actualidad.

En primer lugar, corresponde mencionar que el análisis de toda política pública permite identificar las relaciones que el Estado establece con los distintos actores, en el marco de sociedades cada vez más complejas. Por lo tanto, el

análisis de cualquier política pública se constituye en un buen indicador del grado de gobernabilidad (GARCÍA ET AL., 2009: p. 57).

En el año 1995, se produce la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, la que se destacó como un significativo punto de inflexión para la agenda mundial de la igualdad de género. A partir de dicha conferencia, la participación de las mujeres comienza a ser considerada como un tema clave para diseñar, implementar y evaluar cualquier política pública sensible al género (ESPINOSA-FAJARDO, BUSTELO, 2019: p. 153).

Las políticas públicas de igualdad de género se definen como “el conjunto de intenciones y decisiones, objetivos y medidas adoptadas por los poderes públicos en torno a la promoción de la situación de la mujer y de la igualdad de género entre mujeres y hombres” (García et al., 2009: p. 58).

Investigaciones recientes demuestran que es posible identificar dos enfoques básicos que han marcado la historia de la igualdad de género y su articulación con el desarrollo. El primero de ellos, llamado Mujeres en el Desarrollo (MED), busca integrar a las mujeres de una manera funcional a una estrategia de desarrollo dada, partiendo de la premisa que el desarrollo necesita a las mujeres (GARCÍA ET AL., 2009: p. 180).

Los autores García, Fatou y Ortega señalan que el desarrollo del MED fue un paso importante para visibilizar el rol de las mujeres y sus derechos pero fracasó al reforzar los roles genéricos sin cuestionar la división social del trabajo, pues se centró en cuestionar actitudes individuales (por ejemplo, el poder masculino como una relación de género), en lugar de indagar respecto de los poderes económicos, políticos e interpersonales que los hombres ejercen sobre las mujeres (GARCÍA ET AL., 2009: p. 181).

Durante el MED, los Estados, frente a las obligaciones específicas asumidas internacionalmente con la ratificación de la CEDAW y la Convención de Belém do Pará, comienzan a establecer políticas de acciones afirmativas, las cuales constituyen un “conjunto de medidas de carácter temporal que buscan acelerar la igualdad sustantiva – de hecho - entre mujeres y varones” (POMBO, 2014: p. 33). Un ejemplo de estas acciones afirmativas, son las leyes de cupo.

El segundo enfoque conocido como “Género en Desarrollo” (GED) surge en la década de los 80 y considera que para entender la desigualdad de género, las mujeres deben ser incorporadas en el debate de las relaciones de poder, el conflicto y las relaciones de género (GARCÍA ET AL., 2009: p. 178). Es decir, las necesidades de las mujeres deben ser protagonistas en dichas discusiones.

Entre otras cuestiones, el GED propone repensar el concepto de desarrollo, entendiendo que las mujeres deben formar parte del desarrollo de toda política pública, transformándose el empoderamiento y la inversión en la promoción de la equidad de género en enfoques “vitales no solo para mejorar las condiciones económicas, sociales y políticas de la sociedad en su conjunto, sino para lograr una ciudadanía plena”(GARCÍA ET AL., 2009: p. 61).

Por lo tanto, la perspectiva de género se visualiza como un asunto de Derechos Humanos, y, a partir de este enfoque, dicha perspectiva transversaliza la perspectiva de Derechos Humanos cuya consecución debe lograrse en toda política pública.

En la actualidad, el enfoque GED, se materializa en la estrategia de “*gender mainstreaming*” (GARCÍA ET AL., 2009: p. 137). En las conclusiones del ECOSOC como consecuencia del período de sesiones de 1997, esta estrategia es definida como:

“El proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad [sustantiva] entre los géneros” (Consejo Económico y Social, 1997: p. 2).

Si aplicamos la perspectiva de género a las políticas migratorias, ello implica abordar cómo el enfoque de género atraviesa todos los aspectos de la experiencia migratoria: ya sean las razones por las cuales las mujeres migran,

los riesgos en el tránsito transfronterizo, la inserción laboral en el país de destino y los programas y políticas públicas implementadas para migrantes (OIM, 2020: p. 366).

Ahora bien, la feminización de la migración –ya explicada– conlleva que la mujer migrante se configura en una protagonista central de los procesos migratorios. En el ámbito regional, la CEPAL comienza incluyendo la perspectiva de género en diversos informes efectuado en los últimos años sobre las migraciones en América Latina y el Caribe e incluye dentro de sus áreas de trabajo, la división “Asuntos de género” que colabora con los países de la región en la elaboración de estrategias para la incorporación de la perspectiva de género en sus políticas públicas.

Debido a dicha feminización y al cambio cualitativo y cuantitativo del flujo migratorio producido en consecuencia, se comienza a pensar, siguiendo los lineamientos del enfoque GED, a la migración femenina como una contribución al desarrollo (GARCÍA ET AL., 2009: p. 61). Ello toda vez que las mujeres comienzan a desplazarse de manera independiente, buscando insertarse laboral y socialmente en los países de llegada

Sin embargo, autores señalan que la consideración de la mujer migrante por parte de distintos actores sociales y políticos vinculados a las migraciones internacionales no supuso un cuestionamiento del “modelo social, económico, político y cultural” dominante que ha legitimado y reproducido desigualdades de género. Ello toda vez que toda política migratoria con perspectiva de género debe ser parte de una discusión más amplia, que incluya las causas estructurales de dicha desigualdad (MAGLIANO, 2015: p. 706).

Por lo tanto, “la integración de una perspectiva de género en las políticas asociadas a temas de migración es esencial, y estas se vinculan con la Agenda 2030 para el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)” (ASTLES, 2016).

La mayoría de los gobiernos americanos han adoptado diversas medidas para ayudar a las personas que viven en la región para hacer frente a los impactos de la crisis. Sin embargo, los efectos negativos del COVID-19 sobre la

economía, y las limitaciones de circulación impuestas, tendieron a reforzar las desigualdades preexistentes.

Como ya se explicó, las mujeres, han sido las más afectadas por el crecimiento del desempleo, de la pobreza, y por la mayor carga de trabajo doméstico y de cuidados no remunerados tanto en el hogar como fuera de él. Además, las limitaciones de movimiento impuestas por los países para hacer frente al COVID, aumentaron el número de migraciones irregulares de las mujeres y niñas, lo que trae aparejado mayores riesgos de desprotección y falta de acceso a servicios básicos, acrecentando el estigma que pesa sobre ellas (SALVADOR & COSSANI, 2020: pp. 20-21).

Por lo tanto, cualquier respuesta efectiva al COVID-19, debe abordar los impactos en las mujeres, integrando la dinámica de género en la respuesta, ya que comprender la migración desde una perspectiva de género, permite que los Estados protejan y garanticen los derechos de las mujeres migrantes.

iii. El género y la migración analizados desde una perspectiva interseccional.

El término interseccionalidad fue acuñado en 1989 por la profesora Kimberlé Williams Crenshaw, quien desarrolló esta teoría como una crítica al movimiento feminista dominante en Estados Unidos que respondía a las necesidades de la mujer blanca y de clase media, reproduciendo las desigualdades sociales (CRENSHAW, 1991).

Crenshaw entendió que, para entender la opresión de las mujeres afroamericanas, debía analizarse la intersección de la etnia y el género (CRENSHAW 1989: p. 57).

La Dra. Crenshaw, analiza el término en el marco de una controversia judicial producida en el año 1976. En esta decisión, las demandantes eran mujeres negras que habían sido despedidas por la General Motors, y reclaman una indemnización argumentando que dicha decisión, se configuraba en un acto de discriminación. La sentencia del tribunal interviniente sostuvo la posibilidad de recurrir a la justicia por discriminación racial o sexual de manera aislada, no

reconociendo el cruce de discriminaciones que sufrían las actoras, por su género y su raza⁵.

Al comentar el fallo, la Dra. Crenshaw, utilizando la metáfora del accidente de tránsito, explica que las discriminaciones que sufrieron las actoras como mujeres afroamericanas que descansan en las categorías género, raza y clase, “interactúan y definen conjuntamente su particular situación de desventaja social” (La BARBERA, 2016: p. 112)

Por lo tanto, el análisis interseccional busca revelar las distintas identidades que viven las personas, exponiendo las diferentes formas de discriminación y desventaja que se dan como consecuencia de la combinación de identidades, constituyéndose en una herramienta que debe ser tenida en cuenta en la elaboración de cualquier política pública, a fin de entender cómo conjuntos diferentes de identidades confluyen en el acceso de los derechos (Association for Women’s Rights in Development, 2004).

Además, la Dra. Crenshaw, ha desarrollado un concepto que considero significativo en el marco del presente trabajo, que es la llamada "intersección política" como una representación de combatir las estructuras de subordinación.

La interseccionalidad política es una forma de interseccionalidad estructural que aborda el sexismo, el racismo, la explotación de clase o la homofobia en los procesos de elaboración de políticas públicas. Consecuentemente, indica la forma en que las desigualdades y sus interseccionalidades son pertinentes para las estrategias políticas (CRENSHAW, 1991: p. 1251).

Este tipo de interseccionalidad ha sido aplicado en el ámbito de los derechos humanos, para entender en qué medida los instrumentos ratificados para garantizar la igualdad de género, en realidad, han desempoderado a las mujeres migrantes, reproduciendo su situación de desventaja y marginalización (LA BARBERA, 2016: p. 112)

Tal como ya se mencionó, la pandemia causada por el COVID-19, acrecentó las desigualdades preexistentes y los investigadores predicen que sus

⁵ DeGraffenreid v. GENERAL MOTORS ASSEMBLY DIV., ETC., 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976), 1976 comentado por La Barbera – 2015.

consecuencias impactarán severamente en las mujeres, teniendo un impacto aún mas fuerte en aquellas mujeres que sufren múltiples formas de discriminación. En materia de salud pública, datos recientes de Estados Unidos, sugieren que las mujeres embarazadas hispanas y afroamericanas se ven afectadas de manera desproporcionada por la infección por COVID-19 durante el embarazo, con un mayor riesgo de hospitalización, ingreso en las Unidades de emergencia y recepción de ventilación mecánica (RYAN & EL AYADI, 2020: p. 1406)

Asimismo, las mujeres migrantes pueden experimentar un mayor riesgo de consecuencias a largo plazo de COVID-19 debido a limitaciones en el acceso a sistemas de salud que ya se encuentran frágiles, y el impacto de graves consecuencias socioeconómicas. Investigadores han analizado las consecuencias de epidemias anteriores, tales como la causada por el virus del Zika en el año 2015, señalando, por ejemplo, que se produjo un acceso diferencial a la anticoncepción entre las mujeres indígenas en América Latina en comparación con las mujeres no indígenas, particularmente importante para prevenir embarazos con microcefalia congénita y sus consecuencias (RYAN & EL AYADI, 2020: p. 1407). Lo que demuestra la falta de respuesta interseccional en las políticas de salud pública implementadas como consecuencia de dicha epidemia.

Ahora bien, las políticas migratorias deben tener en consideración que la mujer migrante sufre diversas formas de desigualdades que descansan tanto el género, orientación sexual, su condición socioeconómica, su etnia, edad, religión y/o condición migratoria. En este sentido, los estudios sobre interseccionalidad en el campo de las migraciones reconocen que el género debe considerarse en cualquier política migratoria, pero no de manera aislada, sino en su intersección con las otras categorías mencionadas, a fin de reflejar los matices de dichas interseccionalidades (MAGLIANO, 2015: p. 700).

Por lo tanto, al identificar las particularidades de las mujeres dentro de sus grupos de origen, se logra obtener más información sobre cómo la clasificación género se relaciona con la situación de las mujeres migrantes en la región (OIM, 2020).

Emplear la teoría interseccional en la práctica migratoria, permite además entender cómo la intersección de clasificaciones sociales produce y reproduce formas de explotación laboral, que provocan la desigualdad de las mujeres migrantes, y cuestionar empíricamente la etnización y jerarquización de la fuerza laboral entre migrantes y nativos y entre los propios migrantes (MAGLIANO, 2015: p. 698).

Para ello, es necesario, además, contar con información actualizada y desagregada por sexo respecto de las implicancias de las cuarentenas en los migrantes, a fin de contextualizar los datos dentro de los sistemas de poder, incluida la forma en que las fuerzas sociales (es decir, el contexto socioeconómico y político, los valores y normas culturales y sociales) influyen en la ubicación social de una persona dentro del hogar, la comunidad y el sistema de salud en general, así como la forma en que el COVID-19 es exacerbada por la globalización, el capitalismo, la urbanización, la guerra, los conflictos, el cambio climático, el racismo y la xenofobia (RYAN & EL AYADI, 2020: p. 1408). Esto nos permitirá trazar un mapa de las vías a través de las cuales los roles, normas y relaciones de género se refuerzan o interrumpen durante la pandemia y la política pública que debería ser aplicada en consecuencia (RYAN & EL AYADI, 2020: p. 1408)

Por lo tanto, aplicar el lente interseccional a cualquier política migratoria, conlleva impulsar la participación de la sociedad civil e incluir las experiencias de las mujeres migrantes para responder a sus necesidades, generando espacios de articulación institucional con perspectiva interseccional, para asegurar un abordaje integral de la problemática de dichas mujeres (OIM, 2020: p. 175).

V. Conclusiones y recomendaciones

En América Latina y el Caribe, los Ministerios y Direcciones han implementado iniciativas y políticas para hacer frente a las dimensiones de género en la pandemia COVID-19. Sin embargo, considero que dichas políticas públicas para brindar una respuesta integral a las necesidades de las mujeres

migrantes deben tener en consideración los tres enfoques explicados a lo largo del presente trabajo: el enfoque de derechos humanos, la perspectiva de género y la interseccionalidad.

La perspectiva de género debe implementarse con un enfoque interseccional, para orientar la respuesta a la pandemia de COVID-19 y asegurar la promoción y adopción de políticas y programas que respeten el principio de igualdad y no discriminación. Esto producirá en última instancia una respuesta más equitativa y efectiva dentro y entre los Estados de la región, así como a nivel global (RYAN & EL AYADI, 2020: p. 1409).

Como ya se mencionó, la pandemia causada por el COVID-19 ha impactado severamente a las mujeres migrantes, quienes ven limitada su posibilidad de acceder a una vida digna, destacándose, entre sus principales consecuencias, la restricción en el acceso a los servicios de salud, las limitaciones de movimiento impuestas en las cuarentenas de la región y la pérdida de los puestos laborales y sus ingresos. En este sentido, las mujeres migrantes están sometidas también a riesgos adicionales vinculados a la violencia sufrida por el contacto continuo con los agresores, y la explotación sexual y laboral.

Para hacer frente a dichas consecuencias, los fenómenos migratorios, requieren que los “Estados realicen un abordaje prioritario a partir de los principios de solidaridad, cooperación y responsabilidad protegida en contexto de la pandemia” (SG/OEA, 2020: p, 2).

Por lo tanto, si bien se produjo en el último tiempo un proceso denominado “feminización de la migración” por el cual las mujeres migran en búsquedas de nuevas oportunidades para lograr su empoderamiento económico, las migraciones también pueden suponer una amenaza a la seguridad de las mujeres. En consecuencia, es necesario adoptar políticas migratorias más sensibles con la cuestión de género, incluidas políticas de migración laboral con perspectiva de género que tengan en cuenta las diferencias entre hombres y mujeres en lo relativo a los roles socioculturales, sus necesidades y oportunidades, y las vulnerabilidades que las mujeres deben afrontar (PUCHOL, 2014: p. 38).

Ello puede implementarse efectivamente a través de campañas educativas contras las percepciones negativas de las mujeres migrantes, estableciendo medidas de acción afirmativas en las políticas públicas migratorias de trabajo y utilizando el monitoreo y evaluación de las políticas públicas a fin de obtener información cuantitativa y cualitativa que den cuenta de la situación de las mujeres migrantes en los Estados de la región.

No debe olvidarse, además, la participación que la sociedad civil necesita tener en todo mecanismo de intervención para el diseño de dichas políticas públicas migratorias, permitiendo la inclusión de las mujeres migrantes mediante la eliminación de las barreras lingüísticas y culturales, y ejecutando dichas políticas en base al principio de igualdad y no discriminación.

VI. Bibliografía

(OIM), O. I. para las M. (2020a). *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. Accesible en: <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020>

(OIM), O. I. para las M. (2020b). *Revista Migraciones Internacionales. Reflexiones desde Argentina N°6*. 6, 59. Accesible en: [http://argentina.iom.int/co/sites/default/files/publicaciones/Revista Migraciones Internacionales Nro. 6.pdf#page=45](http://argentina.iom.int/co/sites/default/files/publicaciones/Revista_Migraciones_Internacionales_Nro.6.pdf#page=45)

(SG/OEA). (2020). *La CIDH urge a los Estados proteger los derechos humanos de las personas migrantes , refugiadas y desplazadas frente a la pandemia del COVID-19*.

Association for Women's Rights in Development. (2004). Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica. *Derechos de las mujeres y cambio económico*, No. 9(9), 1-8. Accesible en: https://www.awid.org/sites/default/files/atoms/files/nterseccionalidad_-_una_herramienta_para_la_justicia_de_genero_y_la_justicia_economica.pdf

ASTLES, J. (2016). *¿Cómo integrar una perspectiva de género en las políticas de migración?* | Oficina Regional para Centroamérica, Norteamérica y el Caribe. Accesible en: <https://rosanjose.iom.int/SITE/es/blog/como-integrar-una-perspectiva-de-genero-en-las-politicas-de-migracion>

CEDAW. (2009). Recomendación general No . 26 sobre las trabajadoras migratorias. Accesible en: *Cedaw/C/Gc/26* (Vol. 63561, Número 26).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Políticas Públicas con enfoque de derechos humanos*. Accesible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasPublicasDDHH.pdf>

Consejo Económico y Social. (1997). *E/1997/97*. Accesible en: <https://undocs.org/es/E/1997/97%28SUPP%29>

Covid-19: desafíos para américa del sur. N ° 11 - MUJERES MIGRANTES EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA. (2020).

COVID-19 Map. (2020). *COVID-19 Map - Johns Hopkins Coronavirus Resource Center*. Johns Hopkins Coronavirus Resource Center. Accesible en: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>

CRENSHAW, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241. Accesible en: <https://doi.org/10.2307/1229039>

CRENSHAW, K. W. (1989). Demarginalising the intersection of race and sex: A black feminist critique of anti-discrimination doctrine, feminist theory, and anti-racist politics. En *Framing Intersectionality: Debates on a Multi-Faceted Concept in Gender Studies* (pp. 25-42). Accesible en: <https://doi.org/10.4324/9781315582924-10>

ESPINOSA-FAJARDO, J., & Bustelo, M. (2019). How can the success of gender equality policies be evaluated? Criteria and methodological tools. *Revista Española de Ciencia Política*, 49, 151-172. Accesible en: <https://doi.org/10.21308/recp.49.07>

FACIO, A., & FRIES, L. (2005). Feminismo, género y Patriarcado. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 259-294. Accesible en: <http://repositorio.ciem.ucr.ac.cr/bitstream/123456789/122/1/RCIEM105.pdf>

GARCÍA, M. A., FATOU, B. L., ORTEGA, R., & EDS, S. (2009). *Cuadernos de género : Políticas y acciones de género . Materiales de formación*. Accesible en: https://eprints.ucm.es/9638/1/estudios_e_informes_nº_4.pdf

GUADAGNO, L. (2020). Migrants and the COVID-19 pandemic : An initial analysis. *Migration Research Series*, 60, 1-28. Accesible en: www.iom.int

HAWKESWORTH, M. (2016). Gender and Democratic Governance: Reprising the Politics of Exclusion. En *Gender and Power* (pp. 215-234). Palgrave Macmillan.

KLUGE, H. H. P., JAKAB, Z., BARTOVIC, J., D'ANNA, V., & SEVERONI, S. (2020). Refugee and migrant health in the COVID-19 response. Accesible en: *The Lancet* (Vol. 395, Número 10232, pp. 1237-1239). [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30791-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30791-1)

LA BARBERA, M. C. (2016). Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea. *INTERdisciplina*, 4(8). Accesible en: <http://revistas.unam.mx/index.php/inter/article/view/54971>

LAMAS, M. (1998). La violencia del sexismo. En *El mundo de la violencia* (pp. 191-198). Fondo de Cultura Económica.

MAGLIANO, M. J. (2015a). Interseccionalidades y migraciones: potencialidades y

desafíos. *Revista Estudios Feministas*, 23(3), 691-713. Accesible en: <https://doi.org/10.35533/myd.0712.mjm.eed>

MAGLIANO, M. J. (2015b). Interseccionalidades y migraciones: potencialidades y desafíos. *Revista Estudios Feministas*, Vol. 23, No 3., 691-712. Accesible en: <https://doi.org/https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n3p691>

OAS. (2020). *COVID-19 en la vida de las mujeres: Razones para reconocer los impactos diferenciados*. Accesible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctvkjb52h.7>

OEA/CIM. (2020). *Covid-19 en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados*. Accesible en: <http://www.oas.org/es/cim/docs/ArgumentarioCOVID19-ES.pdf>

OHCHR. (2020). *Covid-19 and the Human Rights of Migrants : guidance access to health facilities, goods and services. April*. Accesible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHRGuidance_COVID19_Migrants.pdf

Organización Internacional para las Migraciones, & Naciones Unidas. (2020). *Documento de políticas del Secretario General sobre la COVID-19 y las personas en movimiento*. Accesible en: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/sg_brief_c19_people_on_the_move_spanish.pdf

PAHO. (2020). *PAHO COVID-19 Response*. Accesible en: <https://paho-covid19-response-who.hub.arcgis.com/>

POMBO, G. (2014). *Las Mujeres Migrantes y la Violencia de género: Aportes para la reflexión y la intervención*. Accesible en: <https://publications.iom.int/books/las-mujeres-migrantes-y-la-violencia-de-genero-aportes-para-la-reflexion-e-intervencion>

PUCHOL, F. (2014). *Migración, derechos humanos y gobernanza Manual para Parlamentarios N° 24*.

RIGGIROZZI, A. P., GRUGEL, J., & CINTRA, N. (2020). *Protecting Migrants or Reversing Migration? COVID-19 and the risks of a protracted crisis in Latin America*. 1-6.

Ryan, N. E., & El Ayadi, A. M. (2020). A call for a gender-responsive, intersectional approach to address COVID-19. *Global Public Health*, 1-9. Accesible en: <https://doi.org/10.1080/17441692.2020.1791214>

SALVADOR, S., & COSSANI, P. (2020). *Trabajadoras remuneradas del hogar en América Latina y el Caribe frente a la crisis del Covid-19*.

Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, & (SG/OEA). (2020). *Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad (SARE): Guía Práctica de Respuestas Inclusivas y con Enfoque de Derechos ante el COVID-19 en las Américas*. 1-103.

United Nations - Department of Economic and Social affairs. (2019). *International migrant stock 2019*.

VALDÉS, T., & FÉRNANDEZ, M. DE LOS Á. (2011). Género y política: un análisis pertinente. *Revista Política*, 46(0), 9-33. Accesible en: <https://doi.org/10.5354/0716-1077.2006.17007>

EL DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR COMO GARANTÍA EN EL PROCEDIMIENTO MIGRATORIO

Matías Nicolás Pascual¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 13 de enero de 2021

Resumen

El presente trabajo constituye un estudio de la realidad migratoria argentina. Propone un análisis de la cuestión relativa a la movilidad humana, desde el punto de vista del derecho, no dejando de señalar que la materia en estudio, constituye un objeto extremadamente complejo, enhebrado en un entramado de normas de diferentes jerarquías y afectado –en cada realidad nacional– de acuerdo con distintos fenómenos, discursos e imaginarios colectivos. El foco de la presente está compuesto en estudio del derecho a la unidad familiar o reunificación familiar, como una garantía específica del procedimiento migratorio, a la luz de lo dispuesto por los instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia y desde una interpretación dinámica de la normativa.

Palabras clave: Unidad Familia – Reunificación familiar – Familia – Garantías judiciales – Procedimiento migratorio

Title: The right to family unity as a guarantee in the immigration process.

Abstract

The present work constitutes a study of the Argentine migratory reality. It proposes an analysis of the issue related to human mobility, from the point of view of law, while noting that the matter under study constitutes an extremely complex object, threaded in a network of norms of different hierarchies and

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Prosecretario Letrado de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Docente en el Curso Virtual de Actualización de Derecho Migratorio de la Asociación Pensamiento Penal, Argentina. Contacto: matias.pascual@pjn.gov.ar.

affected –in each national reality– according to different phenomena, discourses and collective imaginations. The focus of this document is on the study of the right to family unity or family reunification, as a specific guarantee of the migration procedure, in light of the provisions of international human rights instruments in the conditions of their validity and from a dynamic interpretation of the regulations.

Keywords: Family unity – Family reunification – Family – Judicial guarantees – Migration procedure

“Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten” (art. XXX, DADyDH).

I. Introducción a la cuestión relativa a la movilidad humana, enfoque y propuesta

El análisis de la cuestión relativa a la movilidad humana constituye un objeto de estudio extremadamente complejo, en el cual confluyen múltiples factores, realidades y discursos.

Este estudio parte de la premisa de que el derecho a la unidad familiar o reunificación familiar (derivado de la protección de la familia) se proyecta sobre las garantías específicas del procedimiento migratorio, a la luz de lo dispuesto por los instrumentos internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia y desde una interpretación dinámica de la normativa.

Desde el punto de vista del derecho argentino, la materia resultó influenciada por diferentes enfoques (MÁRMORA, 2004), aunque en la actualidad, podemos afirmar que los instrumentos internacionales de derechos humanos

acotan el margen discrecional que los Estados Nacionales algunas veces invocan para regular e interpretar la materia.

Dicha postura se abona si interpretamos la normativa migratoria en armonía con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional², como así también los instrumentos internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia (art. 75 inc. 22 de la CN). Esto es, de acuerdo con las opiniones y decisiones vertidas por los órganos y tribunales competentes para su interpretación y aplicación³, considerando que éstos son instrumentos vivos, cuya exegesis tiene que acompañar la evolución de los tiempos y condiciones de vida actuales⁴.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a las 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*. En tal sentido, destacó que si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, *los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes*⁵.

De acuerdo con lo antes expuesto, en concordancia con la postura precedentemente planteada, la Corte IDH destacó que el derecho internacional desarrolló ciertos límites a la aplicación de políticas migratorias que imponen, en procedimientos de expulsión o deportación de extranjeros, un *apego estricto a*

² CSJN, 08/11/72, "Nación c/ N.N. y/o Varela, Juan Pedro", Fallos: 281:146.

³ CSJN, 07/04/95, "Girolodi Horacio David y otro s/Recurso de Casación –Causa N° 32", Fallos: 318:514; 12/09/96, "Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación - causa n° 44.891", Fallos: 319:1840; 07/03/06, "Reinoso, Luis Alberto s/ causa N° 2043/2184", Fallos: 329:518; entre otros.

⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, 19/09/14, Serie A N° 21, párr. 55.

⁵ Corte IDH, Caso Velez Loo vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23/11/10, Serie C N° 218, párr. 97; en igual sentido, Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28/09/14, Serie C N° 282, párr. 350.

*las garantías del debido proceso, la protección judicial y al respeto de la dignidad humana, cualquiera sea su condición jurídica o estatus migratorios del migrante*⁶.

Partiendo de estas premisas, en los capítulos subsiguientes desarrollaremos el estándar de las garantías que resultan los aplicables en los procedimientos migratorios, a luz de lo dispuesto por el derecho internacional de los derechos humanos de las personas migrantes.

Delimitado el objeto del presente trabajo, si analizamos el contexto migratorio actual, la realidad internacional nos indica la presencia de diferentes fenómenos de movilidad humana, presentes en todas las regiones del planeta y motivada por múltiples factores⁷.

Tanto en la actualidad, como anteriormente, los seres humanos practican su derecho a desplazarse libremente con diferentes motivos, pudiendo responder a cuestiones de origen cultural, político, económico, medio ambiental, familiar, entre otros.

Tales factores pueden motivar que la persona decida trasladarse y hacer uso de su derecho a transitar libremente. Sobre el punto, la doctrina tiene dicho que desde el punto de vista jurídico *lato sensu*, esta prerrogativa constituye una proyección material de la libertad personal la cual puede referirse al simple querer aplicado a la ubicación, al domiciliarse o a la circulación, pero que también –las más de las veces– constituye un medio para la realización de decisiones de mayor importancia; esto es, porque la persona quiere viajar, trasladarse, porque le es necesario para las actividades que ha decidido emprender, o para sus relaciones sociales, o para su salud, o para cualquiera otra finalidad lícita que persiga (ROSATTI, 2010: pp. 351-352; RECASÉNS SICHES, 1967: p. 577).

Como podemos observar, el derecho a migrar muchas veces se relaciona con el proyecto de vida de las personas migrantes, como así también con el ejercicio y goce de otros derechos.

⁶ Corte IDH; Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25/11/13, Serie C N° 272, párr. 129; con cita de Corte IDH, Caso Vélez Loor Vs. Panamá, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23/11/10, Serie C N° 218, párr. 100; Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24/10/12, Serie C N° 251, párr. 154; y Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17/09/03, Serie A N° 18, párs. 118 y 119.

⁷ Con respecto al panorama regional se puede consultar, MARTÍNEZ PIZARRO, 2003.

Ahora bien, los Estados Nacionales –de acuerdo con diferentes vaivenes políticos– pueden adoptar una visión securitaria con relación a la regulación de la materia, la cual puede entrar en conflicto con los intereses y derechos de las personas migrantes y sus familiares, tal como abordaremos con algunos ejemplos jurisprudenciales, pese a que este tipo de posturas (inspiradas en el miedo) demuestran reiteradamente su ineficacia en la concreción de los fines perseguidos (ROSATTI, 2010: p. 334).

A la luz de tales contradicciones, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos prevén una serie de garantías, que resultan también aplicables a los procedimientos migratorios, entre ellas, el debido proceso adjetivo y la razonabilidad de las decisiones de gobierno⁸.

El presente trabajo no pretende desconocer las potestades que los Estados Nacionales poseen para regular el ingreso y el egreso de las personas no nacionales en su territorio, sino sintetizar los estándares internacionales existentes en la materia y que pueden servir a los efectos interpretar el margen de discrecionalidad que éstos poseen.

La problemática en estudio será analizada desde ese enfoque y partiendo de la premisa que los fenómenos migratorios constituyen un factor de crecimiento inclusivo y de desarrollo sostenible, tal como fue plasmado en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible aprobado por los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas en 2015⁹.

No obstante ello, no puede escapar de nuestro conocimiento la operación de diversos prejuicios en torno a la realidad migratoria, los que muchas veces son replicados por medios de comunicación e infelizmente, algunas veces también, por los funcionarios encargados de dirimir este tipo de conflictos (GONZÁLEZ, 2016).

⁸Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17/09/03, Serie A N° 18, párr. 122 y 123; con cita de Corte IDH Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 02/02/01, Serie C N° 72, párr. 124; Corte IDH Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Reparaciones y Costas), sentencia del 06/02/01, Serie C N° 74, párr. 102; Corte IDH Caso del Tribunal Constitucional, sentencia del 31/01/01, Serie C N° 71, párr. 69; y Corte IDH Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, del 06/10/87, Serie A N° 9, párr. 27.

⁹ Ver Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU el 25 de septiembre de 2015. Accesible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S

Los diversos factores de desigualdad que se verifican en la población migratoria, conllevaron a que la Corte IDH identificara al colectivo migrante (en particular a las personas en situación irregular) como un grupo en situación de vulnerabilidad, ya que son los más expuestos a las violaciones potenciales de sus derechos y sufren, a consecuencia de su situación, un nivel elevado de desprotección de sus derechos. Además, aclaró 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)¹⁰.

Ahora bien, el presente trabajo, no pretende ofrecer un estudio profundo de cómo se construye el imaginario colectivo en torno a la movilidad humana, sino que –sin dejar de advertir esa situación– desarrollaremos herramientas técnicas jurídicas para el empoderamiento de las personas migrantes en la defensa de sus derechos, objetivos que también fueron plasmados en la citada Agenda de Desarrollo Sostenible (arg. ONU, Agenda 2030, punto 23).

En efecto, más allá de las problemáticas coyunturales propias de cada país y región, de acuerdo con los estudios presentados por la Organización Internacional para las Migraciones, la realidad demuestra que “[l]a migración es un fenómeno de alcance mundial que afecta a la vida de la mayoría de las personas. Se estima que 258 millones de personas son migrantes internacionales (UN DESA, 2017), y en este mundo cada vez más interconectado, millones más se ven afectados a través de vínculos familiares, intercambios económicos y conexiones culturales. La migración es un poderoso impulsor del desarrollo sostenible, para los propios migrantes y para sus comunidades en los países de origen, tránsito y destino”¹¹.

¹⁰ Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25/11/13, Serie C N° 272, párr. 128; con cita de Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17/09/03, Serie A N° 18, párrs. 112 y 114; Corte IDH, Caso Vélez Loo vs. Panamá, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23/11/10, Serie C N° 218, párr. 98; y Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24/10/12, Serie C N° 251, párr. 152.

¹¹ Ver: ONU-OIM (2018), La migración en la Agenda 2030, Guía para profesionales, Ginebra, OIM. Accesible en: <https://publications.iom.int/books/la-migracion-en-la-agenda-2030-guia-para-profesionales>.

Por otro lado, conviene también señalar que el fenómeno migratorio, está muchas veces íntimamente relacionado con los derechos del niño, ya que se estima que aproximadamente 1 de cada 70 niños en el mundo vive en un país diferente al de su nacimiento (WALES, AIAZZI; 2017). Frente a estas situaciones, la normativa migratoria debe ser interpretada en forma sistemática a la luz de los derechos internacionales de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, como así también de acuerdo con la legislación específica que cada país puede poseer, en el caso de Argentina, por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes N° 26.061 (B.O. 26/10/05).

En tal sentido, la normativa aplicable en materia de niñez y adolescencia, de acuerdo con la hermenéutica antes planteada, nos permite afirmar que en su condición de sujetos autónomos de derecho, los niños deben ser escuchados en los procedimientos migratorios relativos a la expulsión de sus familiares, siempre que esa sea su voluntad, ya sean estos administrativos o judiciales, en tanto que, lo que allí se decide, puede poner en juego el interés superior del niño y el derecho a la unidad familiar (PASCUAL, 2020).

En último lugar, resulta pertinente señalar que, siguiendo una mecánica deconstructivista de la terminología de las palabras, que considero nos debemos todos los intérpretes del derecho –en post de promover condiciones de igualdad de trato (arg. art. 75 inc. 23 de la CN)–, no haremos referencia al término “menor” muchas veces utilizado para denominar a personas por su condición de niña, niño o adolescente, por compartir la opinión de otros profesionales del derecho, en cuanto que, dicho término cosifica a este tipo de personas por la condición de su edad.

II. El origen del principio de unidad familiar: la protección de la familia

Partiendo de las premisas que anteceden, un primer interrogante que podríamos plantearnos es el origen normativo del principio de unidad familiar. En tal sentido, más allá de su previsión específica en diferentes artículos de la Ley de Migraciones, podemos considerar que este principio constituye una

derivación de la protección integral de la familia a la que hace referencia el artículo 14 bis de la CN.

En concordancia con ello, también encontramos una expresa referencia al concepto de familia (y a la protección que merece por parte del Estado) en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, que poseen jerarquía constitucional, previstos en el artículo 75 inciso 22 de la CN, los cuales debemos considerar complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la CN.

En tal sentido, el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) prescribe que “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

Complementando dicha disposición, el artículo 17 del referido instrumento internacional, titulado Protección a la Familia, en lo que aquí interesa, establece: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y *debe ser protegida por la sociedad y el Estado*. (...) 4. Los Estados Partes *deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos*” (en similar sentido, artículos VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADyDH) 12 y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH), y 23 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales Sociales (en adelante PIDESC); (el destacado no es del original).

Asimismo, el artículo 10 del PIDESC también prevé que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, a la cual *se le debe conceder la más amplia protección y asistencia posibles*. Podemos considerar que la previsión expresa que antecede, constituye un estándar que los operadores del derecho deberíamos atender al momento de analizar, intervenir y decidir sobre cualquier situación familiar.

Por otro lado, la protección de la familia, encuentra una íntima relación con los deberes y derechos derivados de los vínculos familiares. Estos últimos, no se encontraban previstos expresamente en el texto original de la CN, sino que –con carácter previo a la reforma constitucional del ‘94– debían ser analizarlos de acuerdo con las leyes que reglamentaban su ejercicio, esto es, por el Código Civil y Comercial de la Nación argentina (en adelante CCyCN). No obstante ello, en la actualidad, los deberes y derechos de los miembros del grupo familiar dejaron de ser de carácter implícito (art. 33 de la CN argentina) y se encuentra expresamente previstos (75 inc. 22 de la CN argentina).

En tal sentido, el artículo XXX de la DADyDH establece que “[t]oda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten”.

Como podemos inferir de lo allí dispuesto, esos derechos deben ser analizados desde una doble perspectiva. Por un lado, la disposición transcrita prevé los deberes asistencia, alimentarios, educativos y de amparo que los padres poseen con respecto a los niños menores edad; y por el otro, los idénticos deberes que poseen los hijos mayores con respecto a sus progenitores cuando estos lo necesiten. Esta última situación se puede dar naturalmente, por el cause de la vida, al llegar los progenitores a una edad avanzada, como así también ante situaciones de enfermedad o cualquier otro tipo de necesidad que pudiera plantearse en cada caso concreto.

En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) también establece que “[l]os Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Con relación a este derecho (conf. arts. 11 y 17 de la CADH y VI de la DADyDH), la Corte IDH tiene dicho que *el derecho a la protección de la familia*

implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también *favorecer, de la manera más amplia, al desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar*, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia¹².

En virtud de lo antes expuesto, podemos afirmar que los deberes y derechos previstos en las disposiciones que anteceden, alcanzan todo el núcleo familiar y deberían ser interpretado con un carácter continuo y no sujeto a la existencia de niños.

En sentido concordante con el postulado que antecede, el CCyCN prevé que los parientes se deben alimentos, entre ascendientes y descendientes, como así también entre los hermanos (conf. art. 537 y ss. del citado plexo legal). De igual modo, prescribe que los cónyuges (y convivientes) se deben asistencia y alimentos mutuos, se comprometen a desarrollar un *proyecto de vida en común* basado en la *cooperación, la convivencia* y el deber moral de fidelidad (conf. art. 431 y ss. del CCyCN).

Por otro lado, resulta menester señalar que el derecho a la protección de la familia (y las garantías judiciales necesarias para ello), es uno de los *derechos fundamentales que no admiten suspensión* por parte de los Estados, aún frente a la verificación de circunstancias excepcionales, tal como se encuentra previsto en el artículo 27 de la CADH¹³ (en similar sentido, GARCÍA MELE, 2013: pp. 283-

¹² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, 19/09/14, Serie A N° 21, párr. 264, con cita de Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/12, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28/09/02, Serie A N° 17, párs. 66 y 72; Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25/11/13, Serie C N° 272, párr. 226; y Corte IDH, Caso Forneron e hija vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 27/04/12, Serie C N° 242, párr. 47.

¹³ El art. 27 de la CADH, titulado, Suspensión de Garantías, prevé: "1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. /// 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos".

305). En tal sentido, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-9/87 relativa a las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (del 06/10/87, Serie A N° 9), desarrolló un estándar sobre las garantías judiciales que los Estados deben asegurar en tales supuestos, aspectos que serán desarrollados más adelante.

III. El concepto de familia

Sentado lo expuesto, conviene hacer una breve referencia a las posibles interpretaciones en torno a la extensión del concepto de familia al que hace referencia la ley de migraciones, particularmente de lo previsto en el artículo 29 última parte.

Si nos ajustamos al texto literal de la norma, si bien el artículo 29 *in fine* de la Ley N° 25.871 hace mención del concepto “reunificación familiar”, dicha disposición no estipula expresamente los vínculos familiares que se incluyen en dicho concepto. Por este motivo, de acuerdo con el método interpretativo que empleemos, su extensión puede variar.

Ahora bien, de acuerdo con la exégesis y el enfoque planteado al inicio del presente trabajo, si observamos el propio texto constitucional, podemos observar —como fue antes indicado— una mención al concepto de familia en los artículos 14 bis y 75 inciso 19 de la Constitución Nacional argentina (en adelante CN). Sin embargo, estas disposiciones no aportan demasiado en la labor de desentrañar la extensión de dicho concepto, de modo que deberíamos analizarlo de acuerdo con las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14 de la CN argentina).

Podríamos considerar que esta remisión, nos conduciría a dos cuerpos legales distintos. Por un lado, regulando específicamente la materia migratoria, el artículo 10 de la Ley de Migraciones prevé expresamente que el Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes (esta redacción se mantuvo en el texto previsto en el Decreto N° 70/17,

B.O. 30/01/17). Este último criterio también resultaría abonado si siguiéramos una interpretación literal de la norma¹⁴.

No obstante ello, podríamos también considerar que esta remisión, además nos conduce a las disposiciones del CCyCN, que regulan con carácter general los vínculos familiares, criterio que encuentra también sustento en una interpretación sistémica del plexo normativo¹⁵.

El citado código, nos permite incluir dentro del concepto en estudio, a los vínculos familiares derivados del matrimonio (arts. 401 y ss.), de las uniones convivenciales (art. 509 y ss.), como así también a los ascendientes y descendientes (abuelos, hijos, nietos, etc.), los hermanos (sean estos bilaterales o unilaterales, conf. art. 534) y a los vínculos de parentesco por adopción o afinidad (arts. 535 y 536).

Continuando con la exégesis planteada al inicio del presente, si recurrimos a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, observamos que los artículos 11 y 17.1 de la CADH, establecen que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado (en igual sentido, art. VI de la DADyDH; arts. 12 y 16 de la DUDH; art. 10 del PIDESC y art. 16 de la CDN).

Para interpretar esas cláusulas y el derecho de reunificación familiar, podemos atender a lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en la Opinión Consultiva N° OC-21/14 sobre Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en la Necesidad de Protección Internacional (19/09/14, Serie A N° 21).

En esa oportunidad, la Corte IDH destacó que la familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, *debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del*

¹⁴ CSJN, 14/12/93, "Volpe, Italo Eriberto s/ apelación (infr. art. 44, incs. 1 y 2, ley 11683", Fallos: 316:3052; 04/05/95; "Fisco Nacional c/ Municipalidad de Resistencia s/ ejecución fiscal", Fallos: 318:646; entre otros.

¹⁵ CSJN, 23/12/38, "Marchese, Natalio L. y otra c/ Nación", Fallos: 182:486; 24/05/37, "Saffores de Doumecq, Ana M. (Suc.)", Fallos: 184:5; 08/06/82, "Baez, Ambrosio Antonio c/ Pablino Manuel Baez", Fallos: 304:794; 12/08/08, "Blanco Luciano Ramón c/ M° J Y DDHH-Art 3 Ley 24043 (Resol 399/03) s/", Fallos: 331:1771.

Estado. Además, recordó que *no existe un modelo único de familia*, motivo por el cual *la definición de ese concepto no debe restringirse* por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, *ya que también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes*, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales.

En efecto, destacó que en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, donde los "lazos familiares" pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. A partir de ello, expuso que *el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño* (conf. OC-21/14, op. cit., párr. 272).

De igual modo, con remisión a lo expuesto en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (29/05/13, CRC/C/GC/14), señaló que *el término "familia" debe interpretarse en un sentido amplio* que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (conf. Corte IDH, OC-21/14, op. cit., párr. 272).

En otra oportunidad, el referido Tribunal Internacional también destacó que el concepto de *vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio* y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen *vida en común* por fuera del matrimonio¹⁶. Además, allí recordó que –de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 11.2 y 17 de la CADH– el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a *favorecer, de manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar* (conf. párr. 169). En tal sentido, receptó la jurisprudencia del TEDH en cuanto a que "el *disfrute mutuo de la convivencia* entre padres e hijos

¹⁶ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24/02/12, Serie C N° 239, párr. 142.

constituye un elemento fundamental de la vida de familia, y el artículo 8 del Convenio Europeo¹⁷ tiene como objetivo *preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias* de las autoridades públicas y establecer *obligaciones positivas* a cargo del Estado *a favor del respeto efectivo de la vida familiar*¹⁸.

Asimismo, compartió el criterio expuesto por el TEDH en cuanto a que “[l]a noción de familia bajo esta norma no está circunscripta a relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de ‘familia’ *de facto* donde las partes están viviendo juntas fuera del matrimonio. Un niño nacido en tal relación es *ipso jure* parte de tal unidad familiar desde ese momento y por el mero hecho de su nacimiento. Por tanto, existe entre el niño y sus padres un vínculo que implica vida familiar. Además, el Tribunal recuerda que *el goce mutuo de la compañía* del otro entre los padres y el niño *constituye un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación de los padres este rota*¹⁹.

De igual modo, la Corte IDH también recordó que el TEDH, “siguiendo un concepto amplio de familia, reconoció que un transexual, su pareja mujer y su niño pueden configurar una familia, al señalar que: */// Al decidir si una relación puede considerarse como ‘vida familiar’, una serie de factores pueden ser relevantes, incluyendo si la pareja vive junta, la duración de su relación y si se ha demostrado el compromiso mutuo de tener hijos conjuntamente o por otro medios*²⁰. Asimismo, allí señaló que el referido tribunal internacional europeo expuso que “la noción de ‘vida familiar’ abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable *de facto*, tal como abarcaría a una pareja de

¹⁷ CEDH, art. 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹⁸ Corte IDH, OC-21/14, op. cit., párr. 171, con cita de TEDH, sentencia del 24/03/88, Olsson Vs. Suecia, (No. 10465/83), párr. 81; el destacado no es del original.

¹⁹ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24/02/12, Serie C N° 239, párr. 172; con cita de TEDH, sentencia de 24 de junio de 2010, 22 de noviembre de 2010, Caso Schalk y Kopf Vs. Austria, (No. 30141/04), párr. 91; entre otras citas. El destacado me pertenece.

²⁰ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, op. cit., sentencia del 24/02/12, párr. 173; con cita de TEDH, sentencia de 22/04/97, Caso X, Y y Z Vs. Reino Unido, (No. 21830/93), párr. 36.

diferente sexo en la misma situación”, ya que consideró “artificial mantener una posición que sostenga que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja del mismo sexo no puede disfrutar de la ‘vida familiar’”²¹.

De acuerdo con tales consideraciones, la Corte IDH en el citado Caso Atala Riffo y Niñas, consideró que –de acuerdo con los hechos allí verificados– “es visible que se había constituido un *núcleo familiar* que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una *convivencia, un contacto frecuente, y una cercanía personal y afectiva* entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas” (párr. 177).

Podemos considerar que ese estándar, ofrece un método de análisis ante los supuestos de invocación de unidad familiar.

Asimismo, las consideraciones que anteceden, nos permite concluir que la legitimación activa para invocar la dispensa de la expulsión por reunificación familiar puede ser interpretada con carácter amplio y de acuerdo con las circunstancias y pruebas obrantes en cada caso concreto.

Esta extensión, más allá de la señalada en el artículo 10 de la Ley N° 25.871 y en su reglamentación, a la cual se limitaría una interpretación literal, parece más adecuada a luz de lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos, considerándolos instrumentos vivos, y de acuerdo con el principio *pro persona*²² e igualdad²³. Esta exégesis también resulta más acorde con el principio de progresividad y de plena efectividad de los derechos que reconocen los instrumentos internacionales y el principio *pro homine*, que determinan que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, *la extensión que proteja en mayor medida la persona humana*²⁴.

²¹ Corte IDH, OC-21/14, op. cit., párr. 174; con cita de TEDH, sentencia de 28/01/03, Caso Peck Vs. Reino Unido, (No. 44647/98), párr. 94; y TEDH, sentencia de 22/07/10, Caso P.B. y J.S. Vs. Austria, (No. 18984/02), párr. 30.

²² Art. 29 de la CADH, Corte IDH, OC-21/14, op. cit., párr. 53 y 54

²³ CSJN, 14/02/12, “Germano Karina Dana s/Causa N° 12792”, Fallos: 335:38

²⁴ CSJN, 07/12/10, “Alvarez Maximiliano y otros c/ CENCOSUD SA s/Acción de Amparo”, Fallos: 333:2306; con cita de CSJN, 20/06/06, “Cardozo, Gustavo Fabián s/ recurso de casación”, Fallos: 329:2265, entre otros; arg. art. 28 de la Ley N° 25.871

IV. Intervención de los niños en el procedimiento migratorio

Como podemos inferir de lo antes expuesto, los procedimientos migratorios, en tanto pueden derivar en la afectación de un grupo familiar, suelen constituir procesos con partes y pretensiones múltiples.

Ahora bien, en atención a que la ley de migraciones no prevé con carácter expreso el deber de resolver las solicitudes de dispensa de la expulsión teniendo en cuenta el interés superior del niño y su derecho de ser escuchado, la jurisprudencia mayoritaria del fuero con competencia en la materia rechaza los pedidos de intervención del Ministerio Público en representación de los niños.

En efecto, con remisión a una doctrina de la Corte Suprema relativa al procedimiento de extradición, la mayoría sostiene que –con carácter general– los niños no son parte del procedimiento en que se discute la expulsión de sus padres, toda vez que el régimen normativo así no lo prevé, no siendo suficiente la mera invocación de su interés superior. Además, la mayoría interpreta que los intereses de los niños se ven amparados en el derecho de reunificación familiar y se encuentran resguardados por la actuación de los progenitores²⁵.

No obstante ello, ese criterio no es unánime, ya que otra de la Salas considera que los niños pueden ser parte en los procesos en que se discute la expulsión de sus progenitores, siempre que así sea su interés superior, y tienen derecho expresarse libremente en esos procesos. Según el criterio de este tribunal, a los efectos de dar intervención de los niños se deben tomar especial consideración a las pautas sentadas en el título D de la Observación General N° 12²⁶.

²⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, res. del 01/12/16 y 27/06/17, en autos: "CRDF", Causa N° 25.164/12; res. del 04/05/17, en autos: "CTER", Causa N° 47.748/11; Sala III, res. del 7/11/17, *in re*: "BMJA", Expte. N° 40.987/2017; Sala II *in rebus*: res. 24/10/16, en causa "CTPK", Expte. N° 10.189/2016, y res. 20/09/18, en autos "TWMM", Expte. N° 35.981/2017; Sala I -por mayoría- res. 13/03/20, *in re*: "AZVG", Expte. N° 52.438/19; entre otros. Accesibles en: www.pjn.gov.ar – "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

²⁶ CNACAF, Sala V, *in rebus*: res. 23/04/19, en causa "PJ", Expte. N° 3.545/17; y res. 31/10/19, en autos "S.H.K.Z c/ EN - DNM s/ Recurso Directo DNM", Expte. N° 24.304/18, entre otros; accesibles en: www.pjn.gov.ar – "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

Además, otra de las Salas, que con carácter general sigue la posición mayoritaria, también dispone la intervención de los niños frente a la verificación de circunstancias particulares²⁷.

Ahora bien, tal como lo señalé en un trabajo anterior (PASCUAL; 2020), los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen que en los procedimientos migratorios que puedan producir una afectación en los derechos y deberes familiares, se tome en consideración el interés superior del niño y, en caso de que éste decida intervenir, se ejecute adecuadamente su derecho a ser escuchado libremente.

Estos dos derechos forman parte de las garantías de defensa en juicio que –en particular– poseen los migrantes y sus hijos en miras a que las solicitudes de reunificación o unidad familiar sean resueltas adecuadamente²⁸. Frente a tales planteos, se torna necesario conocer el interés superior del niño para adoptar una decisión legítima a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y cumplir adecuadamente con los requisitos propios de todo acto administrativo (conf. Ley N° 19.549, B.O. 27/04/72).

En concordancia con el criterio aquí planteado, podemos observar que la Corte IDH, en el citado Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile (del 24/02/12), en que se discutía un trato discriminatorio y la afectación arbitraria de la vida privada y familiar, dispuso como medida para mejor proveer hacer saber a las niñas involucradas sobre su derecho a ser oídas y las consecuencias que el ejercicio de dicho derecho implicaba.

En virtud de ello, el referido tribunal interamericano dio intervención a las niñas y valoró el interés superior de acuerdo a lo manifestado por aquéllas (v. párr. 12, 13 y 67 a 71). Al respecto, luego recordar el deber del Estado de proteger el interés superior del niño, sostuvo que “la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños

²⁷ CNACAF, Sala I, *in rebus*: res. 11/11/19, en autos "LRRRC", Expte. N° 2.428/19; y res. 11/11/19 en causa "NGB", Expte. N° 78.220/18; ; accesibles en: www.pjn.gov.ar – “Consulta y Gestión de Causas Judiciales”.

²⁸ Corte IDH, OC-21/14, op. cit., párr. 108

o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia” (conf. párr. 109 y sus citas).

V. Las garantías judiciales aplicables a los procedimientos migratorios

Como adelantamos anteriormente, las facultades discrecionales de los Estados en la adopción de políticas migratorias encuentran algún valladar en el derecho internacional de los derechos humanos. En tal sentido, conforme fue adelantado anteriormente, la Corte IDH destacó que en los procedimientos de expulsión o deportación de extranjeros, los Estados deben seguir un estricto apego a las garantías del debido proceso, la protección judicial y al respeto de la dignidad humana, cualquiera sea la condición jurídica o estatus migratorio del migrante²⁹.

En lo que se refiere al derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 8 de la CADH, la Corte IDH destacó que ese derecho se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. También indicó que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, es decir, que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal³⁰.

²⁹ Corte IDH, OC-18/03, op. cit., párr. 122.

³⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17/09/03, Serie A N° 18, párr. 122 y 123; con cita de Corte IDH Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 02/02/01, Serie C N° 72, párr. 124; Corte IDH Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Reparaciones y Costas), sentencia del 06/02/01, Serie C N° 74, párr. 102; Corte IDH Caso del Tribunal Constitucional, sentencia del 31/01/01, Serie C N° 71, párr. 69; y Corte IDH Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, del 06/10/87, Serie A N° 9, párr. 27.

Por otro lado, sostuvo para alcanzar sus objetivos, el procedimiento y proceso migratorio “*debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real* de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. *La presencia de condiciones de desigualdad real 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”³¹.

En el marco de dichas garantías, también sostuvo que los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su estatus migratorio. En tal sentido, *no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla*. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque *el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad* o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia o que por cualquier otra causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial³².

³¹ Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25/11/13, Serie C N° 272, párr. 130; Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, 01/10/99, Serie A N° 16, párr. 119.

³² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, op. cit., párr. 107 y 108; con cita de Corte IDH, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28/02/03, Serie C N° 98, párr. 136; Corte IDH Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31/08/01, Serie C N° 79, párr. 113; Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (Reparaciones y Costas), sentencia del 06/02/01, Serie C N° 74; y Opinión Consultiva OC-09/87, sobre Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, op. cit., párr. 24; los destacados me pertenecen.

Además, destacó que “[e]sta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, *se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva*”³³. En tal sentido, destacó que “*el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal sino real*”³⁴.

También advirtió que el principio de igualdad y no discriminación no significa que no se pueda iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal, sino que “[l]o importante es que al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular instancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”³⁵. Asimismo, aclaró que ello no implica que no se pueda “otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este *trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos*”³⁶.

En consonancia con ello, indicó que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona independientemente de su estatus migratorio. Al respecto, sostuvo que “para que exista ‘debido proceso legal’ *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*

³³ Corte IDH, OC-18/03, op. cit., párr. 109; el destacado no es del original.

³⁴ Corte IDH, OC-18/03, op. cit., párr. 126; lo destacado no es del original.

³⁵ Corte IDH, OC-18/03, op. cit., párr. 118.

³⁶ Corte IDH, OC-18/03, op. cit., párr. 119; el destacado no es del original.

*justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia*³⁷.

Asimismo, por derivación de lo antes expuesto, la Corte IDH tiene dicho que *las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar los derechos humanos, entre ellos el derecho a la unidad familiar, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias*³⁸. En tal sentido, destacó que *las autoridades nacionales deben ofrecer una fundamentación suficiente, que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la decisión, para lo cual no basta con que asegurar la posibilidad formal de oponer sus defensas, sino que se debe exponer la forma en que sustantivamente el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de sus derechos, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Además, destacó que la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a la conclusión*³⁹, y que *el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática*⁴⁰.

Con respecto al supuesto particular de las personas migrantes, el citado Tribunal Internacional señaló que “un procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero 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

³⁷ Corte IDH, OC-18/03, párr. 121; con cita de Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, sobre el Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, op. cit., párr. 115

³⁸ Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23/06/05, Serie C N° 127, párr. 152; entre otros.

³⁹ Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 21/11/07, Serie C N° 170, párr. 107.

⁴⁰ Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 05/08/08, Serie C N° 182, párr. 77; Corte IDH, Caso Tristán Donoso vs. Panamá (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 27/01/09, Serie C N° 183, párr. 152.

mínimas: /// i) 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 exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra; /// 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; /// ii) 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 /// iii) la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada”⁴¹.

En cuanto a los procesos de retención, como el previsto en el artículo 70 de la Ley de Migraciones (en su texto original y modificado), la Corte IDH tiene dicho que la CADH no establece una limitación al ejercicio de las garantías judiciales previstas en el artículo 7.5 de la CADH⁴² 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. También destacó que para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquel⁴³.

⁴¹ Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25/11/13, Serie C N° 272, párr. 119.

⁴² El artículo 7.5 de la CADH prevé: “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”.

⁴³ Corte IDH; Caso Velez Loor vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23/11/10, Serie C N° 218, párr. 107; Corte IDH Caso Tibi vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 07/09/04, Serie C N° 114, párr. 118; Corte IDH, Caso López Alvarez vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25/09/05, Serie C N° 141, párr. 87; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile (Fondo Reparaciones y Costas), sentencia del 22/09/05, Serie C N° 135, párr. 221; Corte IDH, Caso Bayarri vs. Argentina (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del

Además, señaló que para satisfacer la garantía prevista en el artículo 7.5 de la CADH en materia migratoria, 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. También destacó que, en virtud de esas garantías (como de las previstas en el artículo 8.1 de la CADH), corresponde al funcionario la tarea de prevenir o hacer cesar las detenciones ilegales o arbitrarias, de modo que es imprescindible que dicho funcionario esté facultado para poner en libertad a la persona si su detención es ilegal o arbitraria⁴⁴.

VI. Análisis de la normativa migratoria argentina

Desarrollados los estándares internacionales aplicables en la materia, resulta pertinente realizar un análisis de la evolución normativa argentina en materia migratoria, el cual pretende ser breve, toda vez que esa cuestión –y los enfoques que podríamos plantear entorno a las modificaciones introducidas por el Decreto N° 70/17 (B.O. 30/01/17)– exceden el marco del presente trabajo y merece un análisis profundo y particular.

Sin perjuicio de las referencias que se realizará a las modificaciones introducidas por el antes referido acto material, conviene recordar que con el dictado de la Ley N° 25.871 se modificó la política migratoria regulada por la Ley N° 22.439 (B.O. 27/03/81), también conocida como "Ley Videla", que poseía un sesgo securitista de la cuestión migratoria, lo cual implicó una gran innovación en términos de los derechos humanos de las personas migrantes (MODOLO, 2009: p. 3).

En particular, el artículo 4° del citado plexo legal reconoce que “[e]l derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República

30/10/08, Serie C N° 187, párr. 67; en sentido concordante Eur. Court HR, Judgment of 15 November 2001, *Iwanczuk v. Poland*, (Application no. 25196/94), párr. 53.

⁴⁴ Corte IDH, *Caso Velez Loo vs. Panamá* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23/11/10, Serie C N° 218, párr. 108; con cita de Corte IDH, *Caso Bayarri vs. Argentina* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 30/10/08, Serie C N° 187, párr. 67.

Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. Dicha disposición no fue modificada en el texto actual.

Además, en su artículo 3º fijó una serie de objetivos que pueden servir en la interpretación de esa normativa. En lo que aquí interesa, debemos considerar el legislador manifestó su interés en sentar bases estratégicas y *dar cumplimiento a los compromisos internacionales* de la República en materia de *derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes*; contribuir al enriquecimiento y fortalecimiento del tejido cultural y social del país; *garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar, promover la integración; asegurar a toda persona que solicite ser admitida de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y procedimientos de admisión no discriminatorios en términos de derechos y garantías establecidos por la CN, los compromisos internacionales y las leyes; promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la CN, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias*. Tales mandatos no encuentran variaciones en el texto vigente.

En consonancia con esos principios, el artículo 10 de la Ley de Migraciones prevé que “[e]l estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes”⁴⁵.

De acuerdo con lo antes expuesto, la última parte del artículo 29 de la Ley de Migraciones, estipula al derecho de reunificación familiar como una causal (excepcional) que habilita a la DNM a otorgar la dispensa de las expulsiones y demás medidas fundadas en las infracciones migratorias allí previstas⁴⁶.

⁴⁵ Dicha extensión, también fue aludida en la reglamentación prevista en el Decreto N° 616/10, B.O. 06/05/10, cuyo artículo 10 dispone que “[e]l MINISTERIO DEL INTERIOR, a través de la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES y demás organismos competentes, adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio del derecho de reunificación familiar con los alcances previstos en los artículos 10 de la Ley N° 25.871 y 44 de la CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCION DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, aprobada por la Ley N° 26.202”. Accesible en: www.infoleg.gob.ar.

⁴⁶ Ley N° 25.871, B.O. 21/01/04, ARTICULO 29: “Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: ///a) La presentación ante la autoridad de

En lo que aquí interesa, el artículo 29 de dicha ley –en su redacción original– dispone que “[l]a Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, *podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar*, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, *mediante resolución fundada en cada caso particular*, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo”.

Ahora bien, la disposición legal antes mencionada, en el texto vigente, se encuentra reglamentada con un tono securitista y prevé nuevas excepciones al otorgamiento de la dispensa que no se encontraban previstas en el texto legal original.

En tal sentido, actualmente el artículo 29 dispone que “[e]xcepcionalmente, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES podrá admitir en el país, únicamente por razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en las condiciones del último párrafo del presente artículo, en las categorías de residentes permanentes o temporarios, a los extranjeros comprendidos en los incisos a), k) y m), y a los comprendidos en el inciso c) en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena

documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada. El hecho será sancionado con una prohibición de reingreso por un lapso mínimo de cinco (5) años; /// b) Tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto; /// c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más; /// d) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional; /// e) Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia; /// f) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional; /// g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio; /// h) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas; /// i) Intentar ingresar o haber ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados al efecto; /// j) Constatarse la existencia de alguno de los impedimentos de radicación establecidos en la presente ley; /// k) El incumplimiento de los requisitos exigidos por la presente ley”. Accesible en: www.infoleg.gov.ar

privativa de la libertad cuyo monto máximo no exceda de TRES (3) años de prisión, o sea de carácter culposo. Fuera de los supuestos expresamente regulados no podrá hacerse lugar al trámite excepcional de dispensa. /// Cuando en los términos del párrafo precedente se invoque el derecho a la reunificación familiar, deberá acreditarse la convivencia del grupo familiar. A dichos fines no se considerará al extranjero de quien se comprobare se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque"⁴⁷.

Como podemos observar, las modificaciones introducidas limitaron los supuestos respecto de los cuales pueden ser admitidas las causales de dispensa (frente a la comisión de las infracciones allí previstas), como así también estipularon ciertas condiciones en torno al concepto de familia y la prueba que debía ser producida al efecto, aspectos que –como antes advertimos– no se verificaban en la redacción original de la ley.

Por su parte, el artículo 62 del citado plexo legal, relativo a las causales de declaración de irregularidad de la permanencia, también fue diametralmente modificado.

En efecto, en su redacción original el mandato expreso disponía que “[e]l Ministerio del Interior *dispensará* el cumplimiento de la cancelación prevista en virtud del presente artículo cuando el extranjero fuese padre, hijo o cónyuge de argentino, *salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria*” (conf. Ley N° 25.871)

A partir de la redacción prevista en el texto legal original, podemos inferir que el principio general contemplado por el legislador, al sancionar dicha Ley, fue la dispensa de la expulsión frente la existencia de los vínculos familiares allí contemplados expresamente, *salvo disposición debidamente fundada*, de modo que *la excepción era la expulsión* frente a dichos supuestos.

Ahora bien, el lápiz del reglamentador tampoco contuvo sus impulsos con respecto a dicha disposición y, tal como sucedió con el artículo 29, replicó un tono securitario y estableció nuevas limitaciones a ese derecho que tampoco estaban previstas originalmente.

⁴⁷ Conf. art. 29 *in fine*, t.o. Decreto N° 70/17, B.O. 30/01/17. Accesible en: www.infoleg.gov.ar

En efecto, la última parte del artículo 62 en su texto actual dispone que “[e]n los casos en que sobre el extranjero recayere sentencia condenatoria firme en la REPÚBLICA ARGENTINA, la misma operará automáticamente cancelando la residencia cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión, y llevará implícita la expulsión. El trámite recursivo se regirá por lo reglado en el Título V, Capítulo I bis —Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo—. */// Excepcionalmente*, en los casos comprendidos en los incisos a) y e), y en los supuestos del inciso c) y de cancelación automática, si el delito doloso mereciera para la legislación nacional pena privativa de la libertad cuyo monto máximo no exceda de TRES (3) años de prisión, o cuando sea de carácter culposo, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES *podrá dispensar la cancelación de la residencia si el extranjero invocare reunificación familiar respecto de progenitor, hijo o cónyuge ciudadano argentino*. Asimismo, se tendrá especialmente en consideración el tiempo que la persona lleve residiendo legalmente en el territorio nacional. *Fuera de los supuestos expresamente enumerados no podrá hacerse lugar al trámite excepcional reglado en el presente párrafo*, sin perjuicio de las previsiones de la Ley N° 26.165. */// Cuando en los términos del párrafo precedente se invoque el derecho a la reunificación familiar, deberá acreditarse la convivencia*. A dichos fines no se considerará al extranjero de quien se comprobare que se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque” (el destacado no es del original).

Asimismo, el decreto de necesidad y urgencia (DNU) N° 70/17 incorporó toda una novedad normativa en materia de control de legalidad sobre los actos de gobierno, en tanto creo que el imprevisto “artículo 62 bis”, inexistente en el texto legal original, el cual dispone que “El otorgamiento de la dispensa establecida en los artículos 29 y 62 de la presente Ley *será una facultad exclusiva* de la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES, *no pudiendo ser otorgada judicialmente*”. Como fue antes indicado, lo allí dispuesto no se encontraba expresamente previsto en el texto original de la ley y, a mi criterio, constituye una de las más tristes modificaciones (y de dudosa convencionalidad) adoptadas por la citada norma material.

Por otro lado, sin perder de vista el objeto del presente, el artículo 70 de la Ley de Migraciones, que regula el procedimiento relativo al cumplimiento de la orden de expulsión, también incluye a la reunificación familiar como una causal suspensión de dicha orden.

En tal sentido, el texto original dispone que “[p]roducida tal retención y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución, la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria”.

Conforme podríamos intuir de lo antes expuesto, dicha disposición también fue modificada por el Decreto N° 70/17, en perjuicio de los migrantes y cambiando el sentido original de la ley.

En efecto, la nueva redacción –continuando con el tono absolutista allí plasmado– dispone que “[e]n el caso en que el extranjero retenido *alegara como hecho nuevo* ser progenitor de argentino nativo menor de edad o con discapacidad, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES *deberá suspender* por DOS (2) días hábiles la ejecución de la medida de expulsión a los fines de *constatar la veracidad* de los hechos y *resolver si se otorgará o no dispensa* conforme lo dispuesto por los artículos 29 y 62 de la presente”.

Como podemos constatar, el nuevo texto normativo limitó la causal de dispensa por unidad familiar en los procedimientos de expulsión, ya que –llamativamente– eliminó a los cónyuges y a los vínculos familiares correspondiente a los ascendientes, y la limitó a los hijos menores de edad o con discapacidad.

A ello se suma, que dicha cuestión debe ser invocada como hecho nuevo, esto es, que no hubiera sido alegada en el procedimiento recursivo a la orden de expulsión, y reiteró la tesitura centralista y absolutista –plasmada también en otras disposiciones– con respecto a las facultades del órgano administrativo para el otorgamiento de la dispensa, aun cuando a claras luces

esto se contrapone el espíritu original de la norma, que poseía un mandato expreso para la regularización migratoria ante los supuestos de unidad familiar.

Sin perjuicio de que podríamos encontrar otras tantas y múltiples objeciones en torno a la legalidad y legitimidad de la “reglamentación” adoptada, como advertimos anteriormente no pretendemos aquí avanzar en torno a un análisis profundo de aquellas. Sin perjuicio ello, a las ya mencionadas, podríamos agregar: la competencia del órgano emisor, la validez constitucional y legal del procedimiento utilizado, la legalidad y convencionalidad de las modificaciones introducidas, como así también la razonabilidad de las razones de urgencia invocadas como fundamento de su dictado, entre tantas otras.

En este sentido, cabe destacar que la Sala V de la CNACAF, en el marco de la causa “CELS”⁴⁸, declaró la inconstitucionalidad del mencionado decreto. En efecto, los votos que conformaron la mayoría, consideraron que no se verificaban los requisitos materiales que habilitaran al Poder Ejecutivo para el dictado de un decreto de necesidad y urgencia (conf. art. 99 inc. 3 de la CN), como así también que dicho acto administrativo poseía vicios en su causa, objeto, finalidad y motivación, motivo por el cual resultaba un acto irregular en los términos de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549 (B.O. 27/04/72).

Dicho precedente jurisprudencial puede considerarse un punto de partida y de suma importancia y trascendencia a los efectos de resolver y analizar las posibles objeciones que se puedan invocar en torno a las modificaciones que el citado decreto introdujo en el texto legal.

Tal es así, que la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes de la Comisión y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, entre otras instituciones, otorgaron un reconocimiento en favor de dicha Sala, por el dictado de esa sentencia, relativa al acceso a la justicia de personas migrantes⁴⁹.

⁴⁸ Ver "Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ DNM s/ Amparo Ley 16.986", Expte. N° 3.061/17, sentencia del 22/03/18. Accesible en. www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

⁴⁹<https://www.cij.gov.ar/nota-32204-Reconocen-a-la-Sala-V-de-la-C-mara-en-lo-Contencioso-Administrativo-Federal-por-el-dictado-de-una-sentencia-de-acceso-a-la-justicia-de-personas-migrantes.html>

No obstante ello, la sentencia antes mencionada no se encuentra firme, toda vez que la DNM interpuso un recurso extraordinario federal y el expediente se encuentra en estudio hace ya algún tiempo, siendo la última novedad el dictamen de la Procuración General de la Nación (de fecha 18/11/20), quien recomendó confirmar la sentencia apelada, de modo que nos encontramos a la espera de la resolución del Máximo Tribunal⁵⁰.

Ahora bien, es dable señalar que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, con respecto a la materia en estudio también pueden resultar de aplicación otras normas, tales como la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (UN, Ley N° 26.202, B.O. 17/01/07) y la Ley de Trata de Personas y Asistencia a las Víctimas (conf. Ley N° 26.364, B.O. 30/04/08). Esta última, prevé que las víctimas de trata no pueden ser objeto de puniciones por cualquier delito o infracción derivada de haber sido objeto de trata (conf. art. 5 del citado plexo legal).

Por otra parte, en consonancia con el criterio expuesto en la referida causa “CELS”, el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de las Naciones Unidas, en el informe de fecha 13 de septiembre de 2019, recomendó al Estado Argentino derogar el Decreto N° 70/17 y *expresó graves preocupaciones con respecto a los efectos de su aplicación*, como así también efectuó una serie de recomendaciones, entre ellas, *asegurar una intervención autónoma de las niñas, niños y adolescentes en los procedimientos de expulsión de sus familiares*.

Asimismo, con fecha 1° de noviembre de 2018, se presentó ante Congreso Nacional un proyecto para la derogación del mentado decreto el cual, hasta la fecha, se encuentra en estudio de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados⁵¹.

Partiendo de las particularidades antes mencionadas, a la luz del control constitucional difuso aplicable en el país, corresponde en cada caso concreto,

⁵⁰ Se puede consultar el estado de la causa en www.pjn.gov.ar – “Gestión y Consulta de Causas Judiciales”. Fecha de consulta: 04/02/21

⁵¹ <https://www.diputados.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=6853-D-2018>

plantear la invalidez constitucional del Decreto N° 70/17, de acuerdo con las circunstancias que resulten allí acreditadas.

VII.- Breve mención al panorama judicial interno argentino en torno a la cuestión

Me gustaría poder aquí incluir palabras más esperanzadoras en torno al análisis de la cuestión migratoria. Sin embargo, en el ámbito judicial interno muchas veces los asuntos relativos a la movilidad humana no resultan ajenos a las influencias a las que hicimos referencia en el inicio del trabajo.

En primer lugar, cabe destacar que el Máximo Tribunal siguió –en su reciente jurisprudencia⁵²– un tono centralista y restrictivo en cuanto a las facultades judiciales de control de legalidad y convencionalidad de las disposiciones administrativas dictadas en la materia, siguiendo –pese a que así no lo advierte en su sentencia– el tono securitario y absolutista que impera en el Decreto N° 70/17.

En tal sentido, sobre un total de cinco miembros, existen tres votaciones distintas. El núcleo más duro, seguido por dos magistrados, señaló que según la ley de migraciones el otorgamiento de la dispensa era una facultad discrecional de la administración, hizo alusión al “núcleo de discrecionalidad” del organismo y al criterio restrictivo con que deben ser interpretados los regímenes de excepción. El segundo voto, correspondiente a otros dos jueces, hizo referencia al control de razonabilidad que corresponde a este tipo de actos (aspecto no abordado en el primer voto) y, siguiendo un criterio restrictivo similar al voto anterior, sostuvo que el tribunal de la anterior instancia hizo alusión a la existencia de parientes no mencionados en el artículo 10 de la Ley N° 25.871 (hermano y sobrinos de la actora) y omitió expedirse sobre la afectación del derecho de reunificación familiar, ya que “no examinó cual sería el grado desamparo en que quedaría la madre y el cónyuge de la migrante como consecuencia del acto de expulsión”. El último magistrado, con un criterio más

⁵² CSJN, 24/09/20, “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN – DNM resol. 561/11- (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados”, Expte. CAF 31.986/11. Accesible en www.pjn.gov.ar “Consulta y Gestión de Causas Judiciales”.

cercano al segundo voto, hizo referencia a que el tribunal de segunda instancia no había dado argumentos suficientes para fundar la arbitrariedad de la medida de expulsión o que ésta fuera persecutoria o discriminatoria.

Sin perjuicio de que no nos adentraremos en el análisis pormenorizado de las circunstancias dicho precedente, cabe advertir el criterio seguido por el Alto Tribunal dista de ser aislado, ya que –en los hechos– implicó una confirmación de la jurisprudencia mayoritaria imperante en la CNACAF, que –ajustándose a un criterio similar al dispuesto por el Decreto N° 70/17– consideraba que el otorgamiento de la dispensa por reunificación familiar es una facultad discrecional de la DNM y rechaza con carácter general los recursos interpuestos por las personas migrantes⁵³. En efecto, sólo una de las Sala que componen ese Fuero sigue un criterio diverso al antes expuesto y efectúa un control judicial amplio de las medidas cuestionadas⁵⁴.

Asimismo, si hacemos una mirada fugaz con respecto a la jurisprudencia existente en la materia, podremos observar que en el ámbito de ese fuero, no es copiosa la jurisprudencia que se expide con respecto a la extensión que debe otorgársele al concepto de familia y la existente lo realizó con un criterio limitado.

En tal sentido, se expuso que no basta con "invocar poseer una hermana y sobrinos radicados en el país, toda vez que aquellos no se encuentran comprendidos en el art. 10 de la [Ley N°] 25.871 que regula el derecho de reunificación familiar" y que "[s]i bien la recurrente considera que el término

⁵³ CNACAF: Sala I, 13/11/14, "Velito Castillo Luis Antonio c/ EN - DNM – Ley 25.871 - Disp. n° 1491/10 s/ Proceso de conocimiento", Expte. N° 6.076/11; 01/06/17, "Almonacid Obispo Víctor Raúl c/ EN-M Interior-DNM-resol 44/12 (EXPTE 2140503/06) s/recurso directo DNM"; 05/06/18, "R. R., H. c/EN-M Interior OPy V-DNM s/recurso directo DNM", Expte. N° 53.869/17; Sala II, 13/11/14, "L. Y. c/ EN - DNM - Disp. 69130/08 s/recurso directo DNM", Expte. N° 35.631/12; 28/05/15, "A. L. M. D. y otro c/ EN- DNM - Resolución n 1859/10 (Expte. N 2058815/06) y otros s/recurso directo para juzgados", Expte. N° 11.329/11; Sala III: 02/11/2010, "Granados Poma, Héctor c/ EN - DNM - Resol. n° 104574/09 (expte. n° 2293077/07) s/ amparo ley 16.986", Expte. N° 4/10; 5/04/11, "G. M. J.J. -INC MED(14-II-11) c/ EN -DNM – RESOL 743/10 (Expte. 2233178/06) s/proceso", Expte. N° 6.930/11; Sala IV, 19/10/17, "X., W. c/ Estado Nacional - Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso Directo DNM", Expte. N° 33.125/17; 7/11/17, "G. F., S. c/ EN -M° Interior- DNM-Disp. 260/13 (expte. 807982/08) y otro s / recurso directo DNM", Expte. N° 16.357/2013; entre muchos otros. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

⁵⁴ CNACAF, Sala V, 17/04/2018, "Diaz Escobar William c/ EN-M° Interior-DNM-Resol 308/12 (Expte 708221/84) y otro s/ Recurso Directo DNM", Expte. N° 26.909/12; 04/07/2019 y 06/08/2019, "W. N. c/ EN-M° Interior OP Y V-DNM s/ Recurso Directo", Expte. N° 17.217/18; entre otros. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

'familia' debería ser interpretado en un sentido amplio, no cuestiona la constitucionalidad de aquella norma que determina qué familiares van a ser considerados a los fines de garantizar el derecho de reunificación familiar, entre los cuales no se encuentra el vínculo invocado por la actora. En consecuencia, si los textos respectivos no han sido objeto de planteamiento y tacha de inconstitucionalidad por el eventual afectado, no corresponde prescindir de la aplicación de la norma"⁵⁵.

Como podemos inferir de lo antes expuesto, deberíamos plantear en cada caso concreto la inconstitucionalidad del artículo 10 de la Ley de Migraciones para poder acceder a que otros vínculos familiares, puedan ser considerados dentro del concepto de unidad familiar.

Por otro lado, de acuerdo con el principio general de la carga de la prueba (conf. art. 377 del CPCCN), dichos tribunales consideran que para la procedencia de la dispensa de la expulsión con motivo de reunificación familiar se requiere la acreditación de los vínculos familiares invocados a través del ofrecimiento de los medios de prueba pertinente (vgr. partida de nacimiento, libreta de matrimonio o convivencial, etc.)⁵⁶. Asimismo, con respecto a las uniones convivenciales, se ha dicho que para la aplicación de la dispensa fundada en esa causal, se requiere dicha unión esté inscripta en el registro que corresponda a la jurisdicción local⁵⁷. Por otro lado, se destacó que se requiere el reconocimiento de la paternidad que se invocara como sustento de la dispensa⁵⁸,

⁵⁵ CNACAF, Sala V, 20/08/19, "Y.Q. c/ EN-M Interior OP y V-DNM s/ Recurso Directo DNM", Expte. N° 21.776/19; Sala I, 28/08/18, "V.M.E.M Y OTRO c/ EN-M° INTERIOR-DNM-RESOL 903/11(EXPTE 8022316/07) s/RECURSO DIRECTO DNM", Expte. N° 11.578/12. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales"; con cita de CSJN, 02/07/1987, Fallos: 310:1401.

⁵⁶ CNACAF, Sala IV, 28/09/17, "N.B. c/ Estado Nacional - Ministerio del Interior - Dirección Nacional de Migraciones s/ Recurso Directo DNM", Expte. N° 32.101/17; 19/09/19, "T. R., P. c/EN -M. Interior- DNM s/Recurso Directo DNM", Exp. N° 5.915/14; 10/12/19, "N.C.R.R. c/ EN - M Interior OP Y V-DNM s/Recurso Directo DNM", Expte. N° 21.376/19; Sala II, 28/05/15, "A.L.M.D. y otro c/ EN- DNM - Resolucion n 1859/10 (Expte. n 2058815/06) y otro s/ recurso directo para juzgados", Expte. N° 11.329/11; 01/10/19, "G.S.L. c/E.N. -M Interior O.P. y V.- D.N.M. s/ recurso directo DNM", Expte. N° 14.902/19. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

⁵⁷ CNACAF, Sala II, 28/12/17, "S.R.J.C. c/ EN- M Interior Op y V-DNM s/ recurso directo DNM", Expte. N° 51.126/17. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

⁵⁸ CNACAF, Sala II, 05/06/18, "C. B., V. A. c/E.N. -M Interior OP y V- DNM s/recurso directo DNM", Expte. N 73.314/17, del; Sala V, 12/04/18, "C.X. c/ EN-M INTERIOR OP Y V-DNM s/Recurso Directo DNM", Expte. N° 61.398/17. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

como así también la convivencia del grupo familiar y la dependencia económica⁵⁹.

VIII. Conclusiones

Conforme pudimos observar a lo largo del presente trabajo, el margen de discrecionalidad que poseen los Estados para regular la política migratoria, encuentra un límite en los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias.

En el marco de esos derechos, se encuentra la protección integral de la familia, de cuya derivación se funda el principio de unidad o reunificación familiar receptado por la Ley de Migraciones, que posee una íntima relación con los derechos y deberes de los padres para con los hijos y viceversa.

El derecho a la reunificación familiar, de acuerdo con los instrumentos de derechos humanos en las condiciones de su vigencia, se encuentra consagrado y protegido con un carácter amplio, más allá de la previsión expresa del artículo 10 de la Ley de Migraciones.

No obstante ello, corresponde que –en cada caso concreto– las partes invoquen y prueben la inconstitucionalidad de la referida norma, a fin de acceder a una protección amplia en las condiciones antes descriptas.

Asimismo, pudimos verificar que los procedimientos administrativos y procesos judiciales relativos a la materia, no resultan ajenos a las garantías del debido proceso, la protección judicial efectiva y el respeto a la dignidad humana, sin importar el estatus migratorio de la persona migrante y su familia.

Por otro lado, los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen que en los procedimientos migratorios que puedan producir una afectación en los derechos y deberes familiares, se tome en consideración el interés superior del niño y, en caso de que éste decida intervenir, se ejecute adecuadamente su derecho a ser escuchado libremente. Estos dos derechos, forman parte de las garantías de defensa en juicio que –en particular– poseen los migrantes y sus hijos en miras a que las solicitudes de reunificación o unidad

⁵⁹ CNACAF, Sala II, 1/10/19, "G. S., L. c/E.N.-M Interior O.P. y V.- D.N.M. s/ recurso directo DNM", Expte.Nº 14.902/2019. Accesibles en: www.pjn.gov.ar "Consulta y Gestión de Causas Judiciales".

familiar sean resueltas adecuadamente⁶⁰. Frente a tales planteos, se torna necesario conocer el interés superior del niño para adoptar una decisión legítima a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y cumplir adecuadamente con los requisitos propios de todo acto administrativo (conf. Ley N° 19.549, B.O. 27/04/72).

Además, por derivación de esas garantías y del principio republicano de la publicidad de los actos de gobierno (conf. art. 1 de la CN), más allá de la redacción empleada en la normativa migratoria, corresponde que en cada caso concreto la DNM motive adecuadamente las decisiones que adopte en tal sentido, razón por la cual no deberían ser considerados suficientemente motivados los actos que recurran a la utilización de las fórmulas mecánicas, que muchas veces se verifican en esos casos, tales como la naturaleza o gravedad del delito, el ingreso irregular, entre otras.

En efecto, el deber de motivación de dichos actos, debe ser integrado las obligaciones internacionales aplicables en la materia. En particular, el Estado tiene un deber amplio de adoptar medidas positivas para la protección de la familia, como así también tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar y decidir de acuerdo con sus circunstancias particulares, de forma razonada y proporcional con los fines planteados.

No obstante ello, como pudimos observar en los dos últimos títulos, la claridad constatada en el ámbito interamericano, con respecto a la aplicación y vigencia de los derechos en estudio (como así también la interpretación que debe realizarse en la materia por derivación del principio *pro homine*), se contrasta con opacidad que se verifica -con carácter general- en el ámbito jurídico y normativo interno argentino.

En tal sentido, pudimos reseñar las disposiciones aplicables a la materia y, aun brevemente, las modificaciones introducidas por el Decreto N° 70/17, que parte de la doctrina identifica como una crisis a la hospitalidad argentina (BASOK; 2019), como así también ingresar –en forma pormenorizada– en los cuestionamientos que puede merecer esa norma material con respecto al objeto de estudio del presente trabajo.

⁶⁰ Corte IDH, OC N-21/14, op. cit., párr. 108.

Con relación a esto último, conviene recordar que los Estados no pueden invocar el derecho interno como condición del incumplimiento de un tratado (arg. art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por Ley N° 19.865, B.O. 11/01/73), lo cual también resulta aplicable al ámbito de los instrumentos internacionales de los derechos humanos en las condiciones de su vigencia. Además, no deberíamos perder de vista el mandato previsto en la Ley de Migraciones, en cuanto a que –este plexo legal– debe ser interpretado en armonía y en cumplimiento con los compromisos internacionales de la República Argentina en materia de derechos humanos, integración y movilidad de las personas migrantes.

De acuerdo con lo antes expuesto, podríamos considerar que el Estado –en sentido *lato sensu*– debería hacerse eco de las críticas efectuadas con respecto a la vigencia, aplicación y legalidad de la referida norma material, entre ellas, las observaciones efectuadas por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (en adelante CPDTTMyF)⁶¹, como así también de las directrices y estándares sentados por la Corte IDH en la materia en estudio y de los objetivos planteados en la Agenda 2030.

Sólo en la medida en que ello suceda, podremos afirmar que el procedimiento migratorio argentino resulta compatible con los derechos humanos de las personas migrantes, ya que el texto vigente –conforme a lo reseñado precedentemente– presenta serias dudas en torno a su constitucionalidad, convencionalidad, legalidad y razonabilidad.

En este contexto normativo y ante la inactividad jurisdiccional verificada en la causa “CELS”, resulta de suma importancia que el Congreso de la Nación reasuma las competencias exclusivas que le corresponden con relación a la regulación de la materia (arg. 75 inc. 18 de la CN), de modo que la norma y la política migratoria nacional puedan retomar la senda humanitaria y de apertura que caracterizó históricamente al país, como así también actualizar este tipo de procedimientos a los derechos y garantías previstos en los instrumentos

⁶¹Informe accesible en:
https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CMW/Shared%20Documents/ARG/CMW_C_ARG_CO_2_37078_S.pdf

internacionales de derechos humanos en las condiciones de su vigencia. Sólo a través de esta vía, los posibles futuros nacionales argentinos no se encontrarán a la merced del gobierno de turno y podrán gozar de un procedimiento migratorio objetivo, con las debidas garantías, establecido por el órgano constitucional encargado a tal efecto y de acuerdo con la voluntad democrática expuesta por el pueblo de la Nación a través de sus representantes.

IX. Bibliografía

ALEXY, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 281-326.

ARLETTAZ, F. (2018). *Admisión y Expulsión de Extranjeros en el Derecho Argentino*. Estudios Constitucionales, Año 16, N°1.

BASOK, T. (2019). *Regional Migration and Argentina's "Hospitality" in Crisis*. The Oxford Handbook of Migration Crises. Accesible en: www.oxfordhandbooks.com

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016). *Movilidad Humana Estándares Interamericanos*. Accesible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>.

CEDDHH (junio de 2019). *Migrants in detention*. Factsheet. Accesible en: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Migrants_detention_ENG.pdf.

European Union Agency for Fundamental Rights. *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*. Accesible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/handbook-law-asylum-migration-borders-2nded_en.pdf.

GARCÍA MELE, S.J. (2013). *Comentario del Artículo 17. Protección a la Familia*. En ALONSO REGUEIRA E. M. (Dir.). *La Convención Americana de Derechos Humanos*

y su proyección en el Derecho Argentino; Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, pp. 283-305.

GIUSTINIANI, R. (2004), *Migración: un derecho humano*. Buenos Aires: Prometeo Libros.

GONZÁLEZ, A. P. (2017). *La construcción de la "peligrosidad" del migrante: un análisis sobre las representaciones sociales de miembros del sistema judicial en la Ciudad de Buenos Aires*. Estudios Socio-Jurídicos, [S.l.], Volumen 19, N° 2, pp. 63-95. Accesible en: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5423>.

GONZÁLEZ, A.P. (2016). *Imaginarios sobre los derechos humanos de migrantes internacionales en el sistema judicial: algunos límites al principio de universalidad en el caso de Argentina*. Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, Número monográfico extraordinario 2016, Tendencias de las Migraciones. Accesible en: www.revistas.una.ac.cr/derechoshumanos

GORDILLO, A. (2004). *El Migrante irregular de la Ley 25.871. Otra Modificación transversal al derecho argentino*. La Ley. Accesible en: http://www.gordillo.com/cv/art_27.pdf

MÁRMORA, L. (2004). *Las leyes de migraciones como contexto normativo (de la "Ley Videla" hacia la Ley de Migraciones 25.871)*. En GIUSTINIANI, R. *Migración: un derecho humano*. Buenos Aires: Prometeo.

MARTÍNEZ PIZARRO, J. (2003). *El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género*. Naciones Unidas, CEPAL, CELADE, Fondo de Población de las Naciones Unidas, Serie Población y Desarrollo, N° 44. Accesible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7182/S039639_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ministerio Publico Fiscal, Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, Informe Anual 2017. Accesible en: <https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2018/03/INFORME-ANUAL-2017.pdf>.

MODOLO, V. (2009). *La política de expulsión de extranjeros en Argentina. Continuidad o quiebre en la actual Ley de Migraciones*, UBACyT (S016). En X Jornadas Argentinas de Estudios de Población. Asociación de Estudios de Población de la Argentina, San Fernando del Valle de Catamarca. Accesible en: <https://www.aacademica.org/000-058/67.pdf>

NIETO, A. (2005), *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.

NACIONES UNIDAS, Manual para la lucha contra la trata de personas. Accesible en: https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf.

PALACIOS, C. – Lara Correa, W. (2006), ¿La libertad de circulación a la espera de una decisión administrativa? O la necesidad de incorporar en el ámbito del derecho administrativo nacional la figura jurídica de la tutela anticipada, con el propósito de solucionar cuestiones urgentes, *La Ley*, 2006-A,44.

PASCUAL, M. N. (2020). *El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados en el procedimiento migratorio*. Ponencia presentada en Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la niñez y la adolescencia; Comisión de Trabajo N° 4: Migrantes, Refugiados y Desplazados: Su Impacto en la Infancia; Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, Argentina.

PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2012), *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PINTO, M. (2004), *El principio 'pro homine'. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los Derechos Humanos*. En ABREGÚ M. (Comp). *La*

aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales.
Buenos Aires: CELS.

RECASÉNS SICHES, L. (1961); *Filosofía del Derecho*. México: Porrúa.

ROCA, S. (2017). *El Derecho de Acceso a la Justicia y la Garantía del Debido Proceso de las Personas Migrantes en Argentina*. Revista IIDH, Vol. 65, pp. 215-280. Accesible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37859.pdf>.

ROSATTI, H. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

WALES, NICOLAI, S. J. Y AIAZZI, E. (2017), *Education, migration and the 2030 Agenda for Sustainable Development*. Londres: ODI.

EL DERECHO A SER OÍDO COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO EN PROCEDIMIENTOS MIGRATORIOS QUE INVOLUCRAN A NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Melina Maluf Martínez¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 12 de enero de 2021

Resumen

En el presente artículo se aborda el derecho niños, niñas y adolescentes migrantes a ser oídos en todos los procedimientos migratorios en que se encuentren involucrados. A lo largo del mismo, se desarrollan algunos conceptos centrales como el de niñez migrante –como una categoría que se halla en una especial situación de vulnerabilidad–, y el de la edad y la madurez suficiente que permiten comprender el contexto especial de la cuestión que se presenta. Se plantea la escucha y la opinión como principio, como derecho y como garantía y se analizan los instrumentos jurídicos de fuente nacional, regional y universal junto a los principales precedentes jurisprudenciales que reconocen el derecho a ser oído para extraer algunos criterios relevantes a considerar en orden a garantizar la debida participación de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos que afecten sus derechos.

Palabras clave: Niñez y adolescencia migrante – Sistema de protección integral - Derecho a ser oído – Procedimientos migratorios.

Title: The right to be heard as a guarantee of due process in migration proceedings involving children and adolescents.

¹ Abogada, escribana y profesora de Ciencias Jurídicas (Universidad Católica de Cuyo, San Luis, Argentina). Diplomada en Derecho Constitucional (Universidad Austral, Argentina). Doctoranda en Derecho (Universidad de La Rioja, España). Vicerrectora y Profesora Titular de Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Luis, Argentina). Ex Delegada Nacional en la Provincia de San Luis de la Dirección Nacional de Migraciones y Asesora letrada de la Municipalidad de la Ciudad de San Luis.

Abstract

This article approaches the right of migrant boys, girls and adolescents to be heard during all migration procedures in which they might be involved. Throughout the article some central concepts will be developed, such as migrant childhood –considered a category which is in a position of vulnerability– and that of the age and sufficient maturity, which will enable us to understand the special context of the situation presented here. Both listening and opinion are considered as principles, rights and guarantees. Local, regional and international legal instruments are analyzed along with the main legal precedents that recognized the right to be heard, in order to establish some relevant criteria to be considered when guaranteeing the appropriate participation of boys, girls and adolescents in procedures that might affect their lives.

Keywords: Migrant childhood and adolescence - Integrated protection system - Right to be heard - Migration procedures.

I. Introducción

El presente trabajo monográfico se vincula con una de las áreas temáticas generales del Seminario “Corrientes migratorias y protección de refugiados en los procesos de integración regional”: *Niñez migrante en el Mercosur*, centrando el análisis en el derecho a ser oído de niños y adolescentes en los procedimientos migratorios.

Antes de adentrarnos en su desarrollo resulta oportuno hacer una aclaración previa en relación a la terminología que se utilizará en el mismo.

Su título refiere al derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos migratorios, pero a lo largo del mismo se emplearán indistintamente la palabra *niño* (más acorde a la terminología que utiliza la Convención de los Derechos del Niño, que comprende bajo el término niño a

todo ser humano menor de dieciocho años de edad²), *menor* (de uso corriente y jurídico en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos estatales) y *niños y niñas y adolescentes* (expresión incorporada en la legislación de reciente promulgación a nivel convencional y nacional, considerada como un avance respecto a la denominación de menores que cierto sector de la doctrina jurídica la asocia a una condición de inferioridad o incapacidad de las personas y que importa una categoría en crisis asociada a la vieja escuela de la “minoridad” que representa un contenido estigmatizante. Por el contrario, para esta parte de la doctrina la denominación “niños” expresa una idea más acorde con el cambio de ideología planteado a partir de la Convención de los Derechos del Niño).

Sin perjuicio de los debates generados en torno a la utilización de uno u otro término –que exceden al objeto de este trabajo–, es importante no hacer decir a las palabras más de lo que ellas dicen. El término “menor” no tiene por qué entenderse en el sentido peyorativo e insinuante de la referencia a los niños como una categoría que los ubica en un grado de inferioridad respecto de las personas mayores de edad. Menor, niño y adolescente son categorías que describen a la persona humana de cierta edad (desde que nace hasta los 18 años), es decir al sujeto que se encuentra en la etapa de formación y desarrollo físico y psíquico durante la cual adquirirá las aptitudes necesarias para incorporarse a la vida adulta. Durante esta etapa, a medida que va creciendo, irá incorporando cada vez más habilidades y destrezas y contará con mayor capacidad de comprensión y razonamiento que le permitirá desenvolverse plenamente en la vida adulta. Por estas razones, se reitera, los términos serán usados en forma indistinta.

Hay que partir de considerar que la problemática de la niñez y la adolescencia migrante ha sido una preocupación siempre latente en la agenda de los estados y de toda la comunidad internacional. Muchos han sido los

² Cfr. artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño.

esfuerzos que se han realizado a lo largo de los años para lograr visibilizar sus derechos y garantizar su aplicación.

Los movimientos migratorios actuales son fenómenos complejos que se dan en circunstancias de las más variadas y que muchas veces implican traslados en condiciones de inseguridad, de riesgo y de insalubridad. En este contexto y, particularmente, en el de los flujos migratorios mixtos que implican movimientos de personas de carácter diverso que involucran diferentes grupos, entre ellos, niños y adolescentes que migran solos o acompañados, la necesidad de su protección exige la existencia de un conjunto de medidas y garantías tendientes al respeto y efectivo reconocimiento de sus derechos. Se trata de una problemática que requiere atención y, sobre todo, ocupación por parte de los Estados.

La categoría *niñez migrante* comprende a los niños y adolescentes que migran a otro lugar distinto al de su residencia por motivos diversos que tienen que ver con la reunificación familiar, la violencia y el abuso, la persecución, la búsqueda de mejores condiciones económicas, sociales o culturales, el escape de la extrema pobreza, etc. Puntualmente, cuando hablamos de niños, niñas y adolescentes migrantes estamos haciendo referencia a todas aquellas personas extranjeras que no hayan cumplido 18 años de edad, que se encuentren en las fronteras con intención de ingresar, o en el territorio nacional con intención de permanecer o residir (IPPDH-Save the children, 2019, p. 13).

Ellas se encuentran en una doble situación de vulnerabilidad dada por la combinación entre la edad y la condición migratoria. Esta situación exige una protección específica y adecuada a sus derechos por parte de los Estados (de origen, tránsito y destino) y de otros actores involucrados (OIM, 2016: p. 7).

La edad sin duda influye en su consideración como grupo especialmente vulnerable, dado que por encontrarse en proceso de desarrollo y formación requieren de un mayor acompañamiento y contención ante las deficientes condiciones de vida que pueden tener (pobreza, escasa atención de su salud, falta de vivienda y de educación entre otras) y frente a los riesgos de quedar expuestos y ser víctimas de delitos (tráfico y trata de personas, por ejemplo).

Junto a la edad, su condición de migrante potencia la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

Los instrumentos internacionales, la jurisprudencia y los documentos de trabajo elaborados en el seno de los organismos con competencia en la materia, han puesto de resalto esta cuestión relativa a la vulnerabilidad de los migrantes. Así se ha señalado:

Los migrantes son un grupo en situación de vulnerabilidad, debido a situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce a variadas formas de desigualdad en el acceso a los recursos públicos administrados por los Estados. Además, existen prejuicios culturales acerca de los migrantes, que favorecen la reproducción de sus condiciones de vulnerabilidad. Entre éstos se cuentan los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad (IPPDH-OIM, 2016: p. 13).

En el marco descripto, el presente trabajo apunta a efectuar un análisis del derecho a ser oído como una garantía fundamental que debe ser observada en todo proceso migratorio que involucre a niños y adolescentes migrantes. El punto de partida será la referencia al sistema de protección integral de estos grupos vulnerables, mostrando la existencia de una tutela multinivel, para luego focalizar el estudio en los procedimientos migratorios y las garantías mínimas que deben ser respetadas, analizando el derecho de ser oído, su funcionamiento y aplicación efectiva como así también los deberes que corresponde sean cumplidos por parte de los Estados.

II. El sistema de protección integral de la niñez y adolescencia migrante

En las últimas décadas, los niños y las niñas han sido objeto de una creciente protección por parte del derecho internacional de los derechos humanos. La amplia gama de instrumentos internacionales de protección se justifica en la vasta cantidad de temas que comprenden sus derechos. La

situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños y las niñas se puede configurar en diversos escenarios, como conflictos armados, violencia familiar, situaciones de desprotección –como en el caso de los niños de la calle, los niños privados de libertad, los niños indígenas, etc.–, la discriminación por género, raza, religión o por su sola condición de niños, o la falta de acceso a servicios básicos necesarios para su edad, como alimentación, salud, educación, entre otras muchas circunstancias (IPPDH-OIM, 2016: p. 11).

La normativa de fuente universal está presidida por la Convención Universal de los Derechos del Niño (en adelante CDN)³ que establece a lo largo de sus disposiciones un enfoque de protección integral de la infancia y la adolescencia que se completa y complementa con otros instrumentos universales, regionales, subregionales y nacionales vigentes en la materia y que incluye la consideración de niños, niñas y adolescentes migrantes como verdaderos sujetos de derechos.

Con la CDN aparecen cobrando un especial protagonismo los principios de la igualdad y la no discriminación (art. 2), del interés superior del niño (art. 3) y del derecho a ser oído (art. 12 de la CDN)⁴ que conllevan un conjunto de deberes y obligaciones que deben observar los Estados, la sociedad y las familias.

³ Aprobada el 20/11/1989 y ratificada por Argentina mediante Ley N° 23.849, del 22/11/1990, entrando en vigencia el 01/01/1991.

⁴ “Igualdad y no discriminación” – Art. 2° CDN: “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

“Interés superior del niño” – Art- 3° CDN: “... en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

“Derecho a ser oído y que la opinión sea considerada” – Art. 12° CDN: “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”.

Junto a ella ocupan un lugar destacado las Observaciones Generales a través de las cuales el Comité de los Derechos del Niño –órgano encargado de vigilar y analizar el cumplimiento de la CDN– da a conocer el contenido de la Convención. Por su pertinencia, merecen citarse la Observación General OG 6/2005 sobre “Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” y la Observación General OG 12/2009 sobre “El derecho del niño a ser escuchado”.

En 2017, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁵ elaboraron una Observación General Conjunta sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno⁶, la cual dedica un apartado especial al tratamiento de las garantías procesales que deben observarse en todo procedimiento administrativo o judicial relacionado con la migración y el asilo, refiriendo expresamente a la importancia que las opiniones de los niños y adolescentes sean oídas como es debido y tenidas debidamente en cuenta⁷.

En el ámbito regional, el principal instrumento es la Convención Americana de los Derechos Humanos (la CADH)⁸, a la que se suman otros instrumentos regionales de derechos humanos que contienen medidas de protección de la niñez, como lo es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo adicional a la CADH en materia de Derechos

⁵ Que funciona en el ámbito de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CTM), aprobada en 1990 y aún con un bajo nivel de ratificaciones.

⁶ Observación general conjunta núm. 4 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 23 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

⁷ Cfr. OG Conjunta 4/2017 y 23/2017, párr. 15.

⁸ Firmada en la ciudad de San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por Ley N° 23.054. Sancionada el 1 de marzo de 1984 y promulgada el 19 de marzo de 1984.

económicos, sociales y culturales y la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación racial y Formas conexas de intolerancia⁹.

Encontramos también las Opiniones Consultativas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que cumplen un destacado papel fijando pautas de protección y directrices de actuación. Principalmente cabe mencionar la OC 17/2002 relativa a la “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, la OC 18/2003 referida a la “condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados” y la más importante en el tema de tratamiento, la OC 21/2014 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, además de otras instancias de protección de los derechos de la niñez que funcionan en el ámbito de la OEA¹⁰, enriquecidos y complementados con el aporte de la jurisprudencia de la Corte IDH.

⁹ El art. 7 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre establece la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición de tal: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales” (art. 7).

El Protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales dispone la obligación de no discriminación: “Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 3) y, en el caso de los derechos de la niñez señala que: “Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo” (art. 16).

Por último, la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia dispone que “Todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada” (art. 3), “Todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en el derecho internacional aplicables a los Estados Partes, tanto a nivel individual como colectivo” (art. 4).

¹⁰ La Relatoría sobre los derechos de la niñez, creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1998, con el fin de fortalecer el respeto de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en las Américas que está a cargo de un Comisionado o Comisionada nombrada por el pleno de la Comisión y colabora en el análisis y evaluación de la situación de los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes en las Américas, asesora a la CIDH en el trámite de peticiones, casos y solicitudes de medidas cautelares y provisionales en materia de niñez y adolescencia, realiza visitas a los Estados, y elabora estudios e informes.

Cabe mencionar también el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN), órgano especializado en la infancia que asiste a los Estados en el desarrollo de políticas públicas,

Todos ellos, en su conjunto, conforman un verdadero sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes que parte del compromiso de los Estados de respetar sus derechos y libertades y garantizar su libre y pleno ejercicio¹¹ y que consagra como primordial el derecho de acceder a las medidas de protección que su condición de personas menores requiere por parte de su familia de la sociedad y del Estado¹².

En el espacio integrado del MERCOSUR este sistema se completa con el Acuerdo de residencia para nacionales de los Estados Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile¹³ (posteriormente extendido a la mayoría de los Estados Asociados) que regula el acceso a derechos de las personas migrantes en igualdad de condiciones con los nacionales (con la única excepción de los derechos políticos) bajo el criterio de la “nacionalidad”, es decir, sobre la base de la pertenencia a alguno de los países de la región.

Aunque el Acuerdo no se refiere explícitamente a los niños y adolescentes migrantes, claramente los incluye en su ámbito de aplicación que se refiere a los inmigrantes y nacionales de un estado parte. Además, en su artículo 9 establece los derechos de los inmigrantes y de los miembros de sus familias, incluyendo así a los niños y niñas de forma implícita, a quienes les reconoce un conjunto de derechos entre ellos, el trato igualitario a los nacionales, la reunificación familiar e importantes derechos en materia civil.

aportando a su diseño e implementación desde el punto de vista de la promoción, protección y respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región. El Instituto presta especial atención a los requerimientos de los Estados miembros del sistema interamericano y a las particularidades de los grupos regionales.

¹¹ Artículo 1 de la CADH: Obligación de Respetar los Derechos. “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social...”.

¹² Artículo 19 de la CADH: Derecho del Niño. “Todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia de la sociedad y del Estado”.

¹³ Suscripto en Brasilia el 6 de diciembre de 2002.

Además del Acuerdo de Residencia, en el MERCOSUR existen otros acuerdos orientados a la protección de los derechos de los niños y niñas migrantes. Entre ellos se cuentan el Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados sobre Cooperación Regional para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Vulnerabilidad¹⁴, y el Acuerdo para la Implementación de Bases de Datos Compartidas de Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Vulnerabilidad del MERCOSUR y Estados Asociados¹⁵.

Un documento que reviste singular importancia en el bloque es la *Guía Regional para la identificación y atención de necesidades especiales de protección de los niños y niñas migrantes* que está destinada a orientar los procedimientos de los organismos responsables de la formulación y gestión de las políticas migratorias, de las instituciones estatales cuyo personal cumpla funciones de control migratorio o actúe por delegación de funciones, así como también de las instituciones de protección de los derechos del niño y todas aquellas instituciones que desempeñen funciones vinculadas directa o indirectamente a su atención, respecto de todo niño extranjero que pudiera necesitar protección internacional o la obtención de otra forma de protección de sus derechos¹⁶.

Este documento ha sido complementado recientemente por el *Manual de aplicación de estándares internacionales y regionales de derechos humanos – Protección de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración*¹⁷, que se basa en los estándares que surgen de los principales instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y de las personas migrantes.

¹⁴ Suscripto en San Miguel de Tucumán, Argentina, el 30/06/2008.

¹⁵ Suscripto en San Miguel de Tucumán, Argentina, el 30/06/2008.

¹⁶ Derechos humanos de la niñez migrante. Migración y Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 40.

¹⁷ Elaborado por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR con el apoyo de Save the Children (2019), Buenos Aires.

Existen además en el MERCOSUR otras instancias desde las que se abordan cuestiones vinculadas con los menores migrantes, como es la Comisión Permanente Niñ@Sur¹⁸ y el Foro Especializado Migratorio¹⁹.

Por último, en el orden nacional, sobre la base de la tradición humanitaria y abierta en relación a los migrantes y sus familias fijada en la Constitución Nacional²⁰, la normativa vigente en Argentina se asienta en los principios de integración, inserción y no discriminación, consagrando una amplia gama de derechos que se reconocen a toda persona migrante, incluidos los niños y adolescentes.

Así, Ley de Migraciones N° 25.871/2004²¹ –reglamentada por Decreto N° 616/2010²²– consagra el derecho a la migración como un derecho humano, esencial e inalienable a la persona migrante (art. 4), la igualdad de trato para el goce de los derechos (art. 5), el acceso igualitario a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (arts. 6, 7 y 8), a la información (art. 9) y a la reunificación familiar (art. 10), considerándose discriminatorios todos los actos u omisiones determinados por motivos tales como etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica o caracteres físicos, que arbitrariamente impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes (confr. art. 13).

Coexisten con esta ley otras leyes nacionales, decretos y disposiciones migratorias emitidas por la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) que regulan situaciones específicas que afectan derechos de niños y adolescentes migrantes, como lo es la Ley N° 26.165/2006 de Reconocimiento y protección al

¹⁸ Creada en el año 2005 en el ámbito de la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del MERCOSUR (RAADH).

¹⁹ Creado en la XIV Reunión de ministros del Interior del MERCOSUR, en 2003.

²⁰ Cfr. Preámbulo y artículo 20 de la CN.

²¹ Sancionada el 17/12/2003 y promulgada de hecho el 20/01/2004.

²² Dictado el 3/05/2010 y Publicado en el Boletín Oficial N° 31.898 el 6 de mayo de 2010.

refugiado²³, la Ley N° 26.364/2008 de Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas²⁴ y las Disposiciones de la DNM, entre las que pueden mencionarse la Disposición N° 2656/2011 que aprueba el Procedimiento para el ingreso y egreso de menores hacia y desde el territorio nacional, las Disposiciones N° 3458/2011 y la N° 3328/2015 que modifican la 2656/2011 y la Disposición N° 1489/2017 sobre el otorgamiento de residencia permanente a menores con autorización de uno de los progenitores.

En virtud de las referencias normativas apuntadas podemos decir que el sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes migrantes reconoce una tutela multinivel –de orden universal, regional, subregional y nacional– que se actualiza en forma permanente a través de la jurisprudencia y del trabajo desarrollado por los organismos con competencia en materia de protección de menores.

En esta línea, la Corte IDH ha resaltado en reiteradas oportunidades la existencia de un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”, que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones que han asumido los Estados a través del artículo 19 de la Convención Americana respecto a las niñas y niños, en particular al precisar las “medidas de protección a las que se hace referencia en el mencionado precepto. Específicamente, la Corte ya ha resaltado que la Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado internacional que posee mayor vocación de universalidad, lo cual “pone de manifiesto un amplio consenso internacional (opinio iuris comunis) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia, habiendo sido ratificada además por casi todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos”²⁵.

Las normas que conforman el sistema de protección integral vigente –o el *corpus iuris* de derecho internacional de protección como lo llama la Corte–, deben ser interpretadas y aplicadas a la luz de los principios del Derecho

²³ Sancionada el 8 de noviembre de 2006 y promulgada el 28 de noviembre de 2006.

²⁴ Sancionada el 9 de abril de 2008 y promulgada el 29 de abril de 2008.

²⁵ Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 57.

internacional de los derechos humanos²⁶ y teniendo en cuenta su naturaleza evolutiva lo que implica que ellas deben ir acompañando la evolución de los tiempos y las condiciones actuales de cada sociedad²⁷.

III. La escucha y la opinión como principio, como derecho y como garantía

Con la consagración normativa de los derechos de niños y adolescentes que se ha producido universalmente, se comenzó a visualizar un progresivo reconocimiento de sus habilidades y aptitudes para participar en diferentes entornos brindando sus propias opiniones. La posibilidad de que puedan expresar sus ideas o señalar sus puntos de vista sobre determinados asuntos y que puedan ser considerados por parte de los adultos, se ha vuelto cada vez más frecuente en ámbitos no solo familiares y escolares sino también judiciales y administrativos, ámbitos donde antes solo se reconocía como válida la opinión de los progenitores y de las autoridades y la de ellos, quedaba relegada o solo considerada en tanto coincidiera con la de los adultos.

²⁶ Principio *pro homine* (que exige recurrir a la interpretación más favorable a la persona); Principio de no discriminación (que prohíbe la restricción irrazonable de derechos fundamentales con base en diversos factores, como podría ser la nacionalidad o la condición migratoria de la persona); Principio de progresividad (que demanda interpretar las normas de forma tal de enfrentar los desafíos presentes (en este caso, el fenómeno migratorio) con el objetivo de asegurar, progresivamente, la garantía de los derechos a todas las personas); Obligación de proteger especialmente los derechos de los grupos que se encuentran en condición vulnerable (por ejemplo, los niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular).

²⁷ La Corte IDH ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (cfr. Corte IDH Opinión consultiva 21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 55).

En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha dicho que, al aplicar las normas, los Estados Partes deben tener en cuenta su naturaleza evolutiva y, por tanto, reconocer que sus obligaciones pueden ir más allá de las normas que se articulan, las cuales en modo alguno impedirán que los menores no acompañados y separados de su familia puedan disfrutar de derechos y beneficios más amplios al amparo de instrumentos regionales o de sistemas nacionales de derechos humanos, las normas internacionales y regionales sobre refugiados o el derecho internacional humanitario. (cfr. OG 6/2005, párr. 4).

La participación de los menores a través de su opinión y escucha los ubica como sujetos de derecho con capacidad para expresar sus opiniones en los asuntos que les competen y condiciona y garantiza todos los demás derechos dado que sin voz y acceso en el proceso de información, de comunicación, de decisión, en todas las esferas de la vida de la sociedad civil y del Estado, no podrían ejercer, en concreto, la necesaria influencia sobre las condiciones de las cuales depende el ejercicio de sus derechos (BARATTA, 1998, p. 13).

Son varios los beneficios que conlleva la participación de los niños y adolescentes en los asuntos que afectan directamente su vida y sus intereses. La participación efectiva asegura la tolerancia y la aceptación de la diversidad; genera en los niños, niñas y jóvenes confianza en sí mismos; promueve la negociación y ayuda a prevenir conflictos; aumenta su capacidad para formarse un juicio propio y expresarlo, elegir entre varias opciones y aceptar responsabilidades; fomenta el respeto y su reconocimiento como personas por derecho propio y no simplemente como futuros adultos (GROSMAN, 2019: pp. 62-63).

Como se señaló, uno de los pilares fundamentales que refleja la participación de niños y adolescentes y sobre el cual la CDN asienta el sistema de protección integral es el derecho del niño a ser oído, el cual se halla presente implícita y explícitamente a lo largo de sus disposiciones y que, junto al principio de autonomía progresiva, del interés superior y de no discriminación, resultan necesarios para la resolución de conflictos donde sean parte los niños y adolescentes en contexto de migraciones.

a) En cuanto principio, la posibilidad de niños, niñas y adolescentes de ser oídos juega un papel fundamental en la tarea de adecuación de las normas a todo el plexo convencional vigente, funcionando como guía para ayudar a los operadores jurídicos a decidir en un sistema complejo en el que, con frecuencia, ha de recurrirse a un diálogo de fuentes y a la utilización no solo de las reglas jurídicas, sino también de los principios.

Cumple una doble función, como fuente, en cuanto debe recurrirse a este principio para resolver las cuestiones que no tienen solución prevista en la letra de la ley y como elemento de interpretación, en tanto se constituye como

una directriz que marca un camino respecto del alcance y la finalidad de los demás preceptos normativos.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la CDN, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

b) En tanto derecho, está expresamente consagrado en el artículo 12 de la CDN que dispone: “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 procedimientos de la ley nacional”.

Esta disposición convencional es una verdadera norma operativa por lo que debe entenderse que constituye una directiva de inmediata aplicación que impone el deber de escuchar al niño, la niña y el adolescente migrantes, valorando su opinión armonizada con las demás circunstancias del caso que se den en el marco de un procedimiento migratorio.

Se trata de un derecho de estricto carácter personalísimo que implica la posibilidad cierta de participar en los procesos que se lleven a cabo para adoptar una decisión que pueda afectar sus derechos o intereses, a los fines de hacer valer sus pretensiones, dar a conocer y explicar sus razones.

En todo procedimiento, cualquiera sea su naturaleza, el derecho a ser oído supone que, antes de la emisión de un acto de alcance particular, se otorgue al individuo la posibilidad de tener acceso y ser tenido por parte en el expediente,

siendo las autoridades judiciales y administrativas quienes deben erigirse como los garantes por excelencia de este derecho.

En este sentido, el derecho a ser oído es sinónimo de tutela judicial efectiva, y significa que toda persona tiene derecho a acceder a un tribunal para que éste pueda pronunciarse, tener contacto directo con el órgano decisor (principio de inmediación/inmediatez)²⁸, derecho que adquiere aún mayor fuerza frente a situaciones de especial vulnerabilidad o fragilidad del individuo, como sucede ante casos de niños y adolescentes en contextos migratorios.

La Observación General N° 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado²⁹, señala que el artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados Partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta.

El derecho del niño y del adolescente a poder expresar sus opiniones *en todos los asuntos* que lo afecten supone que deba ser escuchado si el asunto que se examina lo afecta. Esta condición básica debe ser respetada y comprendida ampliamente siempre que se den los prepuestos necesarios para que la escucha se lleve a cabo que tienen que ver con la edad y la madurez suficiente del menor.

Esta interpretación amplia de *todos los asuntos* se complementa con la mención que hace la CDN en el artículo 12 al indicar que el menor debe ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte.

El Comité ha recalcado que esa expresión es aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión entre otros de los niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias y, además a los procedimientos administrativos que tienen que ver con decisiones sobre la

²⁸ Thea F., G. (junio 2009), Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas, en *La Ley*, Suplemento Administrativo, p. 11, Id SAIJ: DACF090047.

²⁹ CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño³⁰. Por lo tanto, en el contexto de la migración toda decisión administrativa o judicial relativa a la entrada, permanencia o expulsión de niños o adolescentes debe respetar plenamente su derecho a ser oído sobre todos los aspectos relativos a los procedimientos de migración y asilo y que sus opiniones sean debidamente tenidas en relación con sus expectativas educativas y sus condiciones de salud a fin de integrarlo en los servicios escolares y de salud³¹.

Como un aporte más a la determinación de los alcances de los términos utilizados en el artículo 12 de la CDN, el Comité de los Derechos del Niños ha realizado una serie de especificaciones que bien pueden ser tomadas como criterios de interpretación y que han sido de expresa mención por la Corte IDH en sus sentencias, a saber: no puede partirse de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones; el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto; el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias; la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso y los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de la

³⁰ Cfr. Observación General N° 12, párr. 32.

³¹ Cfr. Observación General N° 12, párr. 123.

capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente³².

c) Ahora bien, sin perjuicio de ser considerado un principio básico y fundamental y un derecho esencial, el derecho a ser oído se constituye también en una garantía de observancia obligatoria en todo proceso que involucre a niños, niñas y adolescentes migrantes.

El artículo 8 de la CADH al regular las garantías del debido proceso enumera en primer lugar el derecho de toda persona a ser oída. Esta garantía fundamental se considera inherente a toda persona³³, incluidos los niños y adolescentes, y aplicable a todo proceso, no solo judicial, sino también administrativo y cualquiera sea su naturaleza, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, quedando por lo tanto incluido el proceso migratorio.

La Corte ha sentado su postura en este sentido sosteniendo en su jurisprudencia que las garantías del debido proceso legal previstas en el artículo 8 se aplican y deben observarse en todo proceso sea administrativo, legislativo o jurisdiccional³⁴ y deben correlacionarse con los derechos específicos que

³² Cfr. Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 198 y OC 12/2009, párr. 20, 21, 25, 28 y 30.

³³ Todas las personas sin discriminación alguna, tienen el derecho humano a que se respete el debido proceso legal, en la determinación de sus derechos y obligaciones (Corte IDH, Opinión Consultiva OC 18/03 de 7 de septiembre de 2003, punto 7).

³⁴ En tal sentido en el Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, No. 72, párrafos 124, 126 y 127, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que “Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal [...]. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos [...]. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber”.

En igual sentido en el Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71, párr. 71, la Corte señaló que “...cuando la Convención 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

estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño³⁵.

Cuando se sustancian procesos migratorios, los jueces y la administración tienen límites infranqueables dados por un conjunto de garantías mínimas que deben observarse en todo proceso. Estas garantías, que incluyen el derecho de los niños y adolescentes a ser oídos, están dirigidas a lograr la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo de la dignidad humana. Así lo ha sostenido la Corte IDH en el ya citado *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, al expresar que “Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas” agregando que, cuando se trata de medidas de protección de los derechos de niños y niñas migrantes, se debe reglamentar en los procedimientos la forma de aplicación de dichas medidas procurando que se respeten ciertas garantías mínimas. entre ellas, tomar en cuenta las opiniones de niños y niñas sobre su preferencia³⁶.

jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.

En el Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C, No. 272, párr. 130, indicó la Corte “que el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. Asimismo, el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.

También en el 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. 349.

³⁵ Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párr. 95.

³⁶ Cfr. párr. 169.

IV. El derecho de niños y adolescentes a ser oídos en los procedimientos migratorios

i. Instrumentos de interpretación

Como es ampliamente sabido y ha quedado plasmado en los párrafos precedentes, los niños y adolescentes son titulares del derecho a ser oído.

En el *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* y a lo largo de toda la extensión de su vastísima jurisprudencia, la Corte IDH ha dejado establecido que dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la CDN el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino³⁷, muy especialmente por tratarse de un derecho/garantía que se encuentra estrechamente vinculado con su interés superior el cual debe ser considerado como criterio primordial en la resolución de los procedimientos donde ellos sean parte o estén involucrados.

A la Convención, se suma como fuente de interpretación la OC 21/2014 donde los jueces de San José han desarrollado extensamente el elenco de garantías mínimas que deben observarse en los procedimientos de carácter migratorio que involucran a niños y niñas, entre ellas, el derecho a ser oídos (PIZZOLO, 2020: p. 50).

ii. Criterios preponderantes

Cuando hablamos de movilidad de menores hay que tener en cuenta que frecuentemente suele suceder que en el caso de grupos familiares el movimiento de niños y adolescentes (y el de las mujeres/madres) ocurre después de la partida del padre/sostén familiar y cuando éste ya ha resuelto todas las cuestiones indispensables y básicas para la reunificación con su familia. También, cuando son las mujeres/madres las que encabezan los

³⁷ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 196.

procesos migratorios, suelen reunirse con sus hijos en el lugar de destino cuando éstos tienen cierta edad que ya no requieren tantos cuidados y por ende su presencia no es un impedimento a la hora de conseguir y mantener un empleo. Según una investigación llevada a cabo en 2014 promovida por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y por el Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH)³⁸, “la reunificación con quienes migraron antes, la continuidad educativa y el mejoramiento general de sus condiciones de vida probablemente se encuentren entre los principales motivos de traslado no forzoso en contextos familiares y parentales”.

A estos casos se suman aquellos en los que el niño o el adolescente se traslada solo o separado de su familia o grupo conviviente por razones que, como ya se apuntó, tienen que ver con el abandono, el riesgo para la vida, la explotación o bien la búsqueda de nuevas oportunidades de trabajo o estudio en la que los traslados más frecuentes son de adolescentes que cuentan con cierta autonomía y disponibilidad de recursos para dar inicio a un proceso migratorio en el lugar de destino³⁹.

En todos estos supuestos, sean traslados voluntarios o forzosos, los niños y los adolescentes quedan sujetos a procedimientos ya sea para determinar su status migratorio y su consecuente radicación en el país de destino, para disponer su retorno al país de origen o eventualmente para su localización en un tercer país si las circunstancias del caso lo aconsejan.

Al referirnos al procedimiento migratorio lo haremos en un sentido amplio, entendiendo por tal el conjunto de etapas que deben cumplirse para la admisión, ingreso y permanencia (transitoria, temporaria o permanente) de

³⁸ “Niños, niñas y adolescentes a través de las fronteras del MERCOSUR. Motivo y modalidades de los cruces entre Argentina y Paraguay. Aportes para pensar la protección”. Organización Internacional para las Migraciones (OIM) Director Regional para América del Sur | Diego Beltrand. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. Secretario Ejecutivo | José Augusto Lindgren Alves. Equipo de trabajo: Investigación e informe | María Inés Pacecca. Coordinación | Jorge Gurrieri, Constanza Argentieri y Javier Palummo, pág. 7.

³⁹ “Niños, niñas y adolescentes a través de las fronteras del MERCOSUR. Motivo y modalidades de los cruces entre Argentina y Paraguay. Aportes para pensar la protección”, *op. cit.*, pág. 8/9.

personas inmigrantes a un estado diferente al de su nacionalidad, sea que se lleve a cabo en sede administrativa como en sede judicial. Quedan comprendidos además bajo el concepto todas las instancias administrativas y/o judiciales que deben observarse en las solicitudes de refugio y asilo hasta su completa finalización mediante una solución duradera (sea la repatriación voluntaria en condiciones dignas y seguras al país de origen, la integración local en el país de acogida o el reasentamiento en un tercer país seguro) y también los procedimientos que se desarrollan en frontera los que presentan características y complejidades particulares según el tipo de límite fronterizo de que se trate.

Es evidente que las condiciones en las que participa un menor en procedimientos de esta naturaleza –y en cualquier otro– no son las mismas en que lo hace un adulto. Su edad y sus condiciones de madurez lo posicionan en la categoría de un sujeto en desarrollo que requiere que, según la edad que tenga y el desarrollo madurativo que presente (no es lo mismo un menor de 5 años que uno de 12 años o bien uno que ha alcanzado la edad de 16), se respete su derecho a ser escuchado y su autonomía en la toma de decisiones sobre aspectos que lo afectan directamente. Es por ello que resulta indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que se corresponden con diferentes situaciones, entre quienes participan en un procedimiento.

Existen por lo tanto ciertos criterios que deberán necesariamente ser considerados en orden a la debida participación de los niños y adolescentes en los procedimientos que afecten sus derechos y que tienen que ver con el propio sujeto (con su edad y desarrollo madurativo) y con el contexto.

Tratándose de niños y adolescentes, la edad y la madurez resultan vitales para el ejercicio del derecho a ser oído, ya que el desarrollo madurativo generalmente está ligado a la edad y la combinación de ambos hace presumir la existencia de capacidad natural para entender y querer un acto.

Por estas razones, a fin de asegurar el interés superior y la debida protección que tanto niños como adolescentes reclaman, se impone la necesidad de adoptar en los procedimientos migratorios en los que ellos se hallen involucrados o sean parte un criterio casuístico que además deberá ser mixto o

combinado. Casuístico, en tanto deberá hacerse una evaluación caso por caso, considerándose las circunstancias particulares y el contexto social, económico y cultural del menor, toda vez que la vulnerabilidad social y las condiciones económicas constituyen también elementos clave que han de ser tenidos en cuenta al momento de evaluar su participación en los procesos migratorios y las condiciones en que ella debe desenvolverse. Mixto, porque junto a la edad del menor deberán necesariamente valorarse sus condiciones de madurez y su aptitud suficiente para participar en el proceso.

En su OC 17/2002, la Corte IDH se ha pronunciado al respecto expresando que el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años existiendo “una gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”⁴⁰.

También en sus sentencias la Corte IDH ha reconocido la importancia de valorar en cada caso las circunstancias particulares, expresando que “los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben ser definidas *según las*

⁴⁰ Cfr. Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, párr. 101 y 102.

*circunstancias particulares de cada caso concreto*⁴¹; agregando que los derechos reconocidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos “... deben interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la niñez y, en particular *según las circunstancias especiales del caso*, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16, y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴²; y señalando además que “... cualquier decisión de órgano judicial o administrativo que deba decidir acerca de la separación familiar [de un niño a adolescente], en razón de la condición migratoria de uno a ambos progenitores debe *contemplar las circunstancias particulares del caso concreto*, garantizando así una decisión individual idónea, necesaria y proporcionada⁴³”.

iii. Derechos y deberes

Durante la tramitación del procedimiento migratorio es necesario que se reconozcan y apliquen un conjunto de garantías mínimas que hacen al respeto de los derechos humanos fundamentales de toda persona y de su dignidad, sin importar su condición de extranjero o si se encuentra en el territorio de un país en forma transitoria o en situación irregular.

Estas garantías deben ser respetadas y aseguradas a todas las personas sin distinción y, en el caso de los menores, deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de la CADH, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se encuentre en controversia algún derecho de una niña o niño⁴⁴.

⁴¹ Corte IDH, Caso Forneron e hija vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C, No. 242, párr. 45 y Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C, No. 272, párr. 217.

⁴² Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, párr. 121.

⁴³ 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. 357.

⁴⁴ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Párr. 95, y Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C, No. 260, párr. 148.

En su OC 21/2014, la Corte hace un análisis detallado de las garantías que conforme al derecho internacional de los derechos humanos deben regir en todo procedimiento migratorio que involucre a niños, niñas o adolescentes, entre las que menciona especialmente su derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales.

Como todo derecho reconocido le cabe como contrapartida un conjunto de deberes principalmente en cabeza de los Estados, entre los que cabe mencionar el deber de facilitación, el deber de participación personal, el deber de protección, el deber de adecuación y aseguramiento, el deber de información y el deber de consideración de las opiniones del niño o adolescente.

a) El deber de facilitación.

Se traduce en la obligación de posibilitar que los niños y adolescentes migrantes participen en todas y cada una de las diferentes etapas del proceso que los afecta y supone que los aplicadores del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deban tomar los recaudos necesarios para procurar su mayor acceso en tanto sus condiciones lo hagan posible y viable⁴⁵.

Como correlato de la garantía del derecho a ser oído, los Estados 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 (PIZZOLO, 2020: p. 51).

b) El deber de participación personal.

En la medida que su edad y sus condiciones de desarrollo y madurez lo permitan, los niños y sobre todo los adolescentes deben participar en forma personal y directa en los procedimientos que los involucran. En cuestiones que afectan directamente su dignidad, su libre desarrollo y sus derechos personalísimos, las opiniones de sus padres o representantes legales no pueden reemplazar las del propio menor.

⁴⁵ Cfr. Corte IDH, Caso Atala Rifo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párr. 199.

La Corte ha dicho que las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal⁴⁶ y por ende su participación en los asuntos que los afectan debe ser personal.

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 preferencias⁴⁷, de modo de garantizar instancias de participación y escucha efectiva.

Al estudiar el tema referido a la participación de los niños, HART, psicólogo especializado en investigación en ambientes infantiles, sostiene que “la participación es la capacidad para expresar decisiones que sean reconocidas por el entorno social y que afectan a la vida propia” (HART, 1993: p. 5) y agrega que la participación de los jóvenes⁴⁸ es un asunto complejo que varía no solamente según el desarrollo de la motivación y la capacidad de cada uno de ellos sino también de acuerdo al contexto familiar y cultural particular.

El autor distingue diferentes niveles de participación de los niños y adolescentes que van desde una participación simbólica o decorativa –donde no entienden el asunto en el que participan y sus opiniones no tienen incidencia ni se toman en cuenta– a una participación efectiva que conlleva la toma de decisiones por parte de ellos y su interacción con personas adultas en su calidad de iguales.

La efectiva participación de los niños y adolescentes se concreta en la posibilidad de que puedan ser escuchados y que sus opiniones puedan ser tenidas en cuenta. Para que ello resulte posible y no nos quedemos en la sola fase de la llamada participación “simbólica” de la que hablaba HART, es

⁴⁶ Cfr. Corte IDH, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, No. 246, párr. 203, y Corte IDH Caso Mendoza y otros vs. Argentina, (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C, No. 260, párr. 143. Ver también, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, UN Doc. CRC/GC/7/Rev. 1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

⁴⁷ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, *Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado*, párr. 21.

⁴⁸ El autor utiliza este término para incluir a niños y adolescentes.

necesario que se den ciertas condiciones que permitan generar los espacios de escucha activa y desarrollar los procesos de expresión de sus ideas, opiniones, puntos de vista y su recepción por parte de los adultos⁴⁹.

En el contexto de un procedimiento migratorio esas condiciones implican que la entrevista donde se escuchará al menor se desarrolle en un ambiente amigable, seguro y privado; que previo a oír al menor se le brinde información clara y entendible sobre sus derechos y obligaciones y sobre el procedimiento en el que es parte; que esté a cargo de profesionales debidamente capacitados en el tratamiento con personas menores de edad y formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta su edad, género y condiciones de madurez; que se determinen previamente su condición, es decir si se encuentra solo o separado de su familia, su nacionalidad o condición de apátrida, motivos de salida de su país de origen, etc.; que la escucha del menor se realice en un idioma y en un lenguaje que pueda comprender para asegurar su participación efectiva y, en su caso, se ponga a su disposición un intérprete; que se tenga en cuenta el entorno de donde proviene, su cultura y su situación socio-económica general.

c) El deber de protección.

Supone que cualquier declaración de un niño o adolescente deba 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 recibirla⁵⁰.

Esas medidas de protección deben potenciarse cuando se trata de procedimientos en que son parte niños o adolescentes y deben ser más específicas que las que se decretan respecto de otras personas. Recordemos

⁴⁹ Al referirse a las condiciones básicas para la observancia del derecho del niño a ser escuchado (apartado d, nro. 132 de la OG 12/2009), el Comité insta a las partes a evitar los enfoques meramente simbólicos que limiten la expresión de las opiniones de los niños o que permitan que se los escuche, pero no que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones.

⁵⁰ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párr. 129.

que su condición de sujetos doblemente vulnerables (en razón de su edad y de su condición de migrante) justifica extrema los cuidados.

Hay que tener presente a este respecto que en la ya citada OC 21/2014, la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial⁵¹.

La Corte IDH ha insistido en sus decisiones en la importancia de garantizar la protección de los niños⁵², estableciendo que el Estado no solo debe abstenerse de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño y de la niña, sino también que, según las circunstancias, debe adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos. Esto exige que el Estado, como responsable del bien común, resguarde el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y preste asistencia a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar⁵³.

En uno de los casos más recientes, la Corte ha resaltado que la debida protección de los derechos de las niñas y niños, en su calidad de sujetos de derechos, debe tomar en consideración sus características propias y la necesidad de propiciar su desarrollo, ofreciéndoles las condiciones necesarias

⁵¹ Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 66.

⁵² En el Caso *Gelman vs. Uruguay*, (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, No. 221, la Corte dicta sentencia condenando al Estado de Uruguay por considerar que se habían violado por una parte, las medidas especiales de protección de los niños y niñas que, bajo el artículo 19 de la Convención correspondían a su familia, la sociedad y el Estado, y también, el derecho a la protección de la familia reconocido en los artículos 17 de la Convención de la Convención Americana.

En el Caso *Contreras y otros vs. El Salvador*, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia 31 de agosto de 2011, Serie C, No. 232, la Corte condena al Estado de El Salvador como responsable de la violación del derecho a la vida familiar y de la protección a la familia, reconocidos en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, entre otros.

⁵³ El derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar (cfr. Opinión Consultiva OC-17, supra nota 131, párr. 66).

para que vivan y desarrollen sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades⁵⁴.

d) El deber de adecuación y aseguramiento.

Implica que la participación de los niños y adolescentes se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino e impone a las autoridades estatales la obligación de garantizar que la escucha se desarrolle en un espacio armónico que no resulte intimidatorio, hostil o inadecuado a la edad del menor y que el personal encargado de recibir el relato esté debidamente capacitado⁵⁵, de modo que se sienta respetado y seguro al momento de expresar su opinión en un entorno físico, psíquico y emocional adecuado a su situación.

e) El deber de información.

La participación de los menores no solo se concreta y se garantiza mediante la escucha y la consideración de su opinión sino también mediante el derecho a ser informado y a la posibilidad de tener a su alcance información apropiada a sus condiciones personales y contextuales, siendo por lo tanto el derecho a la información ineludible y complementario del derecho de opinar y ser escuchado que corresponde reconocerse a cada niño y adolescente. Cuanta mayor información tenga el menor (acorde a su madurez y su edad), mejor será su participación opinando en los asuntos que lo afecten.

Puesto que toda opinión o decisión sobre un asunto requiere el conocimiento previo de aquello sobre lo que se va a opinar o decidir, resulta indispensable que el niño o el adolescente cuenten con información adecuada y veraz que debe ser proporcionada por personal calificado en el tratamiento de niños y adolescentes.

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General 12/2009 al referirse al derecho a ser oído en los procedimientos de inmigración y asilo

⁵⁴ Cfr. Corte IDH Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 9 de marzo de 2018, Serie C, No. 351, 09/03/2018.

⁵⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado, párr. 34.

destaca que debe darse a los niños toda la información pertinente, en su propio idioma, acerca de sus derechos, los servicios disponibles, incluidos los medios de comunicación, y el proceso de inmigración y asilo, para que se haga oír su voz y que su opinión se tenga debidamente en cuenta en los procedimientos. Incluso corresponde se les suministre datos sobre el paradero de su familia que los niños solicitantes de asilo pueden necesitar e información actualizada sobre la situación en su país de origen para determinar su interés superior⁵⁶.

Este deber de suministrar información por parte de las autoridades ante quienes tramita el proceso migratorio y, al mismo tiempo, el derecho de recibirla por parte de los niños y adolescentes, se resalta como imperativo también en la Observación General 6/2005 al disponerse que los menores deberán disponer de “toda la información pertinente acerca de, por ejemplo, sus derechos, servicios existentes, en especial medios de comunicación, el procedimiento para solicitar el asilo, la localización de la familia y la situación en el país de origen (artículos 13, 17 y párrafo 2 del artículo 22) [...]. La información antedicha se proporcionará en forma que sea acorde con la madurez y el nivel de comprensión del menor”.

Como se ha dejado expresado, el derecho del niño y del adolescente a ser oído y a ser debida y oportunamente informado se aplica a toda clase de procedimiento administrativo y en cualquiera de sus etapas o instancias de tramitación. Así, en la primera etapa de contacto con niños y adolescentes migrantes que llegan a los Estados, sus autoridades fronterizas están obligadas a realizar una evaluación inicial que necesariamente debe comprender un espacio donde el menor pueda expresarse y ser escuchado en relación a la situación que lo afecta para poder determinar sus vulnerabilidades y necesidades especiales de protección⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. párr. 124.

⁵⁷ Este procedimiento de evaluación inicial debe efectuarse en un ambiente amigable y que otorgue garantías de seguridad y privacidad, así como encontrarse a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género. Además, los Estados deben tomar en cuenta las garantías procedimentales mínimas acordes a los principios de interés superior de la niña o del niño y su protección integral, los cuales incluyen, pero no están limitadas a las siguientes: que la entrevista se realice en un idioma que la niña o el niño pueda comprender; que sea centrado en las niñas y niños, sensible al género, y asegure su participación; que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar; que reconozca la cultura de la niña o niño y considere su rechazo a pronunciarse en presencia

También, en los procesos de determinación del status migratorio se deberá respetar el derecho de niños y adolescentes a ser oídos y a participar en las diferentes etapas de tramitación del proceso, toda vez que las decisiones que se adopten (sea el otorgamiento de una residencia, su expulsión o deportación) pueden tener repercusiones profundas sobre la vida y su desarrollo. De igual manera, deberá garantizarse la efectiva participación de niños y adolescentes migrantes en los procesos judiciales en los que sean parte, debiendo el juez o el tribunal disponer de las medidas procesales pertinentes para escucharlos, siendo deseable que dichos procesos tramiten ante una autoridad judicial especializada en niñez y adolescencia.

Además, en los casos que se tomen medidas de atención y alojamiento de menores que se encuentren solos o separados de sus familias, se mantendrán informados de las disposiciones para su atención y se tendrán en cuenta sus opiniones; en los procedimientos de solicitud de asilo o refugio, si lo permiten la edad y madurez del menor, antes de que se adopte una decisión definitiva, debería existir la oportunidad de una entrevista personal con un funcionario competente y si el menor no se pudiera comunicar directamente con aquél en un idioma común, se solicitará la intervención de un intérprete; en los procesos de identificación de soluciones duraderas que resuelva sus necesidades de protección, de reunión familiar y de retorno al país de origen, se tendrán en cuenta sus opiniones⁵⁸.

f) El deber de considerar las opiniones del niño, niña o del adolescente.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino

de adultos o familiares; que provea de un intérprete en caso de ser necesario; que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y facilidades adecuadas; que provea asesoría legal en caso de ser requerida; que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento (Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 85).

⁵⁸ OG 6/2005, párr. 40, 71, 79, 81 y 84.

que abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño no bastando con escucharlo sino que “las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que él sea capaz de formarse un juicio propio [...]. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión”⁵⁹.

Este conjunto de deberes brevemente descriptos, son de ineludible cumplimiento por parte de los Estados y aseguran que los actos administrativos que sus autoridades dicten o las decisiones judiciales que emitan sean respetuosas de las garantías mínimas que conforman el debido proceso entre las que se destaca como primordial, el derecho del menor a ser oído con el alcance y las connotaciones que se han explicitado.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha contribuido a establecer estándares de protección de los derechos de niños y adolescentes en los procesos migratorios que los involucran. Especialmente, a través de los casos en los que ha debido resolver, la Corte ha sido contundente en el reconocimiento del derecho de participación de niños y adolescentes a través de su derecho a ser oído y el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

En el *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia*, el Tribunal dijo que el artículo 19 de la Convención, además de otorgar una protección especial a los derechos reconocidos en ésta, establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables, destacando como relevante la referencia a los artículos 12 y 22 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales reconocen, respectivamente, el derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 12, párr. 15, 28, 29 y 44.

⁶⁰ Corte IDH Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C, No. 272, párr. 219.

En el citado caso, a raíz del planteo en relación a los menores Pacheco Tineo (Frida, Juan y Juan Ricardo), la Corte resaltó la necesidad de garantizar la participación de los menores, estimando, por una parte, la importancia del derecho de los niños a expresar sus opiniones y participar de una manera significativa en el contexto de los procedimientos de asilo y, por la otra, la relevancia especial que adquiere la participación de los niños cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues ese tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados.

Estos criterios y estándares de protección han sido sostenidos por la Corte en todos los casos donde ha intervenido y se han puesto en juego los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes.

iv. Los procedimientos migratorios en frontera

Las fronteras constituyen zonas complejas dado que allí confluyen una diversidad de factores que van desde desequilibrios económicos y sociales a ambos límites, operaciones comerciales, tránsitos de personas en general, tránsitos turísticos y tránsitos cotidianos de los pobladores vecinos, hasta operaciones ilegales que tienen que ver con el tráfico de personas y de bienes. Estos factores, potenciados en la mayor parte de los casos por la inequidad y las incoherencias normativas, aumentan las situaciones de riesgo y vulnerabilidad a la que normalmente están expuestas las personas migrantes, particularmente los niños y adolescentes.

Sumada a esta complejidad que presentan las fronteras, aparecen otros componentes vinculados con la seguridad nacional, el antiterrorismo y la prevención de delitos que requieren máxima vigilancia en estos espacios

límites para prevenir el ingreso de aquellos que constituyen una amenaza interna para los Estados.

Por todos estos motivos resulta fundamental una adecuada gestión de las fronteras, espacios donde se llevan a cabo ciertos procedimientos migratorios iniciales que tienen que ver con el ingreso y admisión de personas y que inciden en su posterior y eventual residencia en el país de destino o reubicación en un tercer país, sobre todo porque allí, en medio de ese escenario, a veces adverso y a veces hostil, llegan niños y adolescentes cargados de sus historias de vida y de sus problemas, de aquello de lo que escapan o de aquello que buscan.

Por ello las obligaciones estatales respecto de la niñez migrante deben incluir el respeto de los derechos humanos y de las garantías fundamentales que consagra la CADH en todas las etapas de la migración incluyendo los trámites y procesos que se cumplen en frontera. Así lo ha establecido la Corte IDH al indicar que “las autoridades fronterizas no deben impedir el ingreso de niñas y niños extranjeros al territorio nacional, aun cuando se encuentren solos, no deben exigirles documentación que no pueden tener y deben proceder a dirigirlos de inmediato a personal que pueda evaluar sus necesidades de protección, desde un enfoque en el cual prevalezca su condición de niñas y niños”⁶¹.

Partiendo de considerar a las migraciones como un proceso social y no exclusivamente asociado a la inseguridad, resulta necesario la implementación en frontera de procedimientos de facilitación y no de restricción. En general, pero particularmente tratándose de menores, estos procedimientos deben aspirar a ser eficaces, ágiles y no restrictivos de su libertad, además de ser accesibles, no invasivos, cordiales, seguros y principalmente resolutivos.

El procedimiento será eficaz, ágil y no restrictivo en tanto se desarrolle en forma expedita evitando acciones dilatorias, demoras innecesarias y detenciones⁶²; será accesible, si se adapta a los niños, lo que supone que sea menos formal, más flexible y relativamente de fácil comprensión por ellos⁶³; y será no invasivo, en tanto a través de él se procure obtener información útil y

⁶¹ Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 83.

⁶² Entendiendo por ello, el hecho de que la persona, en este caso la niña y/o el niño, no pueden o no tienen la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra (cfr. OC 21/2014, párr. 145).

⁶³ Cfr. OG N° 12, párr. 66.

precisa sobre el niño o adolescente y al mismo tiempo se preserve y respete su intimidad.

Es importante también que resulte un procedimiento seguro en el sentido que provea datos confiables y evite la exposición de los menores a situaciones de riesgo y peligro; cordial, es decir, que garantice un ambiente propicio para su interrogación; y resolutivo, priorizando en todos los casos arribar a una resolución oportuna y respetuosa del interés superior del niño.

La concreción de procedimientos de estas características que se han apuntado requiere además que vayan acompañados de una gestión de frontera eficiente y eficaz cuyos componentes clave son los datos, la tecnología, el personal capacitado, la capacidad para evitar fraudes y para auditar⁶⁴, componentes que en muchos casos son escasos, deficientes o inexistentes.

Así, la presencia de niños y adolescentes detectados en frontera, sea que se presenten solos o acompañados, requiere de personal fronterizo capacitado en técnicas de interrogación para detectar posibles casos de sometimiento a delitos de trata o tráfico o situaciones de peligro inminente. Las autoridades fronterizas deben actuar con suma diligencia para identificar las diferentes situaciones que requieren de una actuación oportuna, adecuada y justa⁶⁵. Esta detección inmediata es clave para encauzar el trámite migratorio

⁶⁴ Los componentes operativos clave de un sistema de gestión de fronteras efectivo, son subsistemas interconectados (y preferentemente automatizados) que incluyen personal calificado, capacidad para realizar auditorías, cooperación entre agencias internacionales y sociedades estratégicas con transportistas y la industria (OIM, (cfr. Sistemas de gestión de fronteras, Sección 3.3. OIM (Organización Internacional para las Migraciones, pág. 24).

⁶⁵ Los Estados tienen la obligación de adoptar determinadas medidas de control de frontera con el objeto de prevenir, detectar y perseguir cualquier tipo de trata de seres humanos. Para ello, deben disponer de funcionarios especializados encargados de identificar a todas aquellas víctimas de la trata de seres humanos, prestando especial atención a las que sean mujeres, niñas o niños. A tal fin, resulta esencial que se tome la declaración de la víctima con el objeto de establecer su identidad y de determinar las causas que le obligaron a salir de su país de origen, tomando en cuenta que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello. Para asegurar un trato adecuado a las víctimas o víctimas potenciales de trata infantil, los Estados deben otorgar las debidas capacitaciones a los funcionarios que actúan en frontera, sobre todo en materia de trata infantil, con el objeto de poder brindar a la niña o al niño un asesoramiento eficaz y una asistencia integral. En los casos de niñas y niños que se encuentren acompañados de adultos, la autoridad fronteriza u otra debe asegurarse que aquellos no conozcan a sus acompañantes para evitar casos

correctamente y evitar denegaciones o devoluciones en perjuicio del propio menor. La disponibilidad de información rápida y fehaciente que aporte el sistema y la conexión con otras bases de datos resultará también crucial en orden a aquel objetivo.

La Corte IDH ha enfatizado la necesidad de que el procedimiento migratorio inicial cumplido en frontera debe ofrecer las garantías mínimas e incluir mecanismos efectivos para obtener información y detectar las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección del menor que se presente en frontera⁶⁶.

Este procedimiento dependerá del tipo de frontera y de los recursos disponibles en cada caso, existiendo fronteras –como las terrestres– que presentan mayor complejidad porque el propio contexto contribuye a que así sea⁶⁷ y otras –como las marítimas, aéreas y fluviales– en las que la organización propia de la actividad favorece al orden migratorio⁶⁸. En todos los casos, deberán extremarse los recaudos para que el tratamiento adecuado e individualizado de los niños y adolescentes que transiten por ellas redunde en un efectivo reconocimiento de sus derechos y garantías fundamentales.

de trata y explotación. Esto no conlleva, de modo alguno, a que todo caso en que una niña o niño se haya movilizado en forma independiente y se encuentre acompañado de un adulto que no sea familiar deba automáticamente ser considerado un caso de trata por las autoridades correspondientes y devuelto a su país de origen. Al respecto, se exige la más estricta diligencia por parte de las autoridades fronterizas para identificar las diferentes situaciones que requieren de una actuación oportuna, adecuada y justa (Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 92 y 93).

⁶⁶ Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva OC 21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 84, 85 y 86.

⁶⁷ Estas fronteras, cuando están cercanas a poblaciones, plantean un esquema particular dado que allí se desarrollan otra clase de vínculos con las personas que viven al límite territorial, el tránsito vecinal se combina con el turístico y con el forzoso complicando los controles y las limitaciones son mayormente rechazadas; cuando se encuentran alejadas de centros poblados, aparecen otros inconvenientes dados por la imposibilidad de dotarlas de servicios, infraestructura y recursos humanos.

⁶⁸ En el caso de las fronteras marítimas, aéreas o fluviales la actividad que desarrollan requiere de controles y procedimientos estrictos y hay mayor acceso a sistemas informáticos y soportes tecnológicos.

V. Conclusiones

Dijimos que los niños, niñas y adolescentes por su condición de personas y sujetos de derechos son titulares de derechos y corresponde asegurarles su pleno goce y disfrute, pero también su ejercicio cuando las condiciones personales y las circunstancias del caso lo permitan.

Estos derechos tienen como correlato necesario la obligación de los Estados de cumplir las disposiciones convencionales (CADH) y el resto del plexo normativo protectorio.

Tratándose del derecho a ser oído, esa obligación asumida se traduce en deberes que las autoridades estatales deben observar para asegurar que dicho derecho, en tanto garantía del debido proceso legal, sea efectivamente reconocido en todos los procedimientos migratorios que involucren a niños y adolescentes. Propiciar la participación personal de los niños y adolescentes en los procedimientos que afecten sus derechos, facilitando y asegurando que sus opiniones se expresen en un contexto adecuado, previo a haber recibido la información apropiada a sus condiciones personales y contextuales, configuran los principales deberes de observancia obligatoria.

De la labor desarrollada a nivel normativo e institucional, fortalecida y complementada por los estándares de protección definidos por la jurisprudencia en el sistema interamericano que ha sumado principios e interpretaciones de marcado corte garantista, se pueden destacar algunas acciones que se visualizan como prioritarias en orden a garantizar la efectividad del derecho a ser oído de los niños y adolescentes en el marco de los procedimientos migratorios:

- La formación continua y la capacitación de los agentes públicos (administrativos y judiciales) que intervienen en la tramitación de los procedimientos migratorios y, particularmente, de los agentes que cumplen funciones en frontera.

- La especialización de los funcionarios en la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Al tratarse de procesos en los que se ven

involucrados migrantes menores de edad, 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 superior⁶⁹.

- La existencia de un foro judicial migratorio con competencia en el conocimiento de los procesos de naturaleza migratoria.

- La contención y seguimiento de cada caso a través del trabajo coordinado de las autoridades migratorias con los organismos de protección de la niñez y la adolescencia que funcionan en el ámbito interno de cada Estado, en miras a atender las necesidades que presente el menor y eventualmente su familia, a lo que debe sumarse el trabajo también articulado con las agencias internacionales y los foros especializados en materia de protección de los derechos del niño y de la niñez migrante.

- La conformación de equipos técnicos en el seno de los órganos administrativos y legislativos como instancias permanentes de consulta y asesoramiento en temas migratorios.

- La dotación de los recursos y la infraestructura necesaria para llevar a cabo los procedimientos migratorios en frontera.

- El mejoramiento de los canales de información a través de bases de datos y sistemas actualizados y compartidos entre los Estados que permitan en el contexto de un procedimiento migratorio obtener información fehaciente y expedita en relación a la situación de los menores migrantes.

VI. Bibliografía

BARATTA, A. (1998). Infancia y democracia, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M., (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá: Temis/Depalma.

⁶⁹ Cfr. Corte IDH, Opinión consultiva 21/2014 de 19 de agosto de 2014, párr. 121.

GROSMAN, C. P. (2019). La participación de niños, niñas y adolescentes en la sociedad en *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial sus derechos a la salud y al cuidado de su propio cuerpo*, Tomo II, Rubinzal Culzoni: Santa Fe.

HART, R. (1993). La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica en Ensayos Innocenti No. 4, UNICEF, Bogotá. Accesible en: https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ie_participation_spa.pdf

IPPDH-OIM. (2016) *Derechos humanos de la niñez migrante. Migración y Derechos Humanos*. Nro. 2 (1º ed.), Buenos Aires.

IPPDH-Save the Children (2019). *Protección de niños, niñas y adolescentes en el contexto de la migración. Manual de aplicación de estándares internacionales y regionales de derechos humanos*. Buenos Aires. Accesible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/publicaciones/proteccion-de-ninos-ninas-y-adolescentes-en-contextos-de-migracion/>

IPPDH-OIM (2017). *Niños, niñas y adolescentes a través de las fronteras del MERCOSUR. Motivo y modalidades de los cruces entre Argentina y Paraguay. Aportes para pensar la protección*. Buenos Aires. Accesible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/publicaciones/ninos-ninas-y-adolescentes-a-traves-de-las-fronteras-del-mercosur/>

OIM. *Sistema de Gestión de Fronteras. Sección 3.3. Fundamentos de Gestión de la Migración. Volumen Tres: Gestión de la Migración*.

PIZZOLO, C. (2020). Sistema interamericano: las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios en *Revista Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights*

/Review. Centro de Excelencia Jean Monnet Universidad de Buenos Aires, Argentina. Año VIII – Nr. 1, pp. 38-78. Accesible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica-integracion-regional-y-ddhh.ph>

THEA, F. G. (2009). Las garantías del debido proceso en la toma de decisiones públicas en *La Ley*, Suplemento Administrativo, Id SAIJ: DACF090047. Accesible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf090047-thea-las_garantias_debido_proceso.htm

**MENORES MIGRANTES QUE ADUZCAN O SE PRESUMA LA CONDICIÓN DE REFUGIADO:
DEBEN ADQUIRIR DE INMEDIATO ESE CARÁCTER¹**

Hugo Alejandro Bermúdez Manrique²

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 11 de enero de 2021

Resumen

Este trabajo trata la problemática que surge en México como país destino y que puede sin duda presentarse en otras latitudes, en relación con los peligros a que están expuestos los niños, niñas o adolescentes migrantes, acompañados o no. En su desarrollo precisaré cuáles son las principales amenazas que enfrenta este grupo vulnerable. Mostraré la importancia de las reformas constitucionales de junio de 2011 en materia de amparo y derechos humanos en México y la de algunos estándares internacionales, con el impacto de ambos en los derechos humanos de los menores migrantes. Relevaré estándares de la Suprema Corte en México referentes a la protección en forma primordial del interés superior del menor en toda la actividad administrativa y jurisdiccional. Finalmente, con base en el marco jurídico protector de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes migrantes, y la evidente tardanza de las autoridades administrativas en el procedimiento para el reconocimiento de su condición de refugiados, que los deja expuestos a muchos peligros, propondré una solución para que, de inmediato, puedan acceder a los derechos y protección absoluta del Estado que genera tal reconocimiento.

Palabras clave: Constitución - Derechos Humanos - Estándares Internacionales - Interés Superior del menor, Menores migrantes, Refugiados, Procedimiento administrativo.

¹ Agradezco el apoyo para la realización de este trabajo con los comentarios críticos del Lic. Gustavo Salvador Morales Landín.

² Magistrado en el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región Saltillo, Coahuila. México, con Jurisdicción en Toda la República. Coordinador de la Extensión Saltillo del Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial.

Title: Migrant minors who claim or are assumed to be refugees: they should immediately acquire refugee status.

Abstract

This paper deals with the issues that arise in Mexico as a destination country, and that can undoubtedly occur in other latitudes too, regarding to the dangers to which accompanied or unaccompanied migrant children and adolescents are exposed. Concerning this matter, I will specify which are the main threats faced by this vulnerable group. Furthermore, I will show the importance of the constitutional reforms made on June 2011 regarding the “amparo action” and human rights in Mexico and some international standards, with the impact of both on the human rights of migrant minors. I will show standards of the Mexican Supreme Court regarding the protection of the best interests of the minor in all administrative and jurisdictional activities. Finally, based on the legal framework that protect migrant children and adolescents human rights, and the evident delay of the administrative authorities in the procedure for the recognition of their refugee status which leaves them exposed to many dangers, I will propose a solution so that they can immediately have access to the rights and absolute protection of the State.

Keywords: Constitution - Human Rights - International Standards - Best interest of the child - Migrant minors – Refugees - Administrative procedure.

I. Introducción

La Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los refugiados precisó que a finales del año dos mil diecinueve, cuatro millones de venezolanos habían abandonado su país para escapar de la violencia y la inseguridad, así como de la escasez de alimentos, medicamentos y servicios básicos. Señaló que, en la actualidad, las medidas en la región para contener la propagación del virus “COVID-19”, por ejemplo cerrar negocios y fronteras, han

dejado a muchos sin los medios para mantenerse a sí mismos y a sus familias, o sin ningún apoyo alternativo, por lo que algunos de ellos no tienen más remedio que regresar a casa, sin embargo, explica que más movimiento significa un mayor riesgo de entrar en contacto con el citado virus, al tiempo que el uso de cruces fronterizos irregulares puede exponer a las personas a la trata y explotación de personas. Precisó que en el Norte de Centroamérica, las bandas criminales han obligado a más de setenta mil personas a huir, incluyendo a desplazados internos, refugiados y solicitantes de asilo, pero encontrar seguridad afirma, se ha vuelto mucho más difícil después de que los países introdujeran restricciones de movimiento³.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) informó que la pandemia derivada del virus COVID-19 ha hecho que sea más difícil para muchos países recibir a los solicitantes, por ejemplo de asilo, y de evaluar sus solicitudes de protección, así como adaptar los sistemas y procedimientos de protección internacional para recibir a las personas necesitadas en instalaciones adecuadas para identificar y extender la protección internacional.

Adaptación que estima necesaria para evitar la creación de atrasos posteriores inmanejables que podrían afectar significativamente el funcionamiento de un sistema, tanto en lo presente como en lo futuro (ACNUR, 2020).

Conforme con los datos obtenidos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en México se ha brindado protección y asilo a miles de personas que se han visto obligadas a huir de sus países de origen por violencia y persecución. En años recientes, la mayoría de estas personas provienen del referido Norte de Centroamérica –Honduras, El Salvador y Guatemala– y de Venezuela.

En relación con la migración de niñas y niños, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos precisó en la Opinión Consultiva OC-21/14 (CIDH,

³ ACNUR, La COVID-19 y las personas refugiadas. Accesible en: <https://storymaps.arcgis.com/stories/0c386e3d2a7d485f9ae7f6dbfaf606cc>

acnur.org, 2014, pág. 14), que estos se movilizan internacionalmente por muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Señaló que, si bien las niñas y los niños generalmente se trasladan junto a sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía.

En México, el número de solicitantes de la condición de refugiado ha aumentado de dos mil ciento treinta y siete en dos mil catorce a catorce mil quinientos noventa y seis en dos mil diecisiete, por lo que éste país se está convirtiendo en un lugar de destino para estas personas, no únicamente un país de tránsito (ACNUR, La agencia de la ONU para los Refugiados, 2020).

Tendencia que se advierte está al alza, en atención a la política migratoria del presidente de los Estados Unidos de Norte América, Donald Trump, relativa al cierre de la frontera colindante con nuestro país, en relación con la pandemia derivada del virus “COVID-19”.

En el sistema jurídico mexicano la declaración de la condición de refugiado compete a la Secretaría de Gobernación a través de la Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados. Para acceder al reconocimiento del carácter de refugiado el solicitante debe instar y desahogar de manera previa el procedimiento previsto en la “Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político” y su ley reglamentaria.

MENORES MIGRANTES QUE ADUZCAN O SE PRESUMA LA CONDICIÓN DE REFUGIADO:
DEBEN ADQUIRIR DE INMEDIATO ESE CARÁCTER

Una vez que el solicitante obtiene respuesta en su favor para que se le reconozca la condición de refugiado, accede a los derechos y obligaciones inherentes a tal reconocimiento, entre los primeros tenemos: el de acceso a servicios públicos que faciliten su estancia en territorio nacional y autosuficiencia; los relativos al registro civil, servicios educativos, de seguridad social y de salud, así como la obtención de documentos que acrediten su calidad migratoria de estancia como residente permanente y la facultad para solicitar la reunificación familiar.

Así, la situación del migrante, hasta que se resuelva sobre el reconocimiento de la condición de refugiado, quien si bien eventualmente puede gozar de la protección complementaria, consistente en no devolverlo al territorio de otro país en donde su vida se vería amenazada o se encontraría en peligro de ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, no prevé la posibilidad de que los referidos extranjeros accedan a servicios y derechos como residentes permanentes, inclusive el relativo a que se les expida la tarjeta de residencia con la que acreditan el permiso para salir del territorio nacional y para reingresar al mismo durante su vigencia.

En este sentido, conforme con las condiciones que se viven en la actualidad a nivel mundial, en atención al interés superior del menor, previsto en el artículo 4º, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación con los artículos 17.1, 19, 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, las Opiniones Consultivas OC-21/2014⁴ y OC-25/2018⁵ emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tratándose de niñas, niños o adolescentes migrantes, al ingresar a territorio mexicano, cuando aduzcan ser objeto de las circunstancias relativas a la condición de refugiado o tan solo se presume son objeto de tales circunstancias derivado de la realidad social o política que en la comunidad internacional se haga notoria en su país de origen, deben adquirir de inmediato ese carácter –refugiados– dentro de nuestro sistema

⁴ Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.

⁵ Corte IDH, Opinión consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018.

jurídico interno, con independencia de que aquéllos sean o no acompañados por padres o tutores.

II. La reforma constitucional en materia de derechos humanos

En junio del año 2011 se publicaron dos importantes reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que impactan directamente en la protección a los derechos humanos en el país⁶.

La primera de ellas concierne fundamentalmente al Juicio de Amparo, institución protectora de los derechos fundamentales por excelencia, el cual se vio robustecido al ampliarse su procedencia respecto de cualquier norma general por violaciones a los derechos humanos plasmados en los tratados internacionales de esa materia de los que el Estado mexicano sea parte. Con la introducción de figuras como el amparo adhesivo y el interés legítimo, individual y colectivo, la adopción de nuevos conceptos en torno a la violación de derechos no sólo por acción sino por omisión de las autoridades, entre otras.

En íntima relación con la anterior, la segunda relevante en este tema, evidencia desde el artículo 1° de la Constitución, el reconocimiento de la progresividad de los derechos humanos, mediante la expresión clara del principio *pro persona* como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas.

La ampliación de los derechos fundamentales, aunada a la obligación expresa de observar los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados por el Estado mexicano, apuntan hacia la justiciabilidad y eficacia de los derechos que, a la postre, tienden al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona en lo individual.

Los derechos humanos contenidos en las convenciones internacionales que se incorporaron a la Constitución mexicana, trae consigo el reconocimiento

⁶ Congreso de la Unión. D.O.F. 10 de junio de 2011. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Accesible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf.

de un abundante bloque jurídico de origen internacional que se agrega a las normas de carácter doméstico y, principalmente, una forma de concebir la relación entre el Estado y las personas y grupos, orientada a ampliar su ámbito de protección en una democracia constitucional moderna.

En particular, el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁷, diseña un orden constitucional acorde con una dinámica propia de los derechos humanos, al incluir el principio *pro persona* y la interpretación conforme, que trae consigo el desarrollo jurisprudencial de los derechos y la aplicación e interpretación propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Además explicita las obligaciones del Estado en su conjunto para desarrollar las condiciones estructurales necesarias para la realización, mantenimiento y avance de los derechos humanos.

Esto último con base en el párrafo tercero del artículo 1º constitucional que dispone que: *“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad...”*.

Se advierten dos conclusiones:

a) La primera es que la reforma constitucional en materia de derechos

⁷ Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos 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, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

humanos tiene múltiples consecuencias en varios niveles, pues los derechos y sus obligaciones no están dirigidas sólo a los jueces, magistrados o ministros del Poder Judicial, sino a todas las autoridades integrantes de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial a nivel federal, local o municipal.

b) La segunda hace alusión a los derechos humanos como derechos en acción, es decir, *“la constante construcción de los derechos humanos, donde éstos no son vistos como meros postulados o límites estáticos, sino como una compleja red de interacciones hacia su interior y entre ellos.”* (Serrano, 2020, p. 136).

De dicho precepto constitucional, también se derivan las obligaciones de toda autoridad constituida en relación con los derechos humanos:

Obligación de promover. Los órganos de gobierno deben realizar acciones tendientes al cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en el sentido de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de tal manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos.

Obligación de respetar. Ninguno de los órganos pertenecientes al Estado, en cualquiera de sus niveles (federal, local o municipal), e independientemente de sus funciones (ejecutivo, legislativo y judicial), debe violentar los derechos humanos afectándolos, restringiéndolos e incluso eliminándolos, ni por medio de acciones ni a través de omisiones.

Obligación de proteger. Los órganos pertenecientes al Estado deben evitar que particulares (empresas, sindicatos, personas, grupos religiosos, asociaciones o cualquiera otra institución no estatal) violenten los derechos humanos.

Obligación de garantizar. Frente a una violación de algún derecho humano, el Estado debe realizar la investigación correspondiente, sancionar a los culpables (materiales e intelectuales) y reparar el daño causado a la víctima.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir del artículo 1° constitucional, modificado por decreto publicado el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, estima que en materia de estos

derechos, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias –bloque o parámetro de constitucionalidad–.

a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

b) Todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Esta situación implica que las normas provenientes de ambas fuentes, sean normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano, por ello, los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación.

Cabe destacar las consideraciones derivadas de la Jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10ª.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁸.

De este modo, el reconocimiento del bloque o parámetro de constitucionalidad de los derechos humanos implica la ampliación de aquéllos que apuntan hacia su justiciabilidad y eficacia para el mejoramiento de las condiciones de vida de cada persona en lo individual y de la sociedad en su conjunto.

III. Interés superior del menor como parámetro para la toma de decisiones y actuaciones del Estado, y titularidad de los menores para solicitar el reconocimiento de condición de refugiado

El párrafo noveno del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁹ establece que, en todas las decisiones y

⁸ Jurisprudencia (Registro 2002000) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, octubre de 2012, p. 799, Tomo 2, Décima Época, Materia Constitucional.

⁹ Artículo 4o.- La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

[...]

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas

actuaciones del Estado, se velará por y se cumplirá con el principio de interés superior de la niñez.

En términos del artículo 5° de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, son niñas y niños los menores de doce años y adolescentes las personas de entre doce y dieciocho años de edad¹⁰.

Para cumplir con el interés superior de la niñez, el Estado tiene la obligación de garantizar de manera plena los derechos de las niñas, niños y adolescentes relativos a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

El indicado principio debe guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Al respecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Jurisprudencia 2a./J. 113/2019 (10a.) interpretó el artículo 2° de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes¹¹, y determinó que

tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

[...].”

¹⁰ Artículo 5. Son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Para efectos de los tratados internacionales y la mayoría de edad, son niños los menores de dieciocho años de edad.

Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor de dieciocho años de edad, se presumirá que es adolescente. Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor o menor de doce años, se presumirá que es niña o niño. (Accesible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>)

¹¹ Artículo 2. Para garantizar la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, las autoridades realizarán las acciones y tomarán medidas, de conformidad con los principios establecidos en la presente Ley. Para tal efecto, deberán:

- I. Garantizar un enfoque integral, transversal y con perspectiva de derechos humanos en el diseño y la instrumentación de políticas y programas de gobierno;
- II. Promover la participación, tomar en cuenta la opinión y considerar los aspectos culturales, éticos, afectivos, educativos y de salud de niñas, niños y adolescentes, en todos aquellos asuntos de su incumbencia, de acuerdo a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, y
- III. Establecer mecanismos transparentes de seguimiento y evaluación de la implementación de políticas, programas gubernamentales, legislación y compromisos derivados de tratados internacionales en la materia.

El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se atenderá a lo establecido en la Constitución y en los tratados internacionales de que México forma parte.

Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.

Las autoridades de la Federación, de las entidades federativas, de los municipios y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus competencias, deberán

el interés superior del menor debe de tomarse en cuenta en cualquier decisión que les afecte a las niñas, niños y adolescentes.

Los ministros de esa Sala del alto tribunal del país precisaron que el interés superior del menor constituye un concepto triple: i) un derecho sustantivo, ii) un principio jurídico interpretativo fundamental y iii) una norma de procedimiento.

Explicó que el derecho del interés superior del menor prescribe que se observe este interés de manera primordial, en todas las decisiones y medidas relacionadas con las niñas, niños y adolescentes, lo que incluye no sólo las decisiones, sino también, todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas.

En estas condiciones, las decisiones y medidas particulares adoptadas por las autoridades administrativas en las esferas relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la migración y el acceso a la nacionalidad, entre otras, deben evaluarse y estar guiadas en función del interés superior del menor, sobre todo cuanto tengan efectos indiscutibles en las niñas, niños y adolescentes.

La jurisprudencia en cita es de título y subtítulo:

“DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SE ERIGE COMO LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL QUE DEBE DE ATENDERSE EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LES AFECTE.”¹²

incorporar en sus proyectos de presupuesto la asignación de recursos que permitan dar cumplimiento a las acciones establecidas por la presente Ley.

La Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, los Congresos locales y la Legislatura de la Ciudad de México, establecerán en sus respectivos presupuestos, los recursos que permitan dar cumplimiento a las acciones establecidas por la presente Ley.

¹² Jurisprudencia 2a./J. 113/2019 (10a.) (Registro 2020401), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, agosto de 2019, Libro 69, Tomo III, p. 2328, Décima Época, Materia Constitucional. De texto: El artículo 2, segundo párrafo, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes prevé que el "interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes"; de ahí que cuando se tome una decisión que les afecte en lo individual o colectivo, "se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales". Al respecto, debe destacarse que el interés superior del menor es un concepto triple, al ser: (I) un derecho sustantivo; (II) un principio jurídico interpretativo fundamental; y (III) una norma de procedimiento. El derecho del

La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó en la Opinión Consultiva 21/2014, que el Estado está obligado a asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior de la niña o del niño haya sido una consideración primordial en todas las decisiones que se adopten; que los procedimientos que resuelvan sobre sus derechos, estén adaptados a sus necesidades y accesibles para ellos¹³.

Señaló que, cuando se trata de la protección de los derechos de las niñas y niños, y la adopción de medidas para lograr dicha protección, son cuatro los principios rectores que se deben tomar en consideración conforme con la Convención de los Derechos del Niño, los cuales deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación; el principio de interés superior del menor; el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respecto a la opinión del niño en todo procedimiento que le afecte.

Explicó que el principio de interés superior del menor implica como criterio rector, tanto su consideración primordial en el diseño de políticas públicas y en la elaboración de normativa concerniente a la infancia, como su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida de la niña y el niño. Por lo que, tratándose de migración, cualquier política respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o niño, debe evaluar, determinar, considerar y proteger en forma primordial ese interés.

Respecto del derecho a solicitar la condición de refugiado, la Corte

interés superior del menor prescribe que se observe "en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño", lo que significa que, en "cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá", lo cual incluye no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. Así, las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas –en esferas relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad, entre otras– deben evaluarse en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación, ya que la consideración del interés superior del niño como algo primordial requiere tomar conciencia de la importancia de sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate.

¹³ Corte IDH, Opinión consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, pp. 25, 26 y 107.

Interamericana de Derechos Humanos, en las Opiniones Consultivas 21/2014 y 25/2018, señaló que, conforme con el artículo 22.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se advierte el derecho humano a buscar y recibir asilo¹⁴¹⁵.

Expuso que, conforme con tal precepto, los niños y niñas son titulares de este derecho y, consecuentemente, pueden presentar solicitud de reconocimiento de condición de refugiados en calidad propia, se encuentren acompañados o no.

IV. Condición de refugiado y derechos que adquiere al reconocerse ese estatus por el Estado mexicano

Como antecedente de la condición de refugiado, conforme con el artículo 1°, apartados A y B de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada en Ginebra, Suiza, el veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta y uno (Refugiados, 1951), el término de refugiado se aplica a toda persona que haya sido considerada refugiada en atención a los Arreglos del doce de mayo de mil novecientos veintiséis y del treinta de junio de mil novecientos veintiocho o de las Convenciones del veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y tres y del diez de febrero de mil novecientos treinta y ocho, del Protocolo del catorce de septiembre de mil novecientos treinta y nueve o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.

En la convención se estableció que el término “refugiado” se aplica a las personas que, con motivo de los acontecimientos ocurridos antes del uno de enero de mil novecientos cincuenta y uno, y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a

¹⁴ Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

[...]

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

¹⁵ Corte IDH, Opinión consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018, p. 45 y 49.

la protección de tal país; o que, 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.

Ahora bien, en el sistema jurídico mexicano, en el artículo 13° de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, la condición de refugiado se reconoce a todo extranjero que se encuentre en territorio nacional, bajo alguno de los siguientes supuestos:

I. Que, debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad o no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

II. Que ha huido de su país de origen, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público, y;

III. Que, debido a circunstancias que hayan surgido en su país de origen o como resultado de actividades realizadas, durante su estancia en territorio nacional, tenga fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, género, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, o su vida, seguridad o libertad pudieran ser amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Los conceptos de raza, religión, género, pertenencia a determinado grupo social, opiniones políticas, entre otros, se encuentran definidos en el artículo 4° del Reglamento de la Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria¹⁶, que se transcribe a pie de página.

¹⁶ Artículo 4.- Para efectos de lo previsto en el artículo 13 de la Ley, se entenderá por:

La condición de refugiado se reconoce a toda persona que se encuentre en los citados supuestos, con independencia de que ésta sea un adulto, una niña, un niño o un adolescente, como se advierte del capítulo III “DE LAS NIÑAS, NIÑOS O ADOLESCENTES NO ACOMPAÑADOS”, del Reglamento de la Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria, que establece en su artículo 35¹⁷ el derecho de éstos a presentar una solicitud de reconocimiento de esa condición.

Previo al reconocimiento de la condición de refugiado, la estancia del extranjero –adulto o menor– que la solicite por encontrarse en los supuestos antes descritos, se considera como visitante por razones humanitarias en

-
- I. Raza: La pertenencia del solicitante a un grupo étnico determinado, o a un grupo que comparte características de ascendencia común;
 - II. Religión: La profesión o no de una creencia religiosa, así como la práctica de ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, por parte del solicitante;
 - III. Nacionalidad: La pertenencia del solicitante a un grupo determinado, por su identidad cultural, étnica o lingüística, sus orígenes geográficos o políticos comunes, o sus convicciones comunes que resultan fundamentales para su identidad o conciencia;
 - IV. Género: El género o las preferencias sexuales del solicitante;
 - V. Pertenencia a determinado grupo social: La pertenencia del solicitante a un grupo de personas que posee características o antecedentes comunes, o bien comparten convicciones que resultan fundamentales para su identidad o conciencia;
 - VI. Opiniones políticas: La profesión de opiniones o ideas del solicitante, propias o atribuidas, que constituyan, o bien sean interpretadas, como una crítica u oposición a las políticas, costumbres o métodos del agente persecutor;
 - VII. Violencia generalizada: Enfrentamientos en el país de origen o residencia habitual, cuya naturaleza sea continua, general y sostenida, en los cuales se use la fuerza de manera indiscriminada;
 - VIII. Agresión extranjera: El uso de la fuerza armada por parte de un Estado en contra de la soberanía, integridad territorial o independencia política del país de origen o residencia habitual del solicitante;
 - IX. Conflictos internos: Los enfrentamientos armados que se desarrollen en el territorio del país de origen o residencia habitual entre sus fuerzas armadas y grupos armados organizados o entre tales grupos;
 - X. Violación masiva de los derechos humanos: Las conductas violatorias contra los derechos humanos y las libertades fundamentales en el país de origen, a gran escala y conforme a una política determinada, y
 - XI. Otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público: Las situaciones que alteren de forma grave la paz pública en el país de origen o residencia habitual del solicitante y que sean resultado de actos atribuibles al hombre. Accesible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

¹⁷ Artículo 35.- Cualquier niña, niño o adolescente no acompañado o separado de su familia tiene derecho a presentar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. La Coordinación ajustará el procedimiento a la edad y madurez del niño, niña o adolescente, quien será entrevistado por servidores públicos capacitados quienes deberán determinar su interés superior.

Las solicitudes serán atendidas de manera prioritaria, debiéndole proporcionar información clara y sencilla sobre el procedimiento.

términos de los artículos 52, apartado V, incisos b) y c), y 74 de la Ley de Migración¹⁸.

Una vez que el Estado mexicano reconoce la condición de refugiado al extranjero que se encuentra en el territorio nacional, por medio de la Secretaría de Gobernación a través de la Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, éste adquiere los siguientes derechos:

- i. Recibir las mayores facilidades posibles para el acceso a los derechos y garantías consagradas en la Constitución Política los Estados Unidos Mexicanos y los instrumentos de derechos humanos debidamente firmados y ratificados por el Estado mexicano.
- ii. Recibir servicios de salud.
- iii. Recibir educación y, en su caso, el reconocimiento de sus estudios.
- iv. Ejercer el derecho al trabajo, pudiéndose dedicar a cualquier actividad, siempre que sea lícita, sin perjuicio de las disposiciones jurídicas que resulten aplicables en la materia.
- v. Obtener el documento de identidad y viaje expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores;

¹⁸ Artículo 52. Los extranjeros podrán permanecer en el territorio nacional en las condiciones de estancia de visitante, residente temporal y residente permanente, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables, de conformidad con lo siguiente:

[...]

V. VISITANTE POR RAZONES HUMANITARIAS. Se autorizará esta condición de estancia a los extranjeros que se encuentren en cualquiera de los siguientes supuestos:

[...]

b) Ser niña, niño o adolescente migrante no acompañado, en términos del artículo 74 de esta Ley.

c) Ser solicitante de asilo político, de reconocimiento de la condición de refugiado o de protección complementaria del Estado Mexicano, hasta en tanto no se resuelva su situación migratoria. Si la solicitud es positiva se les otorgará la condición de estancia de residente permanente, en términos del artículo 54 de esta Ley.

También la Secretaría podrá autorizar la condición de estancia de visitante por razones humanitarias a los extranjeros que no se ubiquen en los supuestos anteriores, cuando exista una causa humanitaria o de interés público que haga necesaria su internación o regularización en el país, en cuyo caso contarán con permiso para trabajar a cambio de una remuneración.

Artículo 74. Cuando así convenga al interés superior de la niña, niño o adolescente migrante extranjero no acompañado, dicho niño, niña o adolescente será documentado provisionalmente como Visitante por Razones Humanitarias en términos del artículo 52, fracción V, de esta Ley, mientras la Secretaría ofrece alternativas jurídicas o humanitarias temporales o permanentes al retorno asistido.

En el Reglamento se establecerá el procedimiento que deberá seguirse para la determinación del interés superior de la niña, niño o adolescente migrante no acompañado.

- vi. Solicitar la reunificación familiar, y
- vii. Obtener el documento migratorio expedido por la Secretaría, que acredite su condición de estancia como residente permanente¹⁹.

Ahora bien, debido a que el extranjero que adquiere la condición de refugiado también recibe el documento migratorio que acredita su estancia en el país como residente permanente, entonces, se entiende que también goza del derecho a permanecer de manera indefinida en territorio nacional, entrar y salir de este cuantas veces lo deseen, introducir sus bienes muebles, solicitar el ingreso de sus padres, cónyuge, concubina o concubinario, hijos y hermanos del residente permanente, e hijos del cónyuge, concubino o concubinario, siempre que sean niños, niñas y adolescentes que no hayan contraído matrimonio, o que se encuentren bajo su tutela o custodia. Así como obtener de la Secretaría de Gobernación la Clave Única de Registro de Población.²⁰

¹⁹ Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político. Accesible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

Artículo 44. En virtud de las condiciones que presentan los refugiados al salir de su país de origen respecto de los demás extranjeros, deberán recibir las mayores facilidades posibles para el acceso a los derechos y garantías consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los instrumentos de derechos humanos debidamente firmados y ratificados por el Estado Mexicano, de conformidad con las disposiciones aplicables, entre ellos:

- I. Recibir apoyo de las instituciones públicas, en el ejercicio y respeto de sus derechos;
- II. Recibir servicios de salud;
- III. Recibir educación y, en su caso, el reconocimiento de sus estudios;
- IV. Ejercer el derecho al trabajo, pudiéndose dedicar a cualquier actividad, siempre que sea lícita, sin perjuicio de las disposiciones jurídicas que resulten aplicables en la materia;
- V. Obtener el documento de identidad y viaje expedido por la Secretaría de Relaciones Exteriores;
- VI. Solicitar la reunificación familiar, y
- VII. Obtener el documento migratorio expedido por la Secretaría, que acredite su condición de estancia como residente permanente.

²⁰ Ley de Migración. Accesible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

Artículo 52. Los extranjeros podrán permanecer en el territorio nacional en las condiciones de estancia de visitante, residente temporal y residente permanente, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables, de conformidad con lo siguiente:

[...]

IX. RESIDENTE PERMANENTE. Autoriza al extranjero para permanecer en el territorio nacional de manera indefinida, con permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país.

Artículo 54. Se otorgará la condición de residente permanente al extranjero que se ubique en cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. Por razones de asilo político, reconocimiento de la condición de refugiado y protección complementaria o por la determinación de apátrida, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Ley, su Reglamento y demás disposiciones jurídicas aplicables;
- II. Por el derecho a la preservación de la unidad familiar en los supuestos del artículo 55 de esta Ley;

En síntesis, el reconocimiento de la condición de refugiado por parte del Estado mexicano a todo extranjero –adulto o menor– que se encuentre en territorio nacional, confiere una serie de derechos adicionales a aquellos con los que cuentan los migrantes con situación irregular en el país, los que permanecen como visitantes y a los residentes temporales.

Es así, debido a que la estancia de los visitantes, está sujeta a un periodo determinado, sin la posibilidad de cambiar su condición de estancia, excepto a los visitantes por razones humanitarias cuya permanencia está condicionada a la conclusión del proceso penal en caso de ser ofendido, víctima o testigo de

III. Que sean jubilados o pensionados que perciban de un gobierno extranjero o de organismos internacionales o de empresas particulares por servicios prestados en el exterior, un ingreso que les permita vivir en el país;

IV. Por decisión del Instituto, conforme al sistema de puntos que al efecto se establezca, en términos del artículo 57 de esta Ley;

V. Porque hayan transcurrido cuatro años desde que el extranjero cuenta con un permiso de residencia temporal;

VI. Por tener hijos de nacionalidad mexicana por nacimiento, y

VII. Por ser ascendiente o descendiente en línea recta hasta el segundo grado de un mexicano por nacimiento.

Los extranjeros a quienes se les otorgue la condición de estancia de residentes permanentes tendrán la posibilidad de obtener un permiso para trabajar a cambio de una remuneración en el país sujeto a una oferta de empleo, y con derecho a entrar y salir del territorio nacional cuantas veces lo deseen.

Asimismo, los residentes permanentes podrán introducir sus bienes muebles, en la forma y términos que determine la legislación aplicable.

Las cuestiones relacionadas con el reconocimiento de la condición de refugiado, el otorgamiento de la protección complementaria y la determinación de apátrida, se regirán por lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano y demás leyes aplicables.

Artículo 55. Los residentes permanentes tendrán derecho a la preservación de la unidad familiar por lo que podrán ingresar con o solicitar posteriormente el ingreso de las siguientes personas, mismas que podrán residir en territorio nacional bajo la misma condición de estancia y con las prerrogativas señaladas en el artículo anterior:

I. Padre o madre del residente permanente;

II. Cónyuge, al cual se le concederá la condición de estancia de residente temporal por dos años, transcurridos los cuales podrá obtener la condición de estancia de residente permanente, siempre y cuando subsista el vínculo matrimonial;

III. Concubinario, concubina, o figura equivalente al cual se le concederá la condición de estancia de residente temporal por dos años, transcurridos los cuales podrá obtener la condición de estancia de residente permanente, siempre y cuando subsista el concubinato;

IV. Hijos del residente permanente y los hijos del cónyuge o concubinario o concubina, siempre y cuando sean niñas, niños y adolescentes y no hayan contraído matrimonio, o se encuentren bajo su tutela o custodia, y

V. Hermanos del residente permanente, siempre y cuando sean niñas, niños y adolescentes y no hayan contraído matrimonio, o estén bajo su representación legal.

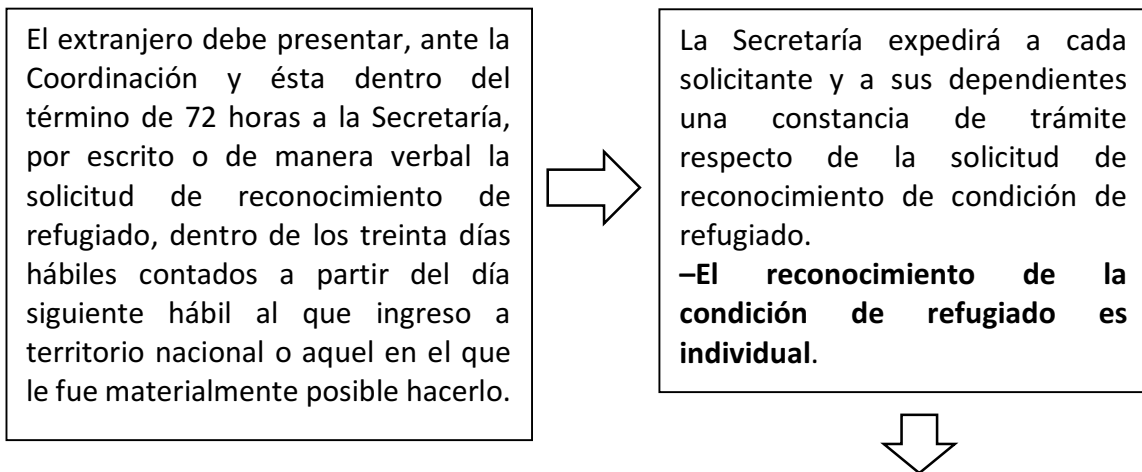
Para el ejercicio del derecho consagrado en el presente artículo de las personas que se les otorgue asilo político u obtengan el reconocimiento de la condición de refugiado, se atenderá a lo dispuesto en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte y demás legislación aplicable.

algún delito cometido en territorio nacional. Así como la residencia temporal que se encuentra condicionada a una oferta de trabajo, o el tiempo que duren los estudios que den origen a su estancia en este país, y subsista la vigencia del permiso de residencia, en términos de los artículos 52 y 53 de la Ley de Migración.

V. Procedimiento para adquirir la condición de refugiado dentro del sistema jurídico mexicano y los derechos inherentes a tal estatus migratorio

La declaración de la condición de refugiado compete a la Secretaría de Gobernación a través de la Coordinación General de la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados. Para acceder al reconocimiento del carácter de refugiado el solicitante debe instar y desahogar de manera previa el procedimiento previsto en la “Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político” y su ley reglamentaria.

El procedimiento está contenido en los artículos 18 a 27 de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, y 17 a 47, y 59 a 60 de su ley reglamentaria, se sintetiza en el siguiente diagrama de flujo:



La Secretaría tomando en cuenta el contexto social y cultural de donde provenga el solicitante, previa substanciación del procedimiento, analizará y evaluará la citada solicitud, y mediante resolución escrita, fundada y motivada, determinara sobre la procedencia de la misma, dentro de los **cuarenta y cinco días** siguientes a la presentación de la solicitud.

Plazo que podrá ampliarse hasta por un periodo igual de **cuarenta y cinco días**, en esencia, en caso de falta de información de los hechos base de la solicitud, falta de traductor o especialistas, imposibilidad para entrevistar al solicitante, petición del extranjero para aportar elementos, u otra circunstancia derivado del caso fortuito o fuerza mayor.

Ampliación que debe notificarse al solicitante.



En caso de que la Secretaría reconozca la condición de refugiado, expedirá el documento migratorio correspondiente que acredite su situación migratoria regular en el país.

Si la resolución fuese en sentido negativo, el extranjero tendrá **quince días hábiles** contados a partir de la notificación para interponer el medio de defensa que estime pertinente.

Determinación que debe notificarse dentro de los **diez días hábiles siguientes a su emisión**.

Las solicitudes elaboradas por niñas, niños y adolescentes no acompañados o separados de su familia, que presenten solicitud de reconocimiento de condición de refugiado, serán atendidas de manera prioritaria.

En síntesis, el plazo previsto para el reconocimiento de la condición de refugiado, sin existir condición para su ampliación, es de cuarenta y cinco días, esto es un mes y medio; sin embargo, tomando en consideración el lapso para su ampliación y el término para la notificación de la resolución que recaiga a dicho procedimiento, debe considerarse que este puede ser de hasta más de tres meses para su consecución, sin tomar en cuenta el eventual desahogo del recurso de revisión que se interponga en contra de una decisión contraria a los intereses del extranjero solicitante.

VI. Reconocimiento inmediato de estatus migratorio de refugiado de las niñas, niños y adolescentes al ingresar al país

En la actualidad, incluso a nivel mundial, la pandemia derivada del virus “COVID-19”, la política exterior del país vecino del Norte –Estados Unidos de

Norte América–, entre otros factores, han hecho de México un país también destino y no únicamente de tránsito. Las llamadas “caravanas de migrantes” se han multiplicado por razones políticas, sociales, culturales que prevalecen con mayor incidencia con nuestros vecinos de la frontera sur –Guatemala y Belice–, así como diversos países de Centro América como El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, por mencionar algunos de ellos.

Como se señaló de manera previa, la migración de niñas, niños y adolescentes obedece a muy variadas razones: en busca de oportunidades, ya sea por consideraciones económicas o educacionales; con fines de reunificación familiar, a fin de reagruparse con familiares que ya migraron; por cambios repentinos o progresivos del medio ambiente que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida; por afectaciones derivadas del crimen organizado, desastres naturales, abuso familiar o extrema pobreza; para ser transportados en el contexto de una situación de explotación, incluida la trata infantil; para huir de su país, ya sea por temor fundado a ser perseguidos por determinados motivos o porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Si bien las niñas, niños y adolescentes generalmente se trasladan junto con sus padres, miembros de la familia ampliada u otros adultos, en la actualidad un número creciente y significativo migra en forma independiente y sin compañía.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 21/2014 señaló que, para el reconocimiento del estatus de refugiado el Estado, debe tomar en consideración las particularidades en que puede manifestarse la persecución de niños y niñas, así como lo que señaló la ACNUR, tales como: el reclutamiento por grupos de delincuencia organizada, la trata de menores, la mutilación genital femenina, el crimen organizado transnacional, la violencia asociada a grupos no estatales, la violencia doméstica o familiar, matrimonio

forzado de menores de edad, trabajo infantil obligatorio o peligroso, trabajo forzado, prostitución forzada o pornografía infantil.

Formas que también abarcan violaciones a la sobrevivencia y derechos al desarrollo, así como discriminación grave a los niños nacidos fuera de las reglas estrictas de planificación familiar y niños apátridas como resultado de la pérdida de la nacionalidad y derechos concomitantes.

Señaló que el Estado tiene los siguientes deberes:

1. Permitir a la niña o el niño peticionar el asilo o el estatus de refugiado, razón por la cual no pueden ser rechazados en la frontera sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones con las debidas garantías mediante el procedimiento respectivo.
2. No devolver a la niña o el niño a un país en el cual pueda sufrir riesgo de ser afectada su vida, libertad, seguridad e integridad, o un tercer país desde el cual pueda ulteriormente ser devuelto al Estado donde sufre tal riesgo.
3. Otorgar la protección internacional cuando la niña o niño califique para ello y beneficiar con ese reconocimiento a otros miembros de la familia, en atención al principio de unidad familiar.

Este último principio –unidad familiar– también está previsto en los artículos 17 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos²¹.

De este modo, con sustento en el interés superior del menor, tratándose de niñas, niños o adolescentes migrantes extranjeros, al ingresar a territorio mexicano, cuando aduzcan ser objeto de las circunstancias relativas a la

²¹ Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

condición de refugiado o tan solo se presuma que son objeto de tales circunstancias derivado de la realidad social o política que en la comunidad internacional se haga notoria en su país de origen, deben adquirir de inmediato ese carácter –de refugiado– dentro de nuestro sistema jurídico interno, con independencia de que estos sean o no acompañados por padres o tutores al ser titulares del derecho humano consistente en buscar y solicitar el acceso a tal condición de refugiado, no obstante que eventualmente ese reconocimiento pueda ser materia de un proceso de cesación, revocación o cancelación en términos del Título Quinto, Capítulo I “De la cesación, de la revocación y de la cancelación”, previstos en la Ley Sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.

Con esto, el Estado reconocería de inmediato las particularidades en que puede manifestarse la persecución de niños y niñas, como lo que señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 21/2014 y el ACNUR, a las que ya me referí.

Aunado a que el Estado cumpliría sin duda los deberes señalados en esa opinión consultiva y con el bloque o parámetro de constitucionalidad, al reconocer de inmediato la condición de refugiado con la sola solicitud o presunción de las circunstancias que generan esa condición tratándose de niño, niñas y adolescentes atendiendo al interés superior de la niñez, y evitaría que, como se precisó, la niña, niño o adolescente migrante deba esperar a concluir el procedimiento de reconocimiento de condición de refugiado, con los peligros que respecto de su persecución en la práctica conlleva, para poder acceder a la protección absoluta del Estado, a la no devolución incluso de un tercer país y a los derechos consistentes, entre otros: obtener servicios públicos que faciliten su estancia en territorio nacional y autosuficiencia, los relativos al registro civil, recibir servicios de salud, educación y reconocimiento de estudios, obtener el documento de identidad, solicitar la reunificación familiar, obtener el documento que acredite su condición de estancia como residente permanente, en consecuencia, gozar del derecho a permanecer de manera indefinida en territorio

nacional, entrar y salir de este cuantas veces lo deseen, introducir sus bienes muebles.

En relación con el derecho a la reunificación familiar, el menor o la menor estaría en condiciones de solicitar el ingreso de sus padres, hermanos, tíos, primos o abuelos, sólo para enumerar algunos miembros de la familia extensa, siempre que tengan losos personales cercanos como lo prevé la Opinión Consultiva 21/2014. Así como obtener de la Secretaría de Gobernación la Clave Única de Registro de Población.

VII. Conclusiones y propuesta

1. Debido a las condiciones que imperan en materia de migración a nivel mundial, y en particular en Centro América, el Estado mexicano se ha convertido en un país de destino y no sólo de tránsito.

2. Es una realidad reconocida en el contexto internacional que los menores migrantes han sido víctimas de reclutamiento por grupos de delincuencia organizada, trata de menores, mutilación genital femenina, crimen organizado transnacional, violencia asociada a grupos no estatales, violencia doméstica o familiar, matrimonio forzado, trabajo infantil obligatorio o peligroso, el trabajo forzado y/o la prostitución forzada o pornografía infantil.

3. El derecho a buscar y solicitar el reconocimiento de condición de refugiado es un derecho humano del que también son titulares las niñas, los niños y los adolescentes.

4. Tratándose de niñas, niños o adolescentes migrantes, al ingresar al territorio mexicano, con sustento en el interés superior de la niñez, cuando aduzcan ser objeto de las circunstancias relativas a la condición de refugiado o tan solo se presume son objeto de tales circunstancias derivado de la realidad social o política que en la comunidad internacional se haga notoria en su país de origen, deben adquirir de inmediato ese carácter –de refugiado– dentro de nuestro sistema jurídico interno, con independencia de que estos sean o no acompañados por padres o tutores.

5. El Estado con esta medida estaría reconociendo las particularidades en que puede manifestarse la persecución de niños y niñas, como lo que señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 21/2014 y el ACNUR.

6. El Estado también cumpliría los deberes señalados en esa opinión consultiva y con el bloque o parámetro de constitucionalidad, al reconocer de inmediato la condición de refugiado tratándose de niño, niñas y adolescentes, pues evitaría la espera para concluir el procedimiento de reconocimiento de condición de refugiado, con los peligros que respecto de su persecución en la práctica conlleva, accediendo a la protección absoluta del Estado.

VIII. Bibliografía

ACNUR, *La COVID-19 y las personas refugiadas. El impacto de cerrar fronteras en todo el mundo. Mapas y datos sobre cómo la pandemia ha afectado los derechos de las personas refugiadas y desplazadas del mundo*. Accesible en <https://storymaps.arcgis.com/stories/0c386e3d2a7d485f9ae7f6dbfaf606cc>.

ACNUR, *Plataformas COVID-19. Medidas temporales e impacto en la protección*. Accesible en https://im.unhcr.org/covid19_platform/?lang=esp#_ga=2.264448335.1989265265.1601939575-212425512.1601939575

ACNUR, *Agenda para la protección de personas refugiadas en México: 2019-2024*. Accesible en https://www.acnur.org/es-es/op/op_prot/5cfeadb34/agenda-para-la-proteccion-de-personas-refugiadas-en-mexico-2019-2024.html

VÁZQUEZ, L., SERRANO, S. *Los Principios de Universalidad, Interdependencia, Indivisibilidad y Progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*. Accesible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/7.pdf>.

**EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN:
¿EMERGE UNA NORMA *JUS COGENS*?¹**

Ezequiel M. Rodríguez Miglio²

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 12 de enero de 2021

Resumen

El presente artículo analiza el principio de *non refoulement* (no devolución), como piedra angular de la protección contra la devolución de personas a aquellos lugares donde sus derechos fundamentales podrían ser vulnerados. Para ello, el autor verifica su incorporación en los distintos ordenamientos jurídicos internacionales e intenta determinar su alcance y sus efectos. Este último aspecto cobra especial relevancia a la hora de valorar su efectividad. Asimismo, se repasan los elementos disponibles en el ordenamiento internacional que nos permitan analizar la relación entre las normas imperativas de derecho internacional general y el principio de no devolución. Ese análisis resultará de ayuda en la tarea de determinar si en la actualidad este principio puede ser considerado una norma *jus cogens* y, por tanto, no admite excepciones en su aplicación.

Palabras clave: Jus cogens – Principio de no devolución – Derecho internacional de los derechos humanos – Derecho internacional de refugiados – Personas migrantes - Políticas migratorias

Title: The principle of non-refoulement: does it emerge as a *jus cogens* norm?

¹ Este trabajo forma parte de la Introducción y del Capítulo I de la tesis del autor (en elaboración), en el marco de la Maestría en Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Lanús, Argentina.

² Abogado (Universidad Nacional de Buenos Aires, Argentina). Maestrando en Derechos Humanos y Políticas Públicas (Universidad Nacional de Lanús, Argentina). Docente de Derecho Internacional Público (Universidad de Palermo). Correo electrónico: erodriguezmiglio@gmail.com.

Abstract

This article analyzes the non-refoulement principle as a cornerstone for the protection against the return of people to those places where their fundamental rights could be violated. To do this, the author verifies its incorporation into the different international legal systems and attempts to determine its scope and effects. This last aspect is especially relevant to assess its effectiveness. The author also reviews the elements available in the international order that allows us to analyze the relationship between peremptory norms of general international law and the non-refoulement principle. This analysis will help us in the task of determining whether at present that principle can be considered a *jus cogens* norm and, therefore, does not allow exceptions in its application.

Keywords: Jus cogens - Non refoulement principle - International human rights law - International refugee law – Migrant people - International migration policies.

I. Introducción

En el ámbito del estudio del derecho internacional de refugiados (en adelante “DIR”) resulta muy habitual hacer referencia a la piedra angular del sistema de protección internacional: el principio de no devolución (*non refoulement*). Su existencia, claramente establecida en el ordenamiento positivo internacional, no deja dudas respecto de su importancia.

Asimismo, distintas fuentes auxiliares del derecho internacional (en adelante “DIP”) han avanzado en su extensión y delimitación. Así, observamos que en la actualidad el concepto de no devolución excede largamente la prohibición de expulsar de un territorio a una persona en determinadas circunstancias. En cambio, vemos que dicha protección se ha extendido a otros casos que, en principio disímiles, pueden generar el mismo efecto no deseado por el derecho internacional, esto es, la puesta en peligro de las personas necesitadas de esa protección.

Para comenzar podríamos entonces ensayar una definición del principio de no devolución, entendido como la prohibición que pesa sobre la comunidad internacional de colocar a una persona en las fronteras de territorios donde se encuentre en riesgo o peligro. Esta idea se centra en la noción de responsabilidad que tienen los Estados respecto de todas las personas sujetas a su jurisdicción. Pero esta restricción no se reduce a la facultad de expulsión estatal de personas extranjeras, sino que asimismo abarca los supuestos de extradición³ y rechazo en frontera.⁴

Ahora bien, ya que la prohibición de devolución constituye una obligación estatal, podemos sostener que la necesaria contracara de esa obligación está dada por la existencia de un derecho a no ser devuelto (MARTÍNEZ MONGE, 2012: p. 30; BELOFF, 2014: p. 498, entre otros). Sobre esa base, corresponderá entonces indagar acerca del origen del principio de no devolución como norma del derecho internacional.

II. El principio de no devolución como norma del derecho consuetudinario

En el derecho internacional se denomina costumbre al proceso espontáneo de creación de normas, a la vez que también se identifica con esa denominación al resultado de ese proceso (MONCAYO, VINUESSA Y GUTIÉRREZ POSSE, 1997: p. 82). Por su parte, el derecho consuetudinario es el conjunto de costumbres de carácter internacional.

La costumbre, como uno de los modos de creación del derecho internacional, es definida como la práctica generalmente aceptada como derecho, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional

³ La extradición es el acto por el cual un Estado entrega por imperio de una norma expresa (tratado o ley) un individuo a otro Estado, que lo reclama con el objeto de someterlo a un proceso penal o al cumplimiento de una pena (Ossorio, 1997:417).

⁴ Al respecto, cabe señalar que en estos casos se suele echar mano a una ficción jurídica que consiste en negar el ingreso de una persona a un determinado territorio, pero utilizando la normativa de ese Estado. En efecto, los Estados suelen sostener que determinadas personas no han ingresado en su territorio, aunque para ello aplican sus propias normas. Esta herramienta es usufructuada usualmente por los Estados para evitar “abrir” la instancia administrativa, en la que toda decisión estatal respecto del ingreso, permanencia de personas necesariamente debería permitir la interposición de recursos administrativos (y, eventualmente, judiciales) a fin de cuestionarlos.

de Justicia. Ese mismo tribunal la ha definido como la práctica común, constante y uniforme generalmente aceptada como derecho.⁵

Este tipo de normas ha sido la fuente de derecho internacional más habitual dentro del ordenamiento preclásico. A partir del siglo XIX y, en especial, del siglo XX se produjo un profundo y constante proceso de codificación de las normas consuetudinarias, plasmándolas en instrumentos internacionales escritos. Asimismo, se ha dado de manera complementaria a este proceso, un desarrollo progresivo del DIP avanzando en ámbitos no reglados hasta ese momento por el derecho consuetudinario.

Al tratarse de una norma no escrita, para su configuración se necesitarán dos elementos: la práctica y la conciencia de obligatoriedad (u *opinio iuris sive necessitatis*). Esta última es la que la distingue de los usos, entendidos tales como aquellos actos o prácticas que se llevan a cabo repetida y uniformemente, pero cuya inobservancia no produciría efectos jurídicos.

Por su parte, pueden identificarse distintos tipos de costumbres, entre las que se encuentran las particulares y las generales. Mientras que las primeras nacen de la voluntad de dos partes (o de un número reducido) las generales involucran a toda la comunidad internacional. Por ello, una vez que se determina su existencia, podemos asegurar que estaremos en presencia de verdaderas normas jurídicas –aunque no escritas, positivizadas o codificadas– obligatorias para toda la comunidad internacional, con independencia de haber participado del proceso de su creación o no.

Esta última característica mencionada –la obligatoriedad de la norma a pesar de la ausencia de participación en la formación– resulta una nota distintiva respecto del proceso de creación de otro tipo de normas, tanto en el DIP como en los ordenamientos jurídicos internos. En efecto, en esos casos la voluntad de los órganos creadores no puede ser inferida o asumida a partir de su propia inacción. En el derecho internacional puede, entonces, crearse una norma obligatoria sin que medie la voluntad expresa de algunos sujetos de derecho, debido al modo de generación de carácter espontáneo antes mencionado.

⁵ Corte Internacional de Justicia, 20/02/69, “Caso de la Plataforma continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos)”; I.C.J. Reports 1969, p. 45, párr. 77-78, entre otros.

Ahora bien, respecto del principio de no devolución debemos identificar su nacimiento como parte del DIR. Reiteradamente se ha sostenido que este principio resulta una norma esencial y constituye la piedra angular de la protección internacional de los refugiados (ACNUR, 1991⁶ y 2007)⁷. A su vez, representa un componente esencial e inderogable de ella. Asimismo, se entiende que el principio es vinculante tanto para los Estados Parte de la Convención de 1951⁸, como para los del Protocolo de 1967⁹.

Pero más allá de su recepción en instrumentos internacionales de carácter vinculante como la Convención de 1951, podemos advertir que el principio de no devolución también pertenece al dominio del derecho consuetudinario. De esa manera, constituye una norma obligatoria para la comunidad internacional con independencia de la ratificación o adhesión de un Estado en particular a la Convención de 1951 o a su Protocolo Adicional (ACNUR, 2007).

Este aspecto está lejos de ser cuestionado. Muchos/as autores/as coinciden en que la práctica estatal llevada a cabo con conciencia de obligatoriedad —y la falta de objeciones respecto de ello— resultan suficientes para acreditar la existencia de una costumbre internacional de carácter general y, en consecuencia, una norma obligatoria para todos los Estados (GOODWIN-GILL, 1998:167-170; ALLAIN, 2001:533-558; LAUTERPACHT Y BETHLEHEM, 2003: pp.140-164, entre otros/as). Ello, inclusive, con independencia de su calidad de Estado parte en los tratados internacionales que regulan la materia.

⁶ ACNUR (Comité Ejecutivo). Conclusiones Generales sobre la protección internacional de los refugiados, UN Doc. 65 (XLII)-1991. Octubre de 1991.

⁷ Ver también: 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. 151; y Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984). Accesible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0008>.

⁸⁸ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. United Nations Treaty Collection, UNTC, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en.

⁹ Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. United Nations Treaty Collection, UNTC, accesible en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-5&chapter=5&clang=_en. De acuerdo con el artículo I.1 del Protocolo, los Estados Parte se obligan a aplicar los artículos 2 al 34 de la Convención de 1951. La importancia de esta disposición radica en la circunstancia de que algunos Estados no han ratificado o adherido a la Convención de 1951 pero si lo han hecho respecto del Protocolo de 1967.

III. El principio de no devolución en las distintas ramas del derecho internacional: derecho de refugiados y derechos humanos

Ahora bien, el punto de partida para analizar la recepción normativa del principio de no devolución puede encontrarse en el artículo 3 de la Convención sobre el Estatuto Internacional de los Refugiados del año 1933.¹⁰ En ese instrumento, ratificado por unos pocos Estados, se plasmó la intención de la Sociedad de las Naciones de proteger a los refugiados de nacionalidad armenia y rusa causados por la Primera Guerra Mundial (art. 1). Asimismo, fue el primer instrumento en el que se plasmó el principio mencionado a los fines de proteger a los refugiados de una posible repatriación forzosa en los casos en los que sus vidas corrieran peligro (GOODWIN-GILL, 2014: p. 39).

De todas formas, tendríamos que esperar casi dos décadas para encontrar el primer instrumento internacional de carácter universal en el que se incorpore este principio: la ya mencionada Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, instrumento fundamental para comprender sus alcances. La redacción del artículo que incorpora el *non refoulement* dice:

“Artículo 33. -- Prohibición de expulsión y de devolución (“*refoulement*”)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.”

Asimismo, su artículo 32.1 establece que “los Estados contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público”.

¹⁰ Biblioteca digital mundial. Accesible en <https://www.wdl.org/es/item/11580/>.

Pero al adentrarnos en el análisis del principio de no devolución podemos advertir que su vigencia dentro del marco de la protección contra la devolución de personas refugiadas y solicitantes de asilo en el ámbito universal ha sido excedida en un doble sentido. Por una parte, en los diversos ámbitos regionales también se ha abordado la regulación del principio de no devolución, ampliándose la mirada que sobre dicho principio poseía el DIP. Por la otra, la garantía contra la devolución ha excedido el marco del DIR al ser acogido por el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante "DIDH"). Ello significa que la protección contra las devoluciones debe ser entendida como aplicable incluso a personas que no han sido reconocidas como refugiadas ni son solicitantes del reconocimiento de dicha condición.

i. Protección en ámbitos regionales

En cuanto a la protección regional de refugiados, podemos destacar la Convención de la Organización para la Unión Africana de 1969 por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. En su artículo 2.3, este instrumento establece:

"Ninguna persona será sometida por un Estado miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que la obligarían a regresar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo 1."¹¹

¹¹ La Convención de la Organización para la Unión Africana fue aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones (Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969). Entrada en vigor: 20 de junio de 1974, conforme con lo dispuesto en el artículo 2. Accesible en <https://www.refworld.org/es/docid/50ac934b2.html>.

Los párrafos mencionados establecen:

"1. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a 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 que, 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 dicho país.

2. El término "refugiado" se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro

A su vez, en el año 1984 se adoptado en el ámbito interamericano la Declaración de Cartagena que, si bien se trata de un instrumento no vinculante, ha sido en la práctica adoptado por los Estados de la región.¹² En su conclusión quinta, los Estados americanos han sostenido la necesidad de “[R]eiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados”.¹³

Como se advierte entonces, en diversos ámbitos regionales se ha acogido el principio de no devolución. Incluso se ha considerado aplicable a diversas situaciones que no se encontraban previstas en la Convención de 1951.

ii. Expansión del principio al derecho internacional de los derechos humanos

En cuanto al segundo aspecto, esto es, la expansión del principio a otras ramas del derecho internacional podemos citar el artículo 22.8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴ (en adelante, “la CADH”), en el que se sostiene que:

“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.”

Si bien el artículo hace una innegable referencia a los motivos para que una persona pueda ser reconocida como refugiada, su texto no restringe la aplicación

lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.” United Nations Treaty Collection, UNTC, disponible en internet en <https://www.refworld.org/es/docid/50ac934b2.html> (último acceso, octubre de 2020).

¹² Y no sólo en la práctica: la Argentina, por ejemplo, ha incorporado la definición ampliada de ese instrumento en el artículo 4 inc. b de su Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado, N° 26.165. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/122609/norma.htm> (último acceso, octubre de 2020).

¹³ Declaración de Cartagena sobre Refugiados, conclusión quinta.

¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969. Accesible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

del principio al reconocimiento mencionado. Así, la CADH amplía el ámbito de protección incluso a personas que no ostentan el estatuto de refugiados, sea porque no lo ha solicitado, sea porque el Estado no lo ha reconocido como tal. Incluso, se aplicará en los casos en los que el solicitante hubiera sido excluido de la condición de refugiado (O'DONNELL, 2007: pp. 228-232), en los términos del artículo 1.F de la Convención de 1951.¹⁵ Esta interpretación no se ve restringida a los casos de solicitudes de asilo, aun advirtiendo que el inciso anterior del artículo 22 se refiera a ello¹⁶ ya que ambos incisos no se encuentran expresamente vinculados, más allá de su continuidad en el texto.

Por su parte, en el ámbito universal podemos encontrar una mención fundamental respecto de la ampliación de la prohibición de devolución, dada por el artículo 3 de la Convención de 1984 contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.¹⁷ Este artículo establece la prohibición absoluta de violación de este principio, en el marco de la temática regulada. En efecto, sostiene que:

“1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un

¹⁵ Las cláusulas de exclusión de la condición de refugiado están establecidas en el artículo 1.F, que sostiene:

“Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.

¹⁶ CADH, artículo 22, inc. 7: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”. Disponible en internet en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (último acceso, octubre de 2020).

¹⁷ Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, 1984. Accesible en United Nations Treaty Collection, UNTC, disponible en internet en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en.

cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.”

En esa misma línea, en el marco europeo encontramos el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,¹⁸ que estableció la prohibición de la tortura, la que rige de manera inderogable (cfr. art. 15.2). Así, vale señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha entendido esta prohibición en el sentido de impedir a los Estados enviar a personas extranjeras a países donde se verifique la existencia de un riesgo de ser sometidos a torturas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹⁹

De más está decir que este repaso sobre los instrumentos más relevantes no resulta exhaustivo. En efecto, existen otros –ya sean de carácter vinculante como no vinculante o *soft law*–, en los que explícita o implícitamente se ha enunciado este principio, tales como el IV Convenio de Ginebra de 1949 (art. 45),²⁰ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7),²¹ la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 8)²² y los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (principio 5),²³ entre otros²⁴. Asimismo, pueden citarse los instrumentos regionales sobre

¹⁸ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950. Accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 07/07/89, “Soering v. Reino Unido”, Serie A, N° 161.

²⁰ Convenio IV de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949. Accesible en www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm.

²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. Accesible en https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en.

²² Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Accesible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1428.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1428>.

²³ Consejo Económico y Social. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias. Resolución 1989/65, 24 de mayo de 1989. Accesible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/E/RES/1989/65>.

²⁴ Para mayor detalle ver: ACNUR, 2001:14.

extradición: el Convenio Europeo de Extradición de 1957 (art. 3.2)²⁵ y su equivalente en el ámbito americano, la Convención Interamericana sobre Extradición de 1981 (art. 4.5).²⁶

De lo dicho hasta aquí, resulta evidente la relevancia que ha tenido la incorporación del principio de no devolución en el elenco de garantías fundamentales que brinda el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, del análisis conjunto de los diversos instrumentos internacionales – vinculantes o no– advertimos que el principio bajo análisis encuentra en el marco del DIDH un ámbito más amplio de protección, al incorporar a la prohibición clásica situaciones tales como aquellas en las que se ha aplicado una cláusula de exclusión en el marco de un procedimiento de asilo. Esto redundaría en una comprensión más amplia y abarcadora del principio, en cuanto los Estados deben “abstenerse de devolver a estas personas al país del que huyen o a cualquier otro respecto del cual existan temores fundados de peligro para sus vidas o integridad física” (BELOFF, 2014: p. 500).

IV. ¿Dos principios distintos?

Ahora bien, en la práctica de los Estados puede existir el problema de la aplicación del principio de no devolución en el marco de los procedimientos de asilo estrictamente bajo la óptica del DIR. Por tanto, si acordamos en sostener que la protección del principio de no devolución que brinda el DIDH es más amplia que la del DIR, ¿eso significa que estamos en presencia de dos principios distintos? ¿Existe un principio de no devolución estricto para los procedimientos de asilo y otro más amplio cuando analizamos una situación bajo la lente del DIDH?

La respuesta que proponemos en este trabajo es negativa y ello encuentra su fundamento en que, más allá de su identidad nominal, indudablemente nos hallamos en presencia de un instituto destinado a la protección de personas. Lo

²⁵ Convenio Europeo de Extradición, 1957. Accesible en la página del Boletín Oficial del Estado español: <https://www.boe.es/boe/dias/1982/06/08/pdfs/A15454-15462.pdf>.

²⁶ Convención Interamericana sobre Extradición, 1981. Accesible en http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo12.pdf.

dicho significa que la interpretación de las normas aplicables (en este caso, la extensión del principio de no devolución) deberá estar regida por los principios que gobiernan el DIDH. Ello, en virtud de la ya asentada doctrina de la convergencia entre las diversas ramas del derecho internacional público (CANÇADO TRINDADE, 1997: p. 321-349).

Uno de esos principios aplicables es el criterio *pro homine*, cuyos efectos han sido analizados de la siguiente manera:

“A la luz del criterio *pro homine*, que informa todo el derecho de los derechos humanos, debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria” (PINTO, 1997:81).

En suma, se ha dado cuenta de que el principio de no devolución protege derechos humanos fundamentales de todas las personas. Por tanto, solo cabría acudir a la interpretación más amplia, más benigna y que mejor asegure la vida, integridad y libertad de ellas. Reafirmando lo dicho, se ha sostenido que la convergencia entre el DIR y el DIDH ha tenido el efecto de ampliar el contenido normativo del principio del principio de no devolución (CANÇADO TRINDADE, 2002: p. 59).

En definitiva, estas ideas se buscan no perder de vista uno de los principales objetivos del derecho internacional contemporáneo: la protección de todas las personas y sus derechos y libertades fundamentales.²⁷

V. ¿Es el principio de no devolución una norma *jus cogens*?

i. Recapitulación

Hasta aquí hemos intentado brindar un marco conceptual acerca del principio de no devolución, analizando sus características, desarrollos y

²⁷ Cfr. artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas. Accesible en <https://treaties.un.org/doc/Publication/CTC/uncharter-all-lang.pdf>.

alcances. Este repaso nos permitirá analizar la interrelación entre el principio de no devolución y las normas imperativas de derecho internacional general (*jus cogens*). Es decir, hasta qué punto podemos afirmar que el principio de no devolución constituye, en el estadio actual de derecho internacional, una norma de tal carácter.

En efecto, del estudio del derecho internacional podemos advertir que las normas *jus cogens* han sufrido diversos cuestionamientos desde su conceptualización, aunque en la actualidad son una realidad dentro del ordenamiento jurídico internacional. En efecto, han atravesado exitosamente el proceso de positivización, lo que derivó en su inclusión en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.²⁸

Asimismo, podemos señalar que poseen características distintas al resto del ordenamiento jurídico internacional y ello se ha debido a la propia voluntad de los Estados, sujetos principales de este ordenamiento. Así, dentro de sus características principales encontramos la de ser normas inderogables, a la vez que encarnan los principios y valores del orden público internacional.²⁹

Por otra parte, debemos hacer hincapié en su superioridad jerárquica respecto del resto del resto de las normas internacionales y de su efecto nulificador sobre aquellas que se le opongan. Por último, señalaremos que la comunidad internacional no ha alcanzado los consensos necesarios a los fines de darse una lista –ni siquiera una abierta– de las normas que consideran incluidas en esta categoría: ése será trabajo de las fuentes auxiliares del derecho internacional.

Ahora bien, al analizar los orígenes del principio de no devolución podemos advertir también las diferencias que sobre él se han plasmado en diversas regulaciones internacionales. Así, hemos podido observar que en la actualidad ese principio encuentra mayor cobertura en el DIDH que en el propio DIR.

²⁸ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969. Accesible en United Nations Treaty Collection, UNTC, https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf. Para un mayor desarrollo de la historia del *jus cogens*, ver Gómez Robledo, 2003.

²⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17/09/03. Seria A, No. 18. Voto concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade, párr. 68 *in fine*.

También hemos dado cuenta de que el *non refoulement* se ha concebido como la piedra de toque del sistema de protección internacional de refugiados. Asimismo, se destaca su pertenencia al derecho internacional consuetudinario como una costumbre general y, por tanto, obligatoria para todos los Estados sean parte o no de los tratados internacionales que lo regulan. Incluso se ha sostenido que resulta un componente esencial e inderogable de la protección internacional de las personas refugiadas.

Llegados a este punto podemos permitirnos analizar la posibilidad de sostener que el principio de no devolución haya alcanzado, además, la consideración de los Estados en cuanto a su carácter *jus cogens*. En otras palabras, si se trata de una “norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”³⁰. La importancia de encontrar una respuesta a esa cuestión radicará en la posibilidad de repensar las obligaciones emergentes de los Estados, lo que redundaría en un mayor respeto del derecho de buscar protección internacional del que gozan todas las personas sujetas a sus respectivas jurisdicciones.

ii. Antecedentes relevantes³¹

Como punto de partida, debemos señalar que la doctrina generalmente ha entendido que el carácter imperativo no abarcaba el principio de no devolución en toda su extensión. En efecto, la postura más aceptada sostiene que solamente podría ser considerada como norma imperativa la obligación de no devolución cuando el retorno, expulsión o rechazo de una persona hacia un país cuando existiera riesgo de ser sometida a tortura (ACNUR, 2008).

Pero esta postura ha sido discutida por diversos/as autores/as quienes han sostenido que la consideración como norma imperativa de dicho principio no admite recortes ni condiciones (ALLAIN, 2001: pp. 533-558; FARMER, 2008: p. 1;

³⁰ Conforme el art. 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

³¹ Para mayor detalle ver LUTERSTEIN Y RODRÍGUEZ MIGLIO, 2017: pp. 75-80.

VIEIRA DE PAULA, 2008: pp. 430-439, entre otros/as). De igual manera se ha caracterizado en el ámbito interamericano, donde podemos encontrar el reconocimiento del principio de no devolución como norma *jus cogens* sin limitaciones ni excepciones.

En efecto, en el instrumento regional conocido como la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, los Estados de la región sostuvieron que el “(...) *principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de jus cogens.*” Esta postura fue reafirmada en el Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina,³² en el que se reconoció el carácter de *jus cogens* del principio de no devolución.

En cuanto a la jurisprudencia interamericana, podemos señalar el voto concurrente del juez Cançado Trindade en la Opinión Consultiva OC 18/03, al analizar diversas “manifestaciones doctrinales que sostienen el proceso de gradual formación del derecho individual de asilo, al mismo tiempo en que afirman el carácter de *jus cogens* del principio del *non-refoulement*”.³³

Por su parte, en ocasión de analizar el art. 3 del Convenio Europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha remarcado su carácter incondicional al prohibir la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes con independencia de la conducta de la víctima.³⁴ En el caso *Soering*, el TEDH sostuvo que la deportación de una persona hacia un país en donde existía el riesgo de sufrir tratos crueles e inhumanos resultaba contrario al espíritu y la intención del artículo 3 del Convenio.³⁵ De esta manera puede advertirse cómo el TEDH amplió el espectro de protección prevista en el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, la que ha establecido

³² Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, 2004. Accesible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3016.pdf?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3016>.

³³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17/09/03, Serie A, No. 18, punto 41.

³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 07/07/78, “Irlanda v. Reino Unido”, Serie A, No. 25.

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Soering v. Reino Unido”, citado.

en su inciso b) excepciones a la aplicación de este principio,³⁶ aunque de todas formas, la regulación resulte menos protectoria que el ámbito interamericano.

Por último, en el ámbito universal, existen posicionamientos tanto de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) como del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). La AGNU ha planteado la necesidad que los Estados respeten el principio de no devolución y recordó que éste “*no está sujeto a derogación*”.³⁷

En cuanto al Comité Ejecutivo (EXCOM) se ha podido advertir cómo sus pronunciamientos y conclusiones han ido ampliando lenta pero progresivamente la consideración del principio de no devolución como una norma *jus cogens*, aunque no lo manifieste estrictamente en esos términos.

Así, desde el año 1977 ha sostenido que “*el principio humanitario de no devolución se ha expresado en varios instrumentos internacionales aprobados a nivel universal y regional y es generalmente aceptado por los Estados*” (Conclusión No. 6)³⁸. Tres años después remarcó “*el carácter fundamental del principio de no devolución universalmente reconocido*” (Conclusión No. 17)³⁹. Posteriormente, el EXCOM expresó que el principio de no devolución “*estaba adquiriendo progresivamente el carácter de una norma perentoria del derecho internacional*” (Conclusión No. 25)⁴⁰. Por último, sostuvo que “*el principio de no devolución no puede ser objeto de derogación*” (Conclusión No. 79)⁴¹.

³⁶ El art. 33 establece: 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.

³⁷ Naciones Unidas. Resoluciones aprobadas por la Asamblea General 51/75, de 12 de febrero de 1997 [A/RES/51/75], párrafo 3; y 52/132, de 27 de febrero de 1998 [A/RES/52/132], párrafo preambular 12.

³⁸ ACNUR (Comité Ejecutivo). Conclusión No. 6 (XXVIII) No devolución, 1 de enero de 1977. Accesible en <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc64113.html>.

³⁹ ACNUR (Comité Ejecutivo). Conclusión Nro. 17 (XXXI) Problemas relativos a la extradición que afectan a los refugiados, 1 de enero de 1980. Accesible en <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc634a.html>.

⁴⁰ ACNUR (Comité Ejecutivo). Conclusión Nro. 25 (XXXIII) Conclusiones Generales, 1 de enero de 1982. Accesible en <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc62c2.html>.

⁴¹ ACNUR (Comité Ejecutivo). Conclusión Nro. 79 (XLVII), Conclusión general sobre la protección internacional, 1 de enero de 1996. Accesible en <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc5f0a.html>.

Este breve repaso sobre las posturas del Comité Ejecutivo da cuenta del avance progresivo que experimenta la consideración de la inderogabilidad del principio entre la comunidad de Estados. Estados que, en definitiva, resultan los sujetos obligados por este tipo de normas internacionales, debiendo no solo observarlas, sino también adecuar sus legislaciones internas a tal efecto.⁴²

iii. ¿Hacia la imperatividad del principio de no devolución?

Ahora bien, a partir de lo dicho hasta aquí, ¿puede sostenerse que la inderogabilidad es sinónimo de imperatividad? Los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional señalaban que la inderogabilidad es un elemento de las normas imperativas, a la vez que una consecuencia de ellas⁴³.

A la luz de los ejemplos citados en este trabajo, algunos autores han expresado con certeza que los Estados han concluido por consenso que el principio de no devolución era de hecho una norma perteneciente al *jus cogens* toda vez que ninguna derogación resultaba permitida (ALLAIN, 2001: pp. 533-558). Otras posturas, han manifestado que el hecho de considerar un derecho como inderogable podría sugerir su inclusión dentro de la categoría del *jus cogens* o, al menos, impedir que dicha norma sea pasible de ser regionalizada o bilateralizada, afectando su universalidad (ORAKHELASHVILI, 2006: p. 38-40).

En una posición expectante, se presenta la aceptación del principio de no devolución como una emergente norma imperativa del derecho internacional (FARMER, 2008: pp. 23-28).

VI. A modo de conclusión

La asunción por parte de los Estados de una nueva norma como perteneciente al *jus cogens* posee algunas complejidades provenientes, principalmente, de la propia lógica del derecho internacional público. Esto es así,

⁴² Conforme al principio de derecho internacional plasmado en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

⁴³ Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Primer Informe sobre el *jus cogens* del Relator Especial Dire Tladi. 8 de marzo de 2016, A/CN.4/693.

debido al doble carácter que aquellos poseen en el ordenamiento internacional, en tanto creadores de las normas y sujetos obligados por ella. Por ello, resulta dificultoso encontrar casos en los que los Estados acepten reconocer pacíficamente la categoría de *jus cogens* respecto de una norma en particular, cuando luego serán ellos mismo los sujetos obligados a someterse a la mencionada imperatividad. En consecuencia, menores serán los márgenes de maniobra para los Estados (leyes, políticas públicas, prácticas administrativas, etc.) y mayores las obligaciones emergentes.

El principio de no devolución no escapa a esa dinámica toda vez que reconocer su inclusión en el catálogo del *jus cogens* internacional implicaría profundas restricciones en cuanto al diseño y ejecución de las políticas migratorias de los Estados. Asimismo, reduciría la amplitud del ejercicio del derecho soberano de controlar el ingreso y la permanencia de personas extranjeras en su territorio.

Llegados a este punto, advertimos la importancia capital de la jurisprudencia internacional y de la doctrina. Éstas serán quienes, en definitiva, podrán llevar adelante el proceso de internalización del carácter *jus cogens* de este principio en la consideración de la comunidad internacional.

En palabras del ex juez de la Corte IDH Cançado Trindade, puede sostenerse que el *jus cogens* “es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación”.⁴⁴ Es probable que, a este respecto, la llama de la conciencia jurídica universal no haya sido aun avivada por completo, pero de los aspectos y antecedentes hasta aquí analizados no parecen caber dudas de que éste es un proceso ya iniciado. Podrá demandar más o menos tiempo y –seguramente– muchos esfuerzos, pero cada día que pase resultará más difícil sostener que el principio de no devolución pueda admitir excepciones o derogaciones.

⁴⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17/09/03, Serie A, No. 18, punto 68.

VII. Bibliografía.

ALLAIN, J. (2001). *The jus cogens nature of non-refoulement*. International Journal of Refugee Law, vol. 13 No. 4, pp. 533-558.

BELOFF, M. (2014). *Derecho a la nacionalidad*. Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario. Bogotá: Ed. Temis.

CANÇADO TRINDADE, A. (1997). *Derecho internacional de los refugiados y derecho internacional de los derechos humanos: aproximaciones y convergencias*. *Estudios Internacionales*, 30, pp. 119-120. Accesible en: doi:10.5354/0719-3769.2011.15126.

—(2002). *Reflexiones sobre el desarraigo como problema de Derechos Humanos frente a la conciencia Jurídica Universal*. La Nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del Siglo XXI. 2da. Edición. San José de Costa Rica: ACNUR.

FARMER, A. (2008). *Non-refoulement and jus cogens: limiting anti-terror measures that threaten refugee protection*. *Georgetown Immigration Law Journal*, vol. 23, Nro. 1.

GÓMEZ ROBLEDO, A. (2003). *El ius cogens internacional* (1ª reimpresión). México D.F: Universidad Nacional de México.

GOODWIN-GILL, G. (1998). *The Refugee in International Law*, Nueva York: Oxford University Press.

—(2014). *The International Law of Refugee Protection*. The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies. Oxford University Press.

LAUTERPACHT, E. Y BETHLEHEM, D. (2003). *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion*. Feller, Erika - Türk, Volker - Nicholson, Frances

(eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR Global Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press.

LUTERSTEIN, N. Y RODRÍGUEZ MIGLIO, E. (2017). *Asilo en La Haya: Acerca de la protección internacional de refugiados en los procesos ante la Corte Penal Internacional*. Revista Jurídica de Buenos Aires, año 42, Nro. 95. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

MONCAYO, VINUESSA Y GUTIÉRREZ POSSE. (1997). *Derecho Internacional Público*, T. I, Buenos Aires: Ed. Zavalía.

O'DONNELL, D. (2007). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Santiago de Chile.

ORAKHELASHVILI, A. (2006). *Peremptory norms in international law*, Oxford, Oxford University Press.

OSSORIO, M. (1997). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 24º ed., Buenos Aires: Heliasta.

PINTO, M. (1997). *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

EXPULSIONES COLECTIVAS Y PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

Lucas Agustín Papini¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 12 de enero de 2021

Resumen

El objetivo de este trabajo es trazar un paralelismo entre las políticas de control migratorio realizadas tanto en Europa como en América y hacer un análisis crítico de las diferentes sentencias de los tribunales internacionales y de su abordaje sobre esta problemática, cada vez más recurrente. Con ese fin, se plantea un estudio jurídico-doctrinario del cuerpo normativo que existe en relación con la protección de las personas migrantes y refugiados, pero entendiendo que aún falta mucho en materia migratoria para brindar una solución efectiva y real a los problemas abordados.

Palabras clave: Derechos Humanos. Derecho Internacional. Expulsiones colectivas. Migración. Principio de no devolución. Garantías Procesales. Extraterritorialidad. Soberanía. Personas Migrantes. Jurisprudencia TEDH. Jurisprudencia CIDH.

Title: Collective expulsions and the principle of non-refoulement.

Abstract

The objective of this work is to draw a parallel between the migration control policies carried out both in Europe and in America and to make a critical analysis of the different judgments of international tribunals and their approach to this increasingly recurrent problem. Therefore, it presents a legal-doctrinal study of the normative body that exists in relation to the protection of migrants and

¹ Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires (UBA), fundador del portal web *Justicia Internacional Global* (<https://justiciainternacio.wixsite.com/website>). Realizo estudios de posgrado en materia de Derechos Humanos. Actualmente desarrolla su actividad profesional en el sector privado y realiza representaciones legales "pro bono" para personas migrantes en la Ciudad de Buenos Aires.

refugees, but understanding that there is still a long way to go in migration matters to provide an effective and real solution to the problems addressed.

Keywords: Human rights. International right. Collective expulsions. Migration. Principle of non-refoulement. Procedural Guarantees. Extraterritoriality. Sovereignty. Migrant People. ECHR jurisprudence. IACHR Jurisprudence.

I. Introducción

Los procesos de movilidad humana son acontecimientos que se han desarrollado a lo largo de toda la historia de la humanidad y que responden a diversos factores que los aceleran, los transforman y en muchas ocasiones los criminalizan. La historia marca a la migración como una valiente manifestación de la voluntad humana de sobreponerse a la adversidad en busca de mejores condiciones de vida. En la actualidad, la globalización, los avances tecnológicos y de comunicación, acompañados de un incremento considerable en las desigualdades que separan a los países desarrollados de los emergentes, ha hecho que aumente considerablemente el número de personas que busca dejar su país de origen para instalarse en uno nuevo.

Los Estados Nación legitiman sus políticas y prácticas de control migratorio a través del ejercicio de su soberanía². Sin embargo, la potestad de los estados de regular lo relativo al ingreso y permanencia de personas “no

² Concepto de Derecho Internacional que comprende tres dimensiones (externa, interna, y territorial). La dimensión externa de la soberanía radica en el derecho de un Estado a definir sus relaciones con otros Estados y entidades sin limitación o control alguno por parte del otro Estado. Esta dimensión también se denomina “independencia”. La dimensión interna de la soberanía consiste en el derecho exclusivo o la competencia exclusivas de un Estado para determinar la naturaleza de sus propias instituciones, promulgar las leyes que considere apropiadas y garantizar la observancia de estas. La dimensión territorial de la soberanía remite a los derechos de un Estado sobre su territorio y a la autoridad ejercida por él sobre todas las personas y cosas que se encuentren situadas sobre su territorio, o debajo o por encima de este. Un componente importante de la soberanía territorial en el ámbito de la migración es la prerrogativa soberana del Estado para determinar la admisión y exclusión de extranjeros de su territorio, dentro de los límites que le impone el Derecho Internacional.

nacionales” en sus territorios y jurisdicciones tienen un límite en el respeto y garantías de los derechos humanos.

Esto ha significado un nuevo punto de análisis para los Estados que se ven atravesados por este fenómeno migratorio, ya sea que sean países de tránsito³ o un país de destino, entendiéndose este último en el contexto de la migración, como aquel país que corresponde al destino final de una persona o grupo de personas, independientemente de si migra de forma regular o irregular.

Cuando el número de movilidad humana que se traslada entre un lugar y otro, muchas veces cruzando fronteras entre Estados y poniendo en riesgo sus vidas, es considerable y difícil de regular, estamos ante lo que se conoce como una crisis migratoria. Crisis migratoria es aquella que puede generar movimientos dentro o fuera de las fronteras⁴ de un país. Esto puede ocurrir repentina o paulatinamente y tanto se ve afectada por los movimientos previos a la crisis, como puede generar cambios en los patrones migratorios posteriores. Las crisis migratorias describen los flujos migratorios complejos y generalmente a gran escala, así como los patrones de movilidad ocasionados por una crisis que suele traer consigo considerables vulnerabilidades para las personas y comunidades afectadas, y plantear serios retos de gestión de la migración para todos los Estados involucrados. Pero las crisis migratorias tienen varias caras, y son un fenómeno tan complejo que sus procedencia puede situarse o bien en el momento en que los migrantes internacionales encontrándose ya en el país de destino deban enfrentar crisis preexistentes propias de ese lugar y que dificultan aún más su integración social, laboral o familiar, acentuando su estado de vulnerabilidad, o bien puede referirse a los flujos migratorios resultantes de la

³ En el contexto de la migración, es el país por el que pasa una persona o grupo de personas, en cualquier viaje hacia el país de destino, o bien desde do país de destino hacia el país de origen o de residencia habitual. “*Convención Interamericana sobre Protección de Todos los Trabajadores Migrantes y de Sus Familiares*”. Accesible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>.

⁴ Las fronteras internacionales son aquellos límites de separación definidos políticamente respecto de zonas territoriales o marítimas entre distintas entidades políticas y las zonas donde las entidades políticas ejerzan medidas de gobernanza de fronteras en sus territorios o fuera del mismo. Tales zonas comprenden los pasos fronterizos (a saber, aeropuertos, pasos fronterizos terrestres y puertos), y las zonas de inmigración y de tránsito, así como las embajadas y consulados. -*Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Principios y Directrices Recomendados sobre Derechos Humanos en las Fronteras Internacionales (2014), pág. 4.*

inestabilidad y conflictos prolongados en una región, entre otros posibles panoramas.

A la violencia, la pobreza, la falta de trabajo, el cambio climático y demás adversidades que tienen que enfrentar los migrantes, hay que agregar además en la actualidad la aparición de la pandemia ocasionada por el virus COVID-19 que ha acentuado las crisis migratorias y sus dificultades.

Las personas que están en movimiento, como las personas refugiadas y desplazadas internas que se ven obligadas a dejar sus hogares producto de la violencia o los desastres naturales, o las personas migrantes que están en situaciones precarias, deben afrontar tres crisis que se combinan en una.

En primer lugar, encaran una crisis sanitaria, ya que se exponen al virus de forma constante, debido que a menudo están en condiciones de hacinamiento en las que el distanciamiento social resulta un lujo imposible, y en las que con frecuencia es difícil acceder a servicios básicos, como los de atención de la salud, agua, saneamiento y nutrición.

Los efectos de esta crisis serán aún más devastadores para el gran número de personas en movimiento que viven en los países menos adelantados. Un tercio de la población mundial desplazada internamente vive en los diez países con mayor riesgo del COVID-19.

En segundo lugar, las personas en movimiento encaran una crisis socioeconómica, en particular las que trabajan en la economía no estructurada, sin acceso a protección social.

Por otro lado, la economía mundial ha mostrado un deterioro considerable afectando a todos los estratos de la sociedad, esta pérdida de ingresos resultante del COVID-19 provoca grandes rupturas en las condiciones laborales, como pérdida de empleos, disminuciones salariales, aumento del trabajo irregular, afectando una vez más y de forma más dura a los sectores vulnerables, entre ellos los migrantes, desplazados y refugiados.

En tercer lugar, las personas en movimiento encaran una crisis de protección.

Más de 150 países han impuesto restricciones fronterizas para contener la propagación del virus. Por lo menos 99 Estados no hacen ninguna excepción en los

casos de las personas que solicitan asilo por motivos de persecución (GUTERRES, 2020).

Al mismo tiempo, la propagación del COVID-19 y el temor a contagiarse ha exacerbado la xenofobia, el racismo y la estigmatización contra los migrantes. Por otra parte, la precaria situación de las mujeres y de los menores no acompañados⁵ se torna aun peor. Porque ambos corren un mayor riesgo de exposición a situaciones de violencia, abuso, trabajos forzados o explotación.

A todas estas condiciones desfavorables para las personas migrantes y refugiados, debemos sumarle la situación en la que se encuentran cuando llegan a un país distinto al de ellos, y son varias las respuestas que los diferentes Estados han aplicado a la regulación de las migraciones. Sin embargo, la mayoría de estas respuestas están centradas en un control migratorio estricto, y lo que es peor, en las últimas décadas estas políticas se han endurecido considerablemente, plasmándose en expulsiones colectivas en frontera, detenciones arbitrarias, y en muchos casos en el ejercicio del control migratorio más allá de sus propias fronteras territoriales, proceso que se conocen como externalización, un fenómeno que consiste en el desplazamiento de la gestión fronteriza con el objeto de frenar los flujos de personas antes de que lleguen al territorio de un Estado o territorio comunitario mediante la creación de un área de contención previa. Dicha práctica ha sido utilizada por los Estados Miembros de La Unión Europea a través de acuerdos bilaterales. En muchas oportunidades subcontratando las responsabilidades fronterizas a terceros Estados y desarrollando intervenciones en los países de origen y de tránsito (PEREZ BLANCO, 2020).

Este trabajo intentará analizar y describir de forma crítica y objetiva las políticas de control migratorio implementadas por los Estados Soberanos, las contradicciones que estas tienen con los Derechos Humanos y La Protección Internacional, materializadas en expulsiones colectivas, y como estas representan una vulneración a los derechos humanos. Por otra parte, se realizará un análisis del cambio de paradigma del Tribunal Europeo de Derechos humanos, a través de la

⁵ Menores que están separados de ambos Padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumben esa responsabilidad. "COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, OBSERVACIÓN GENERAL N°6 RELATIVA AL TRATO DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS Y SEPARADOS DE SU FAMILIA FUERA DE SU PAIS DE ORIGEN", 01/09/2005, CRC/GC/2005 de Las Naciones Unidas, párr. 7.

sentencia en el caso N.D. y N.T. contra España de 2017 y su posterior sentencia a través de La Gran Sala de dicho Tribunal.

II. Los estados y la migración

El Estado en una perspectiva institucional lo podemos definir a partir del monopolio de dominación coactiva autoritaria en un área territorialmente demarcada que cuenta con un conjunto de instituciones y relaciones políticas que irradian del centro a la superficie (WEBER, 1964, p. 47). Estas dimensiones funcionales y espaciales de los Estados ordenan las estructuras de autoridad, los límites y las capacidades de autodeterminación sobre los territorios, aquí entra su discrecionalidad para imponer sus políticas migratorias. La soberanía de los Estados ha sido el principio a través del cual, la autonomía se consolida como práctica e ideología que legitima la disposición de estas instituciones para regular, controlar y dirigir sus unidades político - territoriales. La mención anterior a la soberanía puede relacionarse con la idea de soberanía interna, la cual en efecto tiene como cualidad, la organización formal de una autoridad política para el pleno ejercicio del poder y del control dentro de los límites de un territorio. Pero podemos poner en discusión la existencia de otro tipo de soberanías, a saber, la soberanía legal internacional entendida desde la perspectiva del reconocimiento mutuo entre los Estados como unidades políticas formalmente instituidas; la soberanía westfaliana cuyo principio es la existencia de organizaciones políticas con exclusión de actores externos y la soberanía interdependiente que se caracteriza por el control de flujos de información, bienes y personas a través de las fronteras.

Un aspecto importante de la globalización, además de la conexión de los Estados a partir de actores supranacionales o transnacionales que funcionan en arenas políticas independientes del marco doméstico, y que a su vez tiene implicancias sobre los Estados nacionales y su soberanía, es la movilidad de las personas a través de las fronteras. Aunque este ha sido un hecho restringido por las barreras fronterizas de los Estados y la concepción territorial de los mismos, es sin duda, un fenómeno de gran trascendencia en el mundo contemporáneo y

en la historia de las sociedades. El fenómeno migratorio se ha convertido en uno de los más importantes retos para los Estados nacionales en la época global por ser un símbolo de la erosión de la soberanía (CASTLE, 2003, p.35). El control de la movilidad a través de las fronteras es uno de los objetivos de la soberanía interdependiente e incluye la regulación de los flujos de personas, no obstante, por cuenta del aumento de la migración irregular este hecho se ha convertido en un desafío en el sentido de que el movimiento (no autorizado) de individuos a través de los límites de los Estados, puede violar el principio de soberanía sustentado en la delimitación y cierre territorial. La concepción clásica para la gestión del fenómeno migratorio en la perspectiva de las capacidades otorgadas por la soberanía westfaliana puede transformarse a partir del influjo de actores externos sobre los Estados nacionales. La expansión de la política en escenarios que superan los espacios domésticos ha producido demandas y discursos relacionados con la migración en relación a los derechos humanos, derechos de trabajadores migrantes, política internacional sobre refugio entre otros. Esta cuestión abre la puerta para la formulación de interrogantes sobre la influencia real de estos actores y espacios en la transformación de la estructura de autoridad para la gestión de este fenómeno. Del mismo modo, la vinculación voluntaria de los Estados a mecanismos de integración regional o a tratados internacionales, puede incluir la cooperación en temas sobre movilidad lo cual podría incidir en la transformación de las políticas nacionales para el tratamiento de esta cuestión. No obstante, en la mayoría de los casos el Estado es discrecional para asumir o no las regulaciones y recomendaciones internacionales propuestas con relación a este tema, principalmente, cuando las decisiones son interestatales (dependientes de los intereses de los gobiernos) sin estructuras institucionales supranacionales que obliguen o coarten el cumplimiento de la normatividad y de los acuerdos. Los Estados se vinculan a decisiones sobre el asunto migratorio a través de convenios o tratados con actores e instancias externas, pero siempre bajo la premisa de la armonización voluntaria de lo internacional y lo doméstico.

En el plano de las regulaciones jurídicas y políticas para la gestión migratoria, el Estado puede ser discrecional, autónomo y determinar para sus

territorios decisiones que se corresponden con sus intereses y con los de los actores políticos internos, pero esta discrecionalidad muchas veces atenta contra el respeto de los derechos fundamentales de las personas “no nacionales” de dichos Estados, es decir, las personas migrantes. El caso de España por ejemplo es de profundo análisis, en tanto y en cuanto ha normativizado practicas consideradas contrarias a la protección internacional, como las expulsiones colectivas o “devoluciones en calientes”, a través de la sanción de leyes, como la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, conocida como “Ley Mordaza” haciendo un uso abusivo de su discrecionalidad soberana. La regulación de los flujos migratorios es un atributo importante de los Estados nacionales sobre la base de la necesidad de clasificar y diferenciar a la población que habita adentro de su territorio, dice DOMENECH (2009). En cierto modo, la regulación de las migraciones contribuye a la construcción del Estado como actor autónomo y soberano capaz de definir— a través de sus políticas migratorias —los controles que permitan o contengan la entrada de las personas a través de sus fronteras, así como la potestad para determinar los criterios distintivos entre propios (ciudadanos) y extraños (extranjeros). La selectividad es uno de los mecanismos a través de los cuales, los Estados producen las clasificaciones para definir los criterios de entrada y permanencia en sus territorios; de modo que, la inmigración por sí misma no es de plano rechazada sino que se filtra a través de condiciones restrictivas y ha sido uno de los aspectos que ha ayudado a la consolidación del Estado moderno y de los imaginarios sobre la identidad nacional como soportes a través de los cuales el Estado monopoliza los medios legítimos de movilidad. Esta monopolización se entiende como el derecho exclusivo que tiene el Estado para autorizar y regular los flujos de personas y las migraciones internacionales (TORPEY, 2000, p.25). Las respuestas estatales frente a la migración dependen de las perspectivas que asumen los Estados soberanamente sobre este tema. Las políticas y criterios oscilan entre concepciones que sustentadas en la soberanía restringen la entrada y residencia de personas en el territorio cerrando fronteras y marcando límites claros con los extranjeros; y otros enfoques que también desde la soberanía, les permite reconocer a los migrantes como objeto del derecho interno. Independiente del carácter de las decisiones que se

asuman, el Estado y la capacidad de regulación de la migración, en efecto le permite detentar “la monopolización de los medios legítimos de la movilidad” como un aspecto clave que pone en vigencia la existencia de los Estados, su papel y cómo se piensan a sí mismos a partir de este fenómeno. La autonomía del Estado en esta materia está directamente relacionada con la idea de Estado nación soberano. Así, la diferenciación y clasificación de quienes pertenecen o a quiénes se les adjudica el derecho de ingreso y permanencia en un territorio son acciones todas producidas a través de las políticas migratorias de un Estado, las cuales, en efecto, no son sólo respuestas burocráticas al fenómeno de la movilidad, sino que en esencia reflejan las filosofías y concepciones institucionales e ideológicas sobre la nación. Citando a CALDERÓN “[p]ara la construcción del Estado-nación los extranjeros representaron y lo siguen haciendo, la antítesis de lo que el Estado busca representar: la unidad, el conjunto, lo que unifica; exactamente lo contrario de lo que la extranjería expresa: lo distinto, lo diverso, lo opuesto” (CALDERÓN, 2010: p.15). La monopolización de los medios legítimos de la movilidad es uno de los mecanismos a través de los cuales los Estados nacionales persisten y refuerzas sus formas tradicionales. Los escenarios nacionales han dejado de ser espacios exclusivos para la deliberación y toma de decisiones, el espacio político doméstico es compartido con diversas fuerzas y agencias que muchas veces extralimitan las fronteras nacionales.

Tal como señala Arendt, los derechos humanos universales pueden resultar insuficientes a la luz de la potestad soberana de los Estados-nación, y a su reconocimiento de derechos de acuerdo con la vinculación de la ciudadanía con la nacionalidad. De esta manera es cuestionable cómo habiendo sido los derechos humanos proclamados como universales, las personas pueden ver vulnerados sus derechos más básicos sobre la base de la nacionalidad (ARENDR, 2006: p.22).

Dicho esto, debemos destacar que la idea de soberanía bajo ningún punto de vista debe permitir una habilitación y aplicación discrecional al funcionamiento arbitrario de los Estados que facilite la vulneración sistemática de los derechos fundamentales de las personas migrantes. La potestad

soberana de Los Estados no los libera de sus obligaciones de respetar los derechos de las personas extranjeras que intenten cruzar sus fronteras e ingresar al territorio. Tampoco los autoriza en materia política de inmigración para validar prácticas y políticas de control migratorio incompatibles con los tratados internacionales de derechos humanos. Los Estados tienen la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos fundamentales reconocidos por la comunidad internacional.

III. Expulsiones colectivas

Las expulsiones colectivas o “devoluciones en caliente” forman parte de un comportamiento discrecional y muchas veces arbitrario de las autoridades estatales que, en ausencia de cualquier examen individualizado, y sin recabar ninguna información respecto de las circunstancias personales de las personas migrantes son devueltas en frontera sin que medie ningún tipo de proceso administrativo o judicial.

Las expulsiones colectivas de extranjeros, aun estando prohibidas por el Derecho Internacional, son aplicadas sistemáticamente como métodos de control de los flujos migratorios. El contexto fronterizo a lo largo de los últimos años ha sido escenario de la vulneración flagrante de los Derechos Humanos reivindicados por los instrumentos internacionales. En ese escenario, alegando la necesidad de una gestión que permita a los Estados seguir ejerciendo su soberanía, se incrementan sistemáticamente las formas de control con muros y vallas en el ámbito terrestre y todo tipo de mecanismos en el ámbito marítimo cuestionando tales derechos (DE LUCA, 2015: p. 65).

Debemos aclarar que la definición de colectivo no hace referencia al número de personas expulsadas, sino a la ausencia de un análisis individualizado de cada caso particular. Este tipo de prácticas (“devoluciones en calientes”) suelen constituirse bajo procedimientos discrecionales, y arbitrarios, dañando a los DD.HH. en su conjunto.

En una noción amplia de movilidad humana podríamos mencionar a los flujos de movilidad “mixtos” de los que habla La Organización Internacional para

las Migraciones, conformado por movimientos de población complejos, como son los refugiados, los solicitantes de asilo, los migrantes económicos y otros migrantes. Incluyendo en esta noción la inmigración, como proceso por el cual los no nacionales de un Estado entran en él con propósito de instalarse y el asilo, entendiendo al mismo como la protección concedida por un Estado a un extranjero en su territorio contra el ejercicio de la jurisdicción por el Estado de origen, basado en el Principio de No Devolución, que conduce al goce de determinados derechos internacionalmente reconocidos.

Dentro de esa amplia definición, podríamos incorporar el concepto de extranjero a los efectos de las expulsiones colectivas y la “devoluciones en calientes”. A partir del artículo 1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (en adelante CEDH), los Estados se comprometen a garantizar los derechos y libertades de cualquier persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sean sus nacionales o no. Sin embargo, no se hace una referencia expresa ni a la libertad de ingreso, residencia y circulación, ni al derecho de asilo, aunque siempre es posible recurrir a la técnica de la protección derivada de derechos y garantías reconocidos expresamente en el CEDH.

Como complemento, el Protocolo n° 4 al CEDH, en su artículo 4, expresamente prohíbe las expulsiones colectivas de los extranjeros, pero no define ninguno de los términos anteriormente mencionados. Desde una interpretación histórica de acuerdo con los precedentes y con la finalidad perseguida por esta disposición, conviene recordar que en el año 1963 cuando se redactó dicho Protocolo, constituyó el primer tratado internacional que se ocupaba de las expulsiones colectivas que no estaban expresamente incluidas en el CEDH. La principal finalidad del artículo 4 es evitar, como había ocurrido anteriormente, que los Estados hicieran que determinados extranjeros tuvieran que abandonar su territorio sin que previamente se hubieran examinado sus circunstancias personales concretas, de tal modo que, estos hubieran podido expresar, en su caso, sus argumentos en contra de la medida adoptada por la autoridad competente.

Otros Instrumentos Internacionales en el ámbito regional recogen expresamente la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. En ese

sentido, el artículo 12.5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos prohíbe las expulsiones “en masa” señalando que está es la que hace referencia a los “grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos”⁶.

Por su parte, el artículo 22.9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe expresamente las expulsiones colectivas de extranjeros⁷. Este precepto ha sido aludido en supuestos en los que dicha práctica se realiza de modo recurrente, como es el ejemplo de las personas haitianas y dominicanas de origen haitianas. Sobre estos supuestos son emblemáticos los casos “*Nadege Dorzema y otros c. República Dominicanas*” y “*Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas c. República Dominicana*”⁸, los cuales abordaremos más adelante.

En el ámbito de Naciones Unidas, se prohíben las expulsiones colectivas en el artículo 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 22.1 de la

⁶ “*Todo individuo tendrá derecho a la libertad de tránsito y de residencia dentro de las fronteras de un Estado, siempre que se atenta a la ley. Todo individuo tendrá derecho a salir de cualquier país, incluido el suyo, y a retornar a su propio país. Este derecho solo está sujeto a las restricciones estipuladas por la ley para la protección de la seguridad nacional, la ley, y el orden, la salud pública o la moral. Todo individuo tendrá derecho, cuando este perseguido, a buscar y obtener asilo en otros países de conformidad con las leyes de esos países y los convenios internacionales. Un extranjero legalmente admitido en un territorio de un Estado firmante de la presente Carta, solo puede ser expulsado de él en virtud de una decisión tomada de conformidad con la ley. La expulsión masiva de extranjeros estará prohibida. Expulsión masiva será aquella dirigidas a un grupo nacional, racial, étnico o religiosos*”, Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Banjul, 27 de Julio de 1981. Accesible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>.

⁷ “*Está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros*”, Convención americana sobre derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de Noviembre de 1969. Accesible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Nadege Dorzema y otros c. República Dominicana*”, 24 de Octubre de 2012. La sentencia señala: “154. Por lo tanto, en ejercicio de la facultad del Estado de establecer su política migratoria, debe tenerse plena observancia de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros contenida en el artículo 22.9 de la Convención Americana, y de las consecuentes garantías intrínsecas a procesos de expulsión o deportación de extranjeros, en especial aquellas derivadas de los Derechos de debido proceso y la protección judicial”. Y Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas c. República Dominicana*”, 28 de Agosto de 2014, La Corte ratifica su jurisprudencia y dice: “348. ...las razias y las detenciones programadas y colectivas, que no se encuentran fundadas en la individualización de conductas punibles y que carecen de control judicial, son incompatibles con el respeto a los derecho fundamentales, entre otros, son contrarias a la presunción de inocencia, coartan indebidamente la libertad personal y transforman la detención preventiva en un mecanismo discriminatorio, por lo que el Estado no puede realizarlas, en circunstancia alguna”.

Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

IV. España y la migración

En el Estado español las prácticas de expulsiones colectivas o “devoluciones en calientes”, tiene su punto más alto en las fronteras de Ceuta y Melilla, dos enclaves españoles en territorio marroquí. Ambas fronteras están conformadas por muros y vallas que fueron construidas por autoridades españolas con la finalidad de impedir el ingreso de personas migrantes al país. Esta situación marca de forma clara la postura del país europeo en relación a la migración y centra sus políticas migratorias en el control, el rechazo bajo la excusa de seguridad nacional, criminalizando a las personas migrantes que intentan llegar a España por estas fronteras y en muchos casos realizando expulsiones colectivas. Pero estos no son los únicos puntos donde se realizan dichas prácticas, también existen islotes sujetos a soberanía española, donde se realizan los rechazos en frontera de quienes intentan llegar a territorio español, sin respetar ningún tipo de garantía procedimental internacionalmente reconocidas.

En el ordenamiento jurídico español, las denominadas “devoluciones en caliente”, no encontraban ningún amparo legal en las figuras que recoge la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de extranjeros en España y su integración social (LODYLE) y el Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba su Reglamento (RLODYLE). Dichas normas se referían únicamente a la denegación de la entrada, la devolución, y la expulsión, siempre siguiendo un procedimiento con garantías. Así, se podía diferenciar entre las denegaciones de la entrada en frontera a quien solicita formalmente el acceso al país en un puesto fronterizo (Art. 25 LODYLE), las medidas de regreso obligatorio (Art. 60 LODYLE), la expulsión (Art. 53 LODYLE) y la devolución para aquellos que pretendan entrada ilegalmente en España (Art. 58.2 LODYLE). En todas estas medidas que están orientadas al alejamiento del extranjero del territorio español, la ley contempla una serie de garantías, incluso, en la devolución que es de

aplicación inmediata y con escasos trámites, no puede adoptarse sin trámite alguno (CORELLA, 2018: p.36).

Las “devoluciones en caliente” se han desarrollado de forma sistemática en las fronteras españolas, sobre todo en su frontera sur, desde la configuración de un concepto de frontera *ad hoc* que pretende justificarlas. La Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en su disposición final primera estableció un régimen especial para Ceuta y Melilla, intentado la legalización de este tipo de prácticas.

Como se mencionó anteriormente, las prácticas de expulsiones colectivas y “devoluciones en caliente”, son políticas que afectan profundamente al Derecho Internacional y a Los Derechos Humanos, y en el caso particular de España chocan directamente con los parámetros establecidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, al vulnerar garantías de debido proceso, entre las que podemos mencionar el derecho a una asistencia jurídica, un análisis individualizado de la situación de cada migrante que pisa suelo español, el derecho a una decisión motivada y proporcional, y a recurrir una decisión administrativa y judicialmente. Así como la violación al derecho de solicitar asilo y por supuesto, al principio de no devolución.

V. Un cambio de paradigma: análisis de la sentencia del tribunal europeo de Derechos Humanos: *N.D. y N.T. c. España*.

En el año 2017 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condeno a España por la expulsión colectiva de personas migrantes en la frontera con Marruecos⁹.

⁹ El día 13 de agosto los demandantes salieron del campamento del Monte Gurugú y trataron de entrar en España junto con un grupo de subsaharianos a través del puesto fronterizo de Melilla. Este puesto fronterizo se caracteriza por tres vallas consecutivas, los dos exteriores de 6 metros de altura y la interior de 3 metros de altura. Un sistema de cámaras de vigilancia por infrarrojos y sensores de movimiento fueron instalados. Los demandantes y otros inmigrantes treparon por la primera valla por la mañana. Dicen haber sido atacados mediante lanzamiento de piedras por parte de las Autoridades marroquíes. El primer demandante consiguió encaramarse a lo alto de la tercera valla y permaneció allí hasta por la tarde sin recibir ninguna asistencia médica o jurídica. El

El Tribunal considero que existió violación al artículo 4 del Protocolo número 4 de CEDH y el artículo 13 del dicho Convenio, al realizar la expulsión colectiva de un grupo de personas extranjeras en la frontera de Melilla en el año 2014, al no permitirles una individualización de sus situaciones particulares y por consiguiente el derecho a un recurso efectivo contra dicha situación.

El artículo 4 del Protocolo número 4 del CEDH establece que “quedan prohibidas la expulsiones colectivas de extranjeros”¹⁰, mientras que el artículo 13 del CEDH dispone que “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidas en el presente Convenio hayan sido violadas tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante un instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”¹¹.

Estos dos artículos, así como también las circunstancias en que se desarrollaron los hechos y los informes aportados por las diferentes organizaciones internacionales, fueron analizados en conjunto por el TEDH a fin de llegar a una resolución.

Entre los documentos de análisis en el presente caso se utilizó una nota de prensa publicada el 16 de enero de 2015 tras la visita del Comisario DDHH a España (del 13 al 16 de enero de 2015) en la cual hace referencia que los Estados no deberían jamás derogar las garantías fundamentales en materia de derechos humanos, cualesquiera que sean las dificultades que la gestión de los flujos migratorios pueda plantear en ciertos contextos, y bajo esta orbita plantea:

Las migraciones son indiscutiblemente una cuestión compleja, que requieren una respuesta europea conjunta, pero esto no exonera a los Estados

segundo demandante dice haber sido alcanzado por una piedra cuando trepaba la primera valla y haber caído, pero consiguió después superar las dos primeras vallas. Entretanto, los demandantes habrían sido testigos de actos violentos cometidos por los agentes de la Guardia Civil española y por las fuerzas del orden marroquíes hacía inmigrantes subsaharianos. Hacía las 15 y las 14 horas, respectivamente, bajaron de la tercera valla con la ayuda de las fuerzas de seguridad españolas. En cuanto pusieron los pies en el suelo fueron detenidos por miembros de la Guardias Civil, quienes les esposaron y devolvieron a Marruecos. En ningún momento fueron objeto de procedimiento de identificación alguno. No tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos”. TEDH, N. D. y N. T. contra España, cit., p. 12

¹⁰ *Protocolo número 4 al Convenio para la Protección a los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.*

¹¹ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, adoptado por el Convenio de Europa el 4 de Noviembre de 1950, entrada en vigor 1953. Accesible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

de sus obligaciones. España tiene ciertamente el derecho a establecer sus propias políticas inmigratorias y de control fronterizo, pero también debe respetar sus obligaciones en materia de derechos humanos, y en concreto aquellas que le conciernen con arreglo al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Convenio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.

Por otra parte, en su informe anual de actividades del año 2015 del Comisionado Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, el cual surge a partir de la visita del Comisionado a Melilla, se destaca:

Los retornos se realizan al margen de cualquier procedimiento legal y sin identificar a las personas afectadas ni evaluar sus circunstancias individuales, lo que impide a los inmigrantes ejercer su derecho a solicitar una protección internacional en España. Añade, que los inmigrantes devueltos de esa forma desde Melilla se ven impedidos de impugnar su rechazo o solicitar la reparación por los malos tratos que pudieron haber sufrido durante las operaciones de rechazo¹².

En muchas oportunidades, las expulsiones colectivas que se dan en frontera traen aparejada la devolución de las personas migrantes a un Estado del que no son nacionales, en clara violación al principio de no devolución, consagrado por el Derecho Internacional. Se observa con frecuencia que las prácticas que realizan particularmente los Estados europeos de recepción de personas migrantes, están dirigidas a la devolución inmediata de extranjeros a los países de tránsito, sin evaluar ciertas dimensiones que tienen importancia relevante en la protección de los derechos fundamentales de las personas migrantes, a saber:

- I. Si ese Estado que recibe a la persona expulsada lo reenviara a su país de origen.
- II. Si en dicho Estado se observaran las circunstancias personales que motivo la migración de dichas personas.
- III. Si ese Estado de tránsito, al que la persona migrante fue devuelto es un lugar donde podría sufrir tratos crueles, inhumanos, o degradantes.

¹² TEDH, sentencia, 12 de Septiembre de 2017, N.D. y N.T. contra España, Demandas nº 8675/15 y 8697/15, par. 41.

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (ACNUDH), como parte interviniente en el caso analizado, alude:

Que la prohibición de las expulsiones colectivas es una norma de derecho general internacional, inherente al derecho a un proceso equitativo, y que esta norma implica el derecho al examen individualizado por medio de un procedimiento que ofrezca garantías suficientes de la consideración real y diferenciada de las circunstancias individuales de las personas afectadas¹³.

A su vez, en el informe del Comité para la prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa (CPT) de 2015, realizado a partir de la visita de una delegación del mencionado comité a la frontera con Marruecos, específicamente en el enclave de Melilla, y el cual es materia de análisis en el caso presentado, se evidencia lo siguiente:

En lo referente al acceso a territorio español a través del dispositivo fronterizo, la delegación ha recibido denuncias coincidentes, confirmadas por imágenes de video, según las cuales los inmigrantes irregulares fueron detectados en el interior del dispositivo fronterizo o más allá del mismo por miembros de la Guardia Civil, y fueron seguidamente devueltos a la fuerza a Marruecos –a veces tras ser esposados- sin haber sido identificados. Varios ciudadanos extranjeros indicaron igualmente a la delegación haber sido detenidos por la Guardia Civil varios centenares de metros más allá de la frontera. En efecto, parece ser que el deber de la Guardia Civil incluye detener a los inmigrantes irregulares de camino al CETI de Melilla y devolverlos a Marruecos. Además, los ciudadanos extranjeros eran supuestamente devueltos a Marruecos pese a estar heridos o con serias dificultades para caminar.

Por otra parte, El CPT realiza las siguientes recomendaciones:

Recomienda que se den instrucciones claras a las fuerzas de seguridad españolas para que respeten plenamente el principio de no rechazo. Los inmigrantes que entran irregularmente en territorio español no deberían ser devueltos a la fuerza a Marruecos sin que se proceda previamente a una evaluación de aquellas personas que necesitan protección, que se analicen sus

¹³ TEDH, sentencia, 12 de Septiembre de 2017, N.D. y N.T. contra España, Demandas nº 8675/15 y 8697/15, par. 90,

necesidades y que se adopten las medidas necesarias. Además, recomienda que se adopten medidas para asegurar que la legislación nacional sigue siendo conforme con el principio de no rechazo¹⁴.

En cuanto a la postura del demandado, en este caso el Gobierno de España en el caso N.D. y N.T. c/ España, es clara, está direccionada a mantener una justificación de su accionar amparado en las facultades soberanas de cada Estado para legislar y actuar respecto al flujo migratorio. Sin embargo, El Comisario de DD.HH. en el informe presentado, sostiene con argumentos sólidos que ninguna política migratoria, sin importar el contexto coyuntural, puede vulnerar las garantías y derechos fundamentales necesarios en una sociedad democrática¹⁵.

El TEDH reafirma este sentido y considera que no es posible alegar la potestad soberana de los Estados en materia de políticas de inmigración para regular prácticas de control migratorio contrarias con El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos.

En su Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, la Oficina del Alto Comisionado

¹⁴ “Artículo 33. Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”) 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner de modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causas de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”. *Convenio sobre el estatuto de los Refugiados*, adoptada por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), el 28 de julio de 1951 en Ginebra, Suiza, disponible en <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>. Si bien el principio de no devolución este enunciado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, hoy en día es una garantía de derechos humanos que ha trascendido la esfera del derecho internacional de los refugiados. Este principio está recogido en el artículo 22.8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Accesible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cat.aspx>.

¹⁵ “Las migraciones son indiscutiblemente una cuestión compleja, que requiere una respuesta europea conjunta, pero esto no exonera a los Estados de sus obligaciones. España tiene ciertamente el derecho a establecer sus propias políticas inmigratorias y de control fronterizo, pero también debe respetar sus obligaciones en materia de derechos humanos y en concreto aquellas que conciernen con arreglo al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Convenio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados”. TEDH, N.D. y N.T. contra España, cit., par. 42

de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) aborda el tema de la aplicación extraterritorial del principio de no devolución y establece que un análisis contextual del artículo 33 de la Convención de 1951, respalda la opinión de que el alcance *ratione loci* de la disposición de no devolución del artículo 33 (1) no está limitado al territorio de un Estado. Se ha adelantado la opinión de que el artículo 33 (2) de la Convención de 1951 –que permite excepciones al principio de no devolución únicamente con respecto a un refugiado que constituya un peligro para la seguridad o la comunidad del país en donde se encuentra– implica que el alcance del artículo 33 (1) también está limitado a las personas que se encuentran en el territorio del país de acogida. Sin embargo, en opinión del ACNUR esta perspectiva está en contradicción con la redacción clara del artículo 33 (1) y el 33 (2), respectivamente.

El sentido corriente de “devolver” incluye “regresar” o “volver, enviar al lugar de donde se partió”. La traducción de “*refouler*” al castellano incluye palabras como ‘rechazar’, ‘repeler’, ‘hacer regresar’. Es difícil concebir que esas palabras estén limitadas a los refugiados que ya han entrado al territorio de un Estado Contratante. El sentido corriente de los términos “devolver” y “*refouler*” no admite una interpretación que restringiera su alcance dentro del territorio del Estado en cuestión, ni hay indicios de que estos términos fueran entendidos por los redactores de la Convención de 1951 como limitados en esta forma¹⁶.

Respecto a este tema el TEDH ya ha sentado precedente en el caso *Hirsi Jamaa c/ Italia*¹⁷, al sostener que desde el momento en que hay control sobre los demás, se trata en los casos de un control *de jure* ejercido por el Estado en cuestión sobre los individuos afectados. Este control al que hace referencia la sentencia contra Italia es aquel que se ejerce tanto en el interior del territorio del Estado como en sus fronteras terrestres.

¹⁶ Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf?vie>.

¹⁷ Los recurrentes, once ciudadanos somalíes y trece eritreos, formaban parte de un grupo de doscientas personas que, el 6 de mayo de 2009, habiéndose embarcado en Libia, con destino a las costas italianas, fueron interceptadas por la Guardia de Finanza y los guardacostas italianos a unas 35 millas náuticas al sur de la isla de militares italianos y entregados por la fuerza a las autoridades libias. Los recurrentes adujeron que durante la travesía, las autoridades italianas no les informaron que los reconducían a Libia ni procedieron a identificarlos, y, además, que les confiscaron sus afectos y documentos personales. *Hirsi Jamaa and others v. Italy*. 23/02/2012.

De esta forma, el TEDH ha extendido la noción de jurisdicción más allá de lo meramente territorial y ello conlleva un impacto en las obligaciones de los Estados hacia las personas y en la forma de concebir su organización política. Queda claro entonces que el requisito territorial de la jurisdicción admite excepciones cuando el Estado ejerce control y autoridad sobre una persona aun fuera de sus límites territoriales.

Algunas conclusiones que se pueden desplegar de esta primera sentencia son, en primer lugar, la potestad de los Estados para regular la migración en muchas ocasiones se torna arbitraria y desproporcional, sobrados son los plexos probatorios emanados de diferentes organismos internacionales que dan cuenta de un comportamiento violatorio de todas las garantías reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sobre todo de los derechos de las personas migrantes. Por otra parte, el caso de España, amerita un análisis más profundo e individualizado, ya que en primer lugar, por su ubicación geográfica es la puerta de ingreso de muchos migrantes provenientes de diferentes lugares de África o Medio Oriente, quienes se encuentran en un estado de vulnerabilidad por su condición de migrantes pero que se ve aún más incrementado por las políticas represivas y violentas de las autoridades españolas que desde el año 2015, con la adopción de la L.O. 4/2015, ha reglamentado el régimen de rechazos en frontera de los inmigrantes que llegan a Ceuta y Melilla.

En Febrero de 2020, la Gran Sala del TEDH se pronunció nuevamente sobre el caso y en un giro, que a mi entender, atenta contra los derechos fundamentales de las personas migrantes y retrocede en materia de Derechos Humanos y Protección Internacional, desestimo la demanda de N.D. y N.T. c/ España en un marcado cambio de criterio respecto de la primer sentencia de Octubre de 2017. Este cambio de criterio puede marcar un retroceso en la lucha por la defensa de los derechos y garantías de los Derechos Humanos en los procesos de control de fronteras.

De todas formas, es un error pensar que este cambio de criterio legitime el rechazo en frontera o las “devoluciones en caliente”. Haciendo un análisis de esta segunda sentencia debemos decir que la misma tiene elementos

doctrinarios importantes, que marcan la diferencia entre un cambio de paradigma y la reglamentación o legitimación de este tipo de prácticas, a saber: la sentencia reconoce que los demandantes habían ingresado al territorio español y que estaban bajo jurisdicción española por lo que se debía aplicar el ordenamiento jurídico español y el de la Unión Europea. Así, con carácter general, las autoridades españolas no pueden pretender que quienes han saltado la valla sin pasar la línea de contención de las fuerzas no hayan entrado a España. Y no puede existir una norma que regule el rechazo en frontera sobre esa presuposición. En segundo lugar, El TEDH reconoce que todo procedimiento de expulsión, devolución, inadmisión de entrada o rechazo, debe respetar ciertas garantías mínimas: Identificar a la persona, conocer sus circunstancias personales, darles la posibilidad de solicitar protección y recurrir las decisiones que ordene su expulsión. Cuando se produce una expulsión colectiva o en grupo (como ya hemos mencionado no existe un número mínimo) es una violación al ordenamiento normativo europeo de DD.HH.

El aspecto más preocupante de este nuevo fallo es la postura que tomó el TEDH al desestimar la alegación de que se haya producido una expulsión colectiva por cuanto los demandantes no probaron la imposibilidad de acceder a la Oficina de Asilo y Refugio del puesto fronterizo de Beni Enzar, ni de solicitar asilo en la Embajada de España o en alguno de sus consulados. Pero este argumento no es del todo cierto y carece completamente del conocimiento de las situaciones que viven las personas migrantes en las diferentes fronteras europeas, en primer lugar porque las personas subsaharianas nunca han podido pasar los puertos de control fronterizo marroquíes para llegar a las Oficinas de Asilo y Refugio, y por otro lado no existen registros fehacientes de que este habilitada la posibilidad de solicitar Protección Internacional en la Embajada y/o consulados de España. La falta de una reglamentación que desarrolle la ley de asilo del 2009 vacía de contenido la previsión legal.

La Gran Sala, si bien desestima por unanimidad la objeción preliminar del Gobierno Español respecto a la ausencia de condición de víctima, examinanda por el TEDH desde el punto de vista de la determinación de los hechos y a su vez desestima también, por unanimidad, la excepción de competencia alegada

por el Gobierno, concederá en su resolución final que no ha habido vulneración del artículo 4 del Protocolo número 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como tampoco violación al artículo 13 de mismo Convenio¹⁸.

Con esta nueva sentencia, el TEDH si deja en claro que España estaba ejerciendo jurisdicción, no pudiéndose alegar una excepción de la misma aplicable en ciertas partes del territorio en las que pudiese excluirse la aplicación del CEDH¹⁹.

En cuanto a las expulsiones colectivas, la Gran Sala interpreta el término de “expulsión” de manera amplia independientemente de la situación de legalidad de la persona implicada²⁰. En cuanto a la colectividad de la expulsión, es importante destacar que la sentencia del Tribunal en línea, con su jurisprudencia, ha establecido que no es relevante el número de personas expulsadas sino el hecho de que no se haya podido acceder a una individualización de cada caso particular, salvo que ello sea atribuible a su conducta²¹.

En este caso, el TEDH consideró que los demandantes se opusieron y se colocaron ellos mismos en una conducta de ilegalidad al no utilizar las vías de acceso establecidas por ley. Lo que deja entrever que el Tribunal está dando una nueva interpretación al concepto de “conducta del interesado”²², esto resulta tener una gravedad importante, ya que todas las personas cuentan con ciertas garantías y Derechos Humanos básicos, vulnerar o limitar estos derechos fundamentales basándose en la conducta de las personas es contrario a cualquier Estado de Derecho.

El Tribunal apoya esta interpretación en su jurisprudencia establecidas por los casos *Khlaifa y otros contra Italia*²³, *Hirsi Jamaa y otros contra Italia*²⁴, *M.A. contra Chipre*²⁵, *Berisha y Haljiti contra la Ex República Yugoslava de*

¹⁸ TEDH, sentencia de La Gran Sala 2020, N.D. y N.T. contra España.

¹⁹ TEDH, sentencia de La Gran Sala 2020, N.D. y N.T. contra España, pár. 105-111.

²⁰ TEDH, sentencia de La Gran Sala 2020, N.D. y N.T. contra España, pár. 185.

²¹ TEDH, sentencia de La Gran Sala, 2020 N.D. y N.T. contra España, pár. 200.

²² TEDH, sentencia de La Gran Sala, 2020 N.D. y N.T. contra España, pár. 231.

²³ TEDH, sentencia 15 de Diciembre de 2016, Khalifa y otros contra Italia. Demanda n° 16483/12.

²⁴ TEDH, sentencia 23 de Febrero de 2012, Hirsi Jamaa y otros contra Italia. Demanda n° 27765/09.

²⁵ TEDH, sentencia 23 de Julio de 2013, M.A. contra Chipre. Demanda n° 41872/10, pár. 245.

*Macedonia*²⁶, y *Dirtsas contra Italia*²⁷. En estas sentencias ya se había establecido “que no hay violación del artículo 4 del Protocolo número 4 si la falta de una decisión de expulsión individualizada puede atribuirse a la conducta del solicitante”.

En cuanto a las “vías legales”, el TEDH combina la argumentación de la “conducta del interesado” con el uso de la fuerza y el número elevado de personas que intentan acceder, y con la opción de realizar un ingreso de manera regular. Es así como el Tribunal sentencia que los demandantes no fueron capaces de argumentar porque no habían intentado acceder a España por vías legales, es decir, solicitado un visado en su país de origen, en los países de tránsito, o incluso en Marruecos, o pidiendo asilo en los consulados o embajadas. Está claro y demostrado que estas opciones en la práctica no son efectivas ni realistas. La posibilidad de que se conceda asilo en una embajada o consulados son mínimas, o nulas, el artículo 38 de la Ley de Asilo que regula esta opción, no está activo en la actualidad. Por otra parte según los datos del Ministerio de Interior de España, durante el año 2018, solo 0,6% de las solicitudes de asilo fueron presentadas en representaciones diplomáticas españolas y únicamente en la modalidad de extensión familiar o reunificación familiar.

En los consulados de Marruecos tampoco existe esa posibilidad, y por otro lado hay que sumarle la problemáticas de las personas subsaharianas en dicho país que son perseguidas y discriminadas por parte de las autoridades alauíes. La situación de violencia indiscriminada que sufren las personas subsaharianas en Marruecos es de notorio conocimiento y ha quedado documentada en más de una oportunidad por las diferentes ONG'S que tienen actividad en la zona y por declaraciones de terceros. Tanto España como La Unión Europea llevan colaborando con Marruecos desde hace más de una década en materia migratoria y el país africano se ha convertido en un socio clave en cuestiones de control y externalización de fronteras.

²⁶ TEDH, sentencia 16 de Junio de 2005, *Berisha y Haljiti contra la Ex República Yugoslava de Macedonia*. Demanda n°18670/03, pág. 2.

²⁷ TEDH, sentencia 1 de Febrero del 2011, *Dirtsas contra Italia*. Demanda n° 2344/02.

Podemos llegar a la conclusión de que es preocupante y contrario al Principio de No Devolución y al Derecho de Asilo, el hecho de que la sentencia este estableciendo que se permita expulsar de manera sumaria a aquellas personas como consecuencia de “su propia conducta” y que no utilicen los procedimientos oficiales de entrada, quedando por lo tanto por fuera de la protección y el Amparo que ofrece el CEDH.

El CEDH es una garantía “de mínimos”, y en base a su artículo 53, ninguna de sus disposiciones se puede interpretar limitando o perjudicando aquellos Derechos Humanos y libertades fundamentales reconocidas en la legislación de los Estados Partes o en cualquier otro convenio.

Algunas reflexiones finales:

- Por ser violatoria de Derechos Humanos e institucionales, sería necesario derogar la disposición decima de la Ley de Extranjería²⁸ que regula el “rechazo en frontera” y poner fin a las prácticas de devoluciones ilegales y contrarias a numerosos Tratados Internacionales ratificados por España y muchos países de La Unión Europea como La Convención de Ginebra de 1951, La Convención Contra la Tortura, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁹, La Carta de Derechos Fundamentales de La UE y la propia Convención Europea de Derechos Humanos.
- Toda práctica que no garantice la individualización de cada persona y su derecho a ser escuchado, así como su derecho a la asistencia letrada, un intérprete, y al control judicial efectivo, es ilegal y contrario a la protección internacional.
- Poner la responsabilidad sobre los migrantes, sin entender su situación de vulnerabilidad, es criminalizar a un sector desprotegido y legitimar prácticas violentas y contrarias a los derechos humanos.

²⁸ “Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal a España”... “Las solicitudes de protección internacional se formalizaran en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitaran conforme lo establecido en la normativa en materia de protección internacional”.

²⁹ Accesible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

- Facilitar la posibilidad de solicitar el traslado a territorio español en consulados y embajadas españolas, esto sería una medida positiva que podría contribuir a evitar situaciones de riesgos en las fronteras y desprotección a las que se ven sometidas muchas personas tratando de acceder a territorios seguros. También ayudaría a la implementación del Pacto Mundial de Refugiados³⁰ que incluye como uno de sus objetivos el reparto de responsabilidades de tal manera que se alivie la presión que sufren en materia de acogida los países limítrofes a los conflictos.
- Establecer otras vías complementarias a acceso a territorio sería de gran utilidad, como por ejemplo:
 - Facilitar la concesión de visados humanitarios.
 - Reforzar la vida de reasentamiento.
 - Flexibilización de reagrupación familiar³¹.
 - Una mayor y mejor integración intrarregional y regional.

El cumplimiento de estas vías alternativas estaría contribuyendo con el Pacto Global de Refugiados y con el Pacto sobre Migración, un acuerdo histórico donde se sientan las bases para una migración segura, ordenada y regular.

VI. El principio de no devolución en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en numerosas oportunidades en relación del alcance y aplicación del principio de no devolución como una herramienta de protección de las personas migrantes.

En el caso "*Familia Pacheco Tineo v. Bolivia*", La Corte entendió que en el Sistema Interamericano el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance, y en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación de Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional

³⁰ *Pacto Mundial sobre los Refugiados*. Aprobado por La Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2018.

³¹ Informe Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CAER), Análisis de la Sentencia N.D. y N.T. contra España. 2020.

de los DD.HH.³². 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. Este principio también constituye una forma consuetudinaria de Derecho Internacional y se ve reforzado en el Sistema Interamericano con el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo³³.

De esta forma las personas en dicha situación están protegidas contra las devoluciones, como modalidad específica de Asilo bajo el Art. 22.8 de La Convención, 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 y su Protocolo de 1967, en cuyo artículo 33.1 establece que: “Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner de modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o libertad peligre por causas de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o a sus opiniones políticas”³⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dice que las personas no podrán 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 que la persona que solicita asilo se encuentra legitimada para acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país de donde se lo estaría expulsando. Por otro lado, establece la Corte que 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

³² Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, pár. 151.

³³ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, pár. 151.

³⁴ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, pár. 152.

puedan ser retornado al país donde sufren dichos riesgos (devolución indirecta)³⁵.

El principio de no devolución, piedra angular de la protección Internacional, está consagrado en el artículo 13, párrafo 4to, de La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³⁶, dicho artículo fue analizado conjuntamente con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los derechos consagrado en sus artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad personal), así como también en relación con el Artículo 1.1 de dicha Convención por la Corte para determinar el alcance de las obligaciones del Estado frente a una solicitud de extradición en el caso Wong Ho Wing contra Perú. De las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre³⁷.

Haciendo énfasis en el derecho a la integridad personal, la Corte había hecho mención anteriormente que del artículo quinto de la Convención Americana, analizado en conjunto con las obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección de los Derechos Humanos, se desprende el deber de los Estados de no deportar, devolver, expulsar, extraditar o remover a una persona que este sujetos 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 torturas, o tratos crueles, inhumanos o degradantes³⁸.

La Corte es clara cuando nos dice que el Principio de No Devolución tal como se encuentra regulado en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura está asociado a la protección del derecho a la vida y de

³⁵ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, pár. 153.

³⁶ “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”. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 13, pár.4.

³⁷ Corte IDH, caso Wong Ho Wing v. Perú, (Fondo) Sentencia 30/07/2015, pár. 125.

³⁸ Corte IDH, caso Wong Ho Wing v. Perú, (Fondo) Sentencia 30/07/2015, pár. 125.

determinada garantías judiciales, de modo tal que no se limita únicamente a la protección contra la tortura. Es imperativo, dice la Corte, que los Estados tomen medidas positivas al respecto y en situaciones en las cuales la persona se encuentre frente a un riesgo de tortura el principio de no devolución es absoluto³⁹.

Cuando se dé la circunstancias en que alguna persona alegue ante un Estado un riesgo real en caso de devolución, las autoridades competentes de dicho Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona, realizar una evaluación previa e individualizar sus circunstancias personales, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que asistan en contra de la devolución, a efecto de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión⁴⁰.

En el ordenamiento jurídico del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos el principio de no devolución se encuentra de manera implícita tanto en La Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 22.6, 22.8 y 22.9, como así también en el Convenio Internacional para Prevenir y Sancionar la Tortura, como vimos anteriormente en su artículo 13.

La Convención establece en su artículo 22:

(6) *“El extranjero que se halle legalmente en territorio de un Estado Parte de la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una disposición adoptada conforme ley”.*

(8) *“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”.*

(9) *“Está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.*

Por su parte, el Artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 nos habla exclusivamente de la prohibición de expulsión y de devolución (*“refoulement”*) y su alcance:

“1. Ningún Estado Contratante podrá por expulsión o devolución poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su

³⁹ Corte IDH, caso Wong Ho Wing v. Perú, (Fondo) Sentencia 30/07/2015, pág. 128.

⁴⁰ Corte IDH, caso Wong Ho Wing v. Perú, (Fondo) Sentencia 30/07/2015, pág. 130.

libertad peligren por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas como peligro para la seguridad del país donde se encuentre o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad de tal país⁴¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo referencia a la Declaración del 2001 de los Estados Partes de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, ha establecido que el principio de no devolución constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional.

En la Opinión Consultiva 21/14 sobre “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional” (OC 21/14), La Corte planteó que solo es posible asegurar la Protección Internacional admitiendo a un potencial solicitante del estatuto de refugiado en un país seguro, garantizándole el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución.

Así, el Tribunal Interamericano ha llegado a la conclusión de que los refugiados son protegidos contra la devolución tanto como un componente del propio derecho a buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana⁴² y a partir del artículo 22.8 como extranjero al no poder ser expulsado o devuelto a otro país.

La Corte Interamericana ha considerado inclusive que el estatuto de refugiado protege a la persona más allá de sus fronteras, de modo que otros Estados en los que ingrese deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio a su respecto, y por ende, garantizar un deber de precaución especial en la certificación de tal condición y en las medidas que puedan adoptar.

⁴¹ *Convención sobre Estatuto de los Refugiados*, suscrita en Ginebra, Suiza el 28/07/1951.

⁴² *Convención Americana de Derechos Humanos*.

El derecho a la no devolución implica que ni los refugiados ni aquellas personas solicitantes del reconocimiento de dicho estatuto pueden ser rechazados en frontera o expulsados sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones, como lo ha determinado El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), las personas nunca deben ser devueltas o expulsadas estando aún pendiente la determinación final de su estatuto (efecto suspensivo).

La Corte se expresó al respecto y estableció:

“Dado el carácter declarativo de la determinación de la condición de refugiado, la protección brindada por el principio de no devolución aplica a todos los refugiados hayan o no sido reconocidos aun como tales por las autoridades con base en los requerimientos de la definición del artículo 1 de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 o a la legislación nacional. Es decir, que el mismo se encuentra destinado también a solicitantes de asilo, cuya condición todavía no ha sido determinada y a los refugiados que no han sido aún reconocidos oficialmente como tales”.

VII. Formas complementarias de protección y la no devolución de personas extranjeras en general.

El término “protección complementaria” ha emergido en la última década como resultado de la necesidad de atender la situación de aquellas personas que no pueden ser consideradas como refugiados, pero que si presentan la necesidad de algún tipo de Protección Internacional.

La Corte Interamericana ha definido a la “protección complementaria” como toda protección que la entidad autorizada en el país de acogida otorga al extranjero que no tiene regularidad migratoria y que no califica como refugiado bajo la definición tradicional o la amplia, consiste principalmente en no devolverlo al territorio de otro país donde su vida, libertad, seguridad e integridad se vieran amenazadas.

La Opinión Consultiva 21/14 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice expresamente que “...la prohibición de devolución establecido en

el artículo 22.8 de la Convención ofrece una protección complementaria para extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados en casos en que sus derechos a la vida o libertad se encuentran amenazados por los motivos enlistados”.

De esta forma, podemos considerar a la protección complementaria como un mecanismo con el cual el Estado reconoce la situación de la persona, identifica su riesgo y tiene conocimiento de sus necesidades.

Esta protección se encuentra también especificada en legislaciones internas de diferentes Estados, como son el caso de México y Nicaragua.

VIII. No devolución y debido proceso.

Otro punto importante a tener en cuenta es el debido proceso en todas las medidas migratorias que se tomen en relación a la permanencia de una persona migrante en un Estado. La Corte Interamericana ha considerado en sus procedimientos que la flagrante violación a las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos de expulsión, deportación o en procedimientos para determinar el estatuto de refugiado puede acarrear, a su vez, la violación del principio de no devolución.

En este sentido, según el Tribunal: *“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, dándole la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en contra de la devolución y realizar una evaluación previa o preliminar a efectos de determinar si existe o no ese riesgo y de constatarse, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo, en el caso de niños y niñas se impone también determinar su interés superior en los términos previamente expuestos”.*

En el informe *Refugiados y Migrantes en EE.UU.: Familia y Niñez No Acompañada*, La Comisión Interamericana planteo la exigencia de que Los Estados no devuelvan a personas en riesgo de persecución al país en el cual pueden ser perseguidos y garantizar que las políticas estatales ofrezcan mecanismos suficientes para identificar este tipo de reclamos y hacer las

determinaciones administrativas y judiciales pertinentes con las correspondientes garantías de debido proceso.

Todo procedimiento judicial o administrativo que pueda afectar los derechos de una persona debe seguir un camino conforme las garantías del debido proceso, de esta forma se le brinda a la persona afectada la posibilidad de defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del Estado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 8, consagra los lineamientos generales del debido proceso legal al reconocer a toda persona el derecho: a) 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; b) a que se presuma su inocencia; c) de ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete; d) a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada; e) a la concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; f) de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; g) de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; h) 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; i) de no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y j) de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior⁴³.

Tanto la Corte Interamericana de Derecho Humanos, como la Comisión, han sido enfáticas al señalar que las garantías antes mencionadas son aplicables a toda situación en la que se determinen los derechos de las personas, entre las cuales se encuentran las migrantes, independientemente de su situación migratoria y estatus.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó, organizó, sistematizó y enumeró todas las garantías procesales, las cuales fueron plasmadas en su informe sobre los estándares interamericanos en el caso de

⁴³ Artículo 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1969.

movilidad humana, aprobado en 2015⁴⁴. Allí quedó establecido que todos los procesos migratorios deben contar con las siguientes garantías procesales mínimas:

1. Derecho a recibir una comunicación previa y detallada del procedimiento para la determinación de su situación jurídica y, en caso de que la persona sea detenida o retenida, a ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora del cargo o cargos formulados en su contra. La CIDH ha entendido que el hecho de que un migrante no sea notificado acerca de la existencia de un procedimiento administrativo en su contra, podría conllevar la violación de las garantías del debido proceso.
2. En caso de ser retenida, la persona tiene derecho a ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad. Al respecto, la CIDH considero que “debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que este proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de la liberta”⁴⁵.
3. Derecho a ser oído sin demora, a contar con un tiempo razonable y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a reunirse libremente y en forma privada con su defensor. La CIDH entiende que el derecho de argumentar en contra de una orden de deportación, es incluso anterior al derecho a la revisión del caso, por ello, la persona debe contar con la oportunidad de reunir evidencia u otros materiales para fundar su caso ante la autoridad que lo ha privado de su libertad, o al inicio del procedimiento.
4. Derecho a que los procedimientos migratorios sean llevados por una autoridad competente en la materia, independiente e imparcial. Las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios policiales o administrativos no especializados; su nombramiento y

⁴⁴ CIDH. *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, párr. 307 y308.

⁴⁵ Corte IDH. Caso Vélez Llor v. Panamá, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 23 de Octubre del 2010, párr. 109.

ubicación en la estructura administrativa del Estado deben estar rodeados de garantías de imparcialidad y ser inmunes a posibles presiones e influencias, y su actuación debe ajustarse de manera estricta a la ley. La Corte determinó que “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccionales, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”.

5. Derecho a un traductor y/o intérprete libre de cargos. Deben ofrecerse servicios de traducción e interpretación en el idioma que la persona entienda.
6. Derecho a representación letrada o legal. Debe garantizarse al migrante inmerso en un proceso migratorio, la posibilidad de ser representado por abogados de su elección o tener a su disposición alguna forma de asesoría especializada sobre los derechos que asisten al migrante. La Corte ha señalado que el derecho a las garantías y a la protección judicial, se vulnera por la negativa a la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de los migrantes, lo cual impide que hagan valer sus derechos en juicio.
7. Derecho a que la decisión que se adopte sea debidamente motivada. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra [...] 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”. Para eso deben demostrar que “han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado”⁴⁶.
8. Derecho a ser notificado de la decisión que se adopte en el marco del procedimiento. La falta de notificación es en sí misma violatoria del

⁴⁶ Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela (Fondo, Reparaciones, Costas), sentencia del 01/09/2011. Serie C N° 233, párr. 141.

artículo 8 de la Convención América sobre Derechos Humanos, ya que coloca a la persona en un estado de incertidumbre respecto de su situación jurídica y torna impracticable el ejercicio del derecho a recurrir el fallo sancionatorio.

9. Derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos. La revisión por parte de un juez o un tribunal es un requisito fundamental para garantizar un adecuado control y escrutinio de los actos de la administración que afectan los derechos fundamentales. Sin embargo, a efectos de la eficacia del derecho a recurrir y la correspondiente protección judicial, es necesario que el recurso judicial mediante el cual se impugna una decisión en materia migratoria tenga efectos suspensivos. Solo de esa forma se puede proteger de manera efectiva los derechos de las personas migrantes.
10. Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular. Las personas extranjeras tienen derecho, en las causas penales, y administrativas a comunicarse sin dilación alguna con su representante consular conforme lo establecido con el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. De acuerdo con la interpretación de la Corte, la notificación consular debe darse en el momento en que el migrante es privado de su libertad, y en todo caso, antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad competente⁴⁷.

IX. Respecto a las expulsiones colectivas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Respecto de las expulsiones colectivas de personas extranjeras, la Corte Interamericana ha tenido una postura alineada con el Sistema Europeo, al considerar 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.

⁴⁷ Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, OC-16/99 del 1/10/1999. Serie A, N° 16, párr. 106.

La Corte ha aclarado que el solo número de extranjeros objeto de decisiones de expulsión no es el criterio fundamental para la caracterización de una expulsión colectiva, sino más bien que el proceso que resulta de la expulsión o deportación de un extranjero tenga un carácter individual con el fin de evaluar circunstancias personales de cada sujeto, a fin de cumplir con la prohibición de expulsión colectiva.

Por otra parte, la Corte señala, haciendo eco de lo manifestado por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos que: “El procedimiento de expulsión de un grupo de no ciudadanos debe apoyarse en suficientes garantías que demuestren que las circunstancias personales de cada uno de esos no ciudadanos afectados han sido genuinas e individualmente tenidas en cuenta”.

La Comisión Interamericana se ha referido también al tema, y ha manifestado que la política de inmigración debe otorgar a los extranjeros legales el derecho jurídico a no ser deportados sin una decisión firme respaldada por ley y en consecuencia debe prohibir la expulsión colectiva de extranjeros, independientemente de su estatuto jurídico. Ha señalado asimismo que los Estados deben tomar acciones necesarias a efectos de cesar las expulsiones masivas de extranjeros y en caso de procederse a la deportación de personas que se encontrasen en el territorio, garantizar plenamente los requisitos del debido proceso.

X. Excepciones al principio de no devolución.

Las excepciones al principio de no devolución de conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza en 1951, se permite solo en circunstancias que expresamente prevé el artículo 33 (2) de dicho Convenio, el cual estipula:

“Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una

condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

Las disposiciones del artículo 33 inciso 2 no afectan las obligaciones de no devolución del país de acogida en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que no permiten excepción. Así, al país de acogida se le prohíbe expulsar a un refugiado si como resultado de esto se lo expusiera, por ejemplo, a un peligro importante de tortura. Esta afirmación del ACNUR pone de relieve la naturaleza de dicho principio ya que más allá del artículo 33 (1) y (2) de la Convención de 1951, las obligaciones de no devolución derivan también del artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, así como del Derecho Internacional general.

Esto fue declarado así por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Saadi c/Italia”. El solicitante, un nacional tunecino condenado por rebeldía en Túnez a 20 años de prisión por pertenencia a una organización terrorista. El solicitante también había sido condenado por conspiración en Italia, por asociación con malhechores. El TEDH considero que las posibilidades de que el solicitante pudiera suponer una amenaza grave para la sociedad no reducía, en ningún caso, el riesgo de que pudiera sufrir daños en caso de expulsión. Por otra parte, en informes fiables sobre derechos humanos se registraban condiciones desfavorables y malos tratos a los presos en Túnez y en particular a los condenados por delitos de terrorismo. Las garantías diplomáticas aportadas en este asunto no negaban dicho riesgo. Por lo tanto, El TEDH considero que existían motivos serios para creer que había riesgo real de que el solicitante fuera sometido a tratos contrarios al artículo 3 del CEDH si era expulsado a Túnez⁴⁸.

En el caso de Saadi contra Italia, es menester analizar el interés del Reino Unido, el cual se remonta al revés sufrido por dicho país en el asunto *Chahal c. Reino Unido*⁴⁹, en el que el TEDH reitera el carácter absoluto del artículo 3 de la Convención de Roma. Desde dicha sentencia, emitida en 1996, el Reino Unido

⁴⁸ TEDH. Sentencia del 28-02-2018, Saadi c. Italia, 37201/06.

⁴⁹ *Vid.* Chahal v. the United Kingdom, 11 November 1996, Reports of Judgements and Decisions, 1996-V.

ha luchado por cambiar la interpretación jurisprudencial del artículo 3, introduciendo en la valoración del riesgo de tortura la seguridad nacional: en el asunto *Chahal c. Reino Unido*, dicho país ya fue condenado en aplicación del artículo 3 de la CEDH y ello puede suponer un incremento notable de las peticiones de asilo en Gran Bretaña, utilizadas de forma interesada por presuntos terroristas, según Gran Bretaña, por lo que solicita una relectura de la interpretación que el TEDH debería dar al artículo 3 de la Convención de Roma al menos en casos de terrorismo.

XI. Aplicación extraterritorial al principio de no devolución.

En cuanto a la aplicabilidad extraterritorial del principio de no devolución, es ACNUR, quien señala:

“El propósito, intención y significado del artículo 33 (1) de La Convención de 1951, son inequívocos y establecen una obligación de no devolver a un refugiado o solicitante de asilo al país donde pueda correr riesgo de persecución u otro daño grave, que aplica siempre que un Estado ejerce jurisdicción, incluyendo en las fronteras, en alta mar o en territorio de otro Estado”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo ocasión de pronunciarse al respecto de dicha cuestión, en el caso de devolución a Haití de personas interceptadas en alta mar por buques de guardacostas de Los Estados Unidos de América, la Corte Suprema de ese país determinó en esa ocasión que el artículo 33 (1) de la Convención de 1951 es aplicable únicamente a la persona que se encuentra dentro del territorio de los Estados Unidos.

Esta cuestión fue negada y condenada por la Comisión en su dictamen, estableciendo que el artículo 33 de la Convención de 1951 no reconoce limitación geográfica alguna. De esta manera se establece que el principio de no devolución tiene una aplicación extraterritorial respecto de la soberanía del Estado, independientemente del lugar donde este se encuentre ejerciendo su soberanía.

Se concluye así que los Estados están obligados a no devolver a ninguna persona sobre la que ejerzan jurisdicción al peligro de daño irreparable. Al

determinar si están en discusión las obligaciones de derechos humanos de un Estado con respecto a una determinada persona, el criterio decisivo no es si la persona se encuentra en el territorio nacional del Estado, sino, si esa persona está sujeta o no a la efectiva autoridad y control del Estado.

La Comisión Interamericana se ha pronunciado en el mismo sentido de la decisión sobre *Coard y otros c. Estados Unidos* afirmado que: “Si bien la aplicación extraterritorial de La Declaración Americana no ha sido cuestionada por las partes, La Comisión encuentra pertinente señalar que, en ciertas circunstancias, el ejercicio de su jurisdicción sobre actos ocurridos en un lugar extraterritorial no solo será congruente sino requerido por las normas pertinente”⁵⁰.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Isaa y otros c. Turquía* menciona:

“Un Estado puede ser responsabilizado por violaciones de los derechos y libertades garantizados por El Convenio, de personas que se encuentran en el territorio de otro Estado, pero bajo la autoridad y control del primer Estado y por medio de sus agentes que operen, ya sea legal o ilegalmente en ese Estado. En tales situaciones, la responsabilidad emana del hecho que el artículo 1 del Convenio no puede interpretarse de forma que permita a un Estado Parte violaciones al Convenio en el territorio de otro Estado, que no podría en su propio territorio”⁵¹.

XII. Conclusiones

El fenómeno de la migración transfronteriza se acelera y está en constante crecimiento. En los últimos años la migración ha crecido exponencialmente y la causa nunca es solo una, ya sea por la búsqueda de mejores condiciones laborales, por cuestiones climáticas, para escapar de la discriminación, la violencia o de situaciones extremas como puede ser una guerra, el fenómeno

⁵⁰ Comisión IDH. Informe N° 109/99. Caso 10.951. *Coard y Otros c. Estados Unidos*, 29 DE Septiembre de 1999.

⁵¹ TEDH. 16 de Noviembre del 2004. *Isaa y otro c. Turquía*.

migratorio nos demuestra que nadie está exento de la necesidad de cruzar las fronteras de su país de origen en búsqueda de nuevas y mejores condiciones de vida.

Por este motivo es de suma importancia familiarizarse y reconocer aquellas normativas que regulan los flujos migratorios transfronterizos, partiendo de una perspectiva de derechos humanos y haciendo hincapié en las personas que deciden migrar a otros países, y cómo sus derechos muchas veces se ven confrontados con el Derecho de los Estados Soberanos a recibirlos o a expulsarlos bajo el manto de la discrecionalidad soberana.

Entre los principios relevantes que rigen el derecho migratorio que los Estados deben respetar, se encuentra el derecho a no devolución, que prohíbe a los Estados no admitir o expulsar al extranjero en riesgo en su país natal o expulsarlo a un tercer Estado donde no se respeten las garantías del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este tiene una aplicación matizada según el carácter o categoría de quien emigra. Así, para efecto del presente trabajo, distinguimos, asilados, apátridas, y refugiados, donde el principio se aplica plenamente en este último estatus migratorio.

Respecto a las normas que rigen dicho principio, encontramos que el derecho blando o *soft law*, como la ACNUR, goza de tanto o más prestigio que el derecho positivo o *hard law*.

Como todo, en los convenios internacionales, el principio de no devolución es la piedra angular del Acuerdo de Refugiados de 1951, y su extensión del protocolo de 1967, ambos convenios son de larga data, lo que nos indica la necesidad de una revisión que se adapte al actual flujo migratorio.

Más aun, teniendo en cuenta las estadísticas proporcionadas por ACNUR del año 2019, en su informe indica que hubieron 79,5 millones de personas desplazadas en el mundo a finales del año 2019, de las cuales 26 millones son refugiados, y 45,7 millones son solicitantes de asilo. Esto no indica que aproximadamente el 1% de la población mundial es desplazada.

Por otra parte, el 80% de las personas desplazadas en el mundo se encuentra en países o territorios afectados por grave inseguridad alimentaria y malnutrición, un factor que agrava aún más esta problemática.

Los datos de acogida en los diferentes países indican que el 73% de las personas vive en países vecinos a su país de origen, y que el 68% de los desplazados proviene de solo 5 países (Siria, Venezuela, Afganistán, Sudan del Sur, y Myanmar).

Estos números se mantienen en alza, más aun con los nuevos retos que una Pandemia como la que está atravesando el mundo genera, por tal motivo es necesario, a mi entender, fortalecer y crear nuevos mecanismos de protección que sumados a los existentes permitan una rápida y eficaz integración de las personas que día a día se ven forzadas a dejar sus países por cuestiones, en la mayoría de los casos, ajenas a su voluntad, obligándolos a cruzar desiertos, mares, o ciudades en guerra con la única finalidad de tener una vida más digna.

En el presente trabajo, se trató de mostrar el vínculo entre los conceptos de asilado, refugiado y migrante, en relación con la no devolución, y el caso de la protección que se debe brindar a estas personas. Es así que debemos tener en claro que esta protección engloba cualquier riesgo a la vida, integridad y libertad de una persona, y que la misma no diferencia si la persona es documentada o no, es decir, si es regular o irregular, en el estado en que se busca esta protección.

Con todo, el principio de no devolución no es absoluto. El mismo convenio de 1951 sobre refugiados establece algunas excepciones, como por ejemplo, si la persona es un peligro para la seguridad nacional del estado o para el orden público de sus nacionales.

La responsabilidad de los Estados debe estar puesta en realizar un análisis del fenómeno migratorio de forma global, haciendo énfasis en los sectores más vulnerables por sus situaciones socio-económicas, que es una de las principales causas del éxodo migratorio, pero entendiendo que ninguna persona está exenta de verse inmersa en la necesidad de migrar de su país de origen por las razones que fueren. Es por eso que la sociedad en su conjunto también debe tener un pensamiento crítico y tomar un papel primordial y una postura receptiva y empática para con las personas migrantes, entendiendo a la migración como un derecho humano, del que todos somos adjudicatarios y del

cual todos deberíamos poder disfrutar sin discriminación, diferencia o estigmatización.

XIII. Bibliografía

ALFONSÍN, Q. *Naturaleza del derecho de asilo diplomático*. Buenos Aires: La Ley, tomo 83. Argentina.

ARENDR, H. (2006). *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Alianza.

BATUECAS, JUAN M. (2010). *La expulsión de extranjeros en la legislación Española*. Alicante: Editorial Club Universitario.

CEPAL. *Tendencias y rasgos salientes de la migración internacional en América Latina y el Caribe*. Accesible en: http://www.conapo.gob.mx/work/models/CONAPO/migracion_internacional/migint_desarrollo/02.pdf.

— (2001). “Migración internacional en América Latina y el Caribe: Nuevas tendencias, nuevos enfoques conceptuales”. Santiago de Chile.

CORELLA, A (2017). *Contra la normalización de la ilegalidad: La protección judiciales los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones en caliente*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Número 36.

DE LUCAS, J. (2002). *La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración*. Isegoría, N°22, pp. 59-84.

— (2015). *Mediterráneo: El naufragio de Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

DEL TORO HUERTA, M. I. (2006). *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, *Anuario Mexicano de Derecho*

Internacional. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen VI, pp. 513-549.

DIEZ DE VELASCO M. (2000). *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Tecnos.

DOMENECH, E. (comp.) (2009). *Migración y política: el Estado interrogado. Procesos actuales en Argentina y Sudamérica*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

FERNÁNDEZ ARRIBAS, G. (2007). *Asilo y refugio en la Unión Europea*. Granada: Editorial Comares.

GARCÍA AMADOR, F. V. (comp.) (1981). *Sistema Interamericano: a través de los tratados, convenciones y otros documentos*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. Washington: Secretaría General de la OEA, Volumen I.

GIULIANO, M. (1974). *Diritto Internazionale*. Milán: Editorial Giuffrè, Volumen II, pp.: 348- 350.

GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, A. *El derecho de asilo en el sistema jurídico internacional*. En Temas selectos de Derecho Internacional (4^a ed.). México: UNAM. Accesible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/831/27.pdf>.

GUTERRES, A. (2020), *El COVID-19 es una oportunidad para redefinir los desplazamientos humanos*. Informe sobre los efectos del Covid-19 en refugiados, desplazados y migrantes. Accesible en: <https://www.un.org/es/coronavirus/articulos/efectos-covid-19-en-refugiados-desplazados-migrantes>

MARTINEZ ESCAMILLA, M. (2020), *Las «devoluciones en caliente» tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España)*. Revista jueces para la democracia: Información y debate, pp. 61-71.

WEBER, M. (1964). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. España: Fondo de Cultura Económica.

PORTES A. (2009). *Migración y cambio social: Algunas reflexiones conceptuales*. Revista Española de Sociología. Nº12, pp. 9-37

RONDANINI A. *El Derecho a Solicitar Asilo*. En GORDILLO A.A. (2007) *Derechos Humanos* (6ª ed.). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, pp. XXX-1 a XXX-13.

CASTLES, S., (2003). *La Política Internacional de la Migración Forzada*". Migración y desarrollo, Número 1, pp. 74-90.

TORPEY, J. (2000). *The invention of passport. Surveillance, citizenship and the state*. Cambridge: Cambridge University Press.

TORRES GIGENA, C. (1960). *Asilo diplomático. Su práctica y teoría*. Buenos Aires: La Ley.

**PROTECCIÓN DE INMIGRANTES Y REQUIRENTES DE ASILO EN EL SISTEMA
INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:
“EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN Y EL ESTADO”**

Rocío Yasmín Cura¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 30 de diciembre de 2020

Resumen

En el presente trabajo se buscará informar sobre la protección de inmigrantes y requirentes de asilo dentro del sistema interamericano de los Derechos Humanos. Se analizará, en particular, el derecho de buscar y recibir asilo en relación con el principio de no devolución. Se considera útil traer a colación este breve análisis descriptivo de dicho principio debido a la incidencia que puede adoptar la Corte Interamericana en la prevención de violaciones a los derechos humanos frente a las eventuales medidas estatales que adopten los Estados de la región.

Palabras Claves: Principio de no devolución – Estado – territorio – refugiado – asilo – extradición – derecho internacional – protección – extranjero – derechos humanos.

Title: Protection of immigrants and asylum seekers in the inter-American system for the protection of Human Rights: "The principle of non-refoulement and the State".

Abstract

This work will seek to inform about the protection of immigrants and asylum seekers within the inter-American Human Rights system. In particular, the right to seek and receive asylum will be analyzed in relation to the principle of non-

¹ Licenciada en Relaciones Internacionales (Universidad del Salvador, Argentina). Maestranda en Cooperación Internacional (Universidad Nacional de San Martín, Argentina). Miembro del Grupo de Jóvenes Investigadores (Instituto de Relaciones Internacionales de La Plata, Argentina).

refoulement. It is considered useful to bring up this brief descriptive analysis of this principle due to the impact that the Inter-American Court can adopt in the prevention of human rights violations in the face of possible state measures adopted by the states of the region.

Keywords: Principle of non-refoulement - State - territory - refugee - asylum - extradition - international law - protection - foreigner - human rights.

I. Introducción

¿Qué establece el principio de no devolución? Dicho principio se ubica dentro del derecho internacional de protección de los refugiados y se lo califica como un concepto que prohíbe a los Estados devolver a una persona refugiada, o que busca asilo, a aquellos territorios donde existe un riesgo de que su vida o su libertad puedan ser amenazadas en razón de su raza, religión, nacionalidad, carácter de miembro de un grupo social u orientación política (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951: art. 33.1).

El principio de no devolución o *non-refoulement*, prohíbe que una persona sea expulsada al territorio de un Estado en el que corra peligro, así como también que se le impida la entrada a un país dejándolo en el territorio de un Estado en el que corra peligro. Así, la devolución puede tomar la forma de una *expulsión* o de un *rechazo en frontera* (ARLETTAZ, 2016: p. 187 – 226).

También se advierten manifestaciones de este principio contempladas en tratados, como ser los de *extradición*. En este campo, se lo define como la obligación internacional de los Estados de no devolver a una persona a su país de origen ni a cualquier otro país donde su vida, seguridad, libertad o derechos humanos fundamentales se encuentren en serio riesgo (MONDELLI, 2012: pp. 65–106).

El principio exige que antes de expulsar o rechazar a un extranjero, se realice un análisis individualizado del caso, y se aplica incluso en el contexto de flujos masivos. Por otra parte, el principio ampara contra cualquier acto imputable a un Estado, aunque sea cometido fuera de su territorio e incluye también la

devolución indirecta (aquella que se produce cuando el individuo es expulsado hacia un país que luego lo transferirá a un tercer país donde existe riesgo de persecución) (LAUTERPACHT Y BETHLEHEM, 2003).

Tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana han reconocido que la protección emergente del principio de no devolución se aplica a todos los extranjeros, con independencia de su situación a la luz de la normativa interna de extranjería. Por ello, cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán entrevistar a la persona y realizar una evaluación preliminar, a efectos de determinar si existe ese riesgo (ARLETTAZ, 2016: p. 187 – 226).

La propuesta inicial de incluir el principio de no devolución en la Convención Americana fue impulsada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) por medio de la siguiente redacción: *“el derecho del refugiado a no ser, en ningún caso expulsado o devuelto a otro país donde su derecho a la vida o a la libertad personal peligran a causa de su raza, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o por razón de su situación política”* (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1978: p. 301). El texto sugerido aludía al derecho del “refugiado” a no ser expulsado o devuelto y no del “extranjero”, como fue finalmente enmendado e incorporado a la Convención (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1978: p. 244, 245, 247. 249 y 301). Por consiguiente, es inequívoca la voluntad de los Estados de extender el principio de no devolución a todo extranjero y no limitarlo a los refugiados.

II. Dentro de los Instrumentos Universales de los Derechos Humanos

El principio de no devolución, como se estableció previamente, no es un componente exclusivo de la protección internacional de refugiados, ya que con la evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha encontrado una base sólida en los diversos instrumentos de derechos humanos y las interpretaciones que de ellos han hecho los órganos de control. En efecto, el

principio de no devolución no sólo es fundamental para el derecho de asilo, sino también como garantía de diversos derechos humanos inderogables, ya que justamente es una medida cuyo fin es preservar la vida, la libertad o la integridad de la persona protegida (Corte IDH OC-25/18).

En los instrumentos del sistema universal, la prohibición de devolución aparece consagrada tanto en la Convención de 1951 como en la Declaración de 1967. Aunque la Declaración Americana no lo menciona expresamente, la Comisión lo ha reconocido como implícito en ella, como una derivación del derecho a buscar y recibir asilo en relación con los derechos a la vida, a la libertad y a la integridad personal, que se detallará en los párrafos siguientes.

El principio también está presente en la Convención contra la Tortura de 1984 (artículo 3) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 (artículo 13) (Arlettaz, 2016: p. 187 – 226). El principio de no devolución en este ámbito ha sido reconocido como una *norma consuetudinaria* de Derecho Internacional, vinculante para todos los Estados, sean o no partes en la Convención de 1951 o el Protocolo de 1967 (Corte IDH Cuadernillo de Jurisprudencia N°2, 2020).

También en el artículo 31.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados dispone: *“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”*. Así, según el principio de no devolución, la persona tiene derecho a no ser devuelto a aquel país donde su vida o libertad peligran, lo que implica que tiene derecho a permanecer en el país en el que se encuentra, o a ser reasentado en un tercer país seguro. Pero en dicha Convención también se establecen algunas excepciones posibles al principio de no devolución, como ser por ejemplo el artículo 33.2, que establece: *“Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”*.

En cambio, la Convención Americana no contiene tales excepciones (ARLETTAZ, 2016: pp. 187–226). Pero dicho principio va más allá del artículo 33.1 y 33.2, ya que las obligaciones de no devolución derivan también del artículo 3 de la Convención de 1984 contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como del Derecho internacional general (FRA y Consejo de Europa, 2014: p. 68), el cual establece que *“1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura; 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”*.

El mismo principio también aparece en el artículo 3.1 de la Declaración de 1967 sobre Asilo Territorial: *“Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1² será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiera entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución”* (ARLETTAZ, 2016: pp. 187–226).

Por otro lado, en el sistema de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 22.7 establece que *“toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”*; y en el art. 22.8 establece que *“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”* (Pacto de San José de Costa Rica, 1969).

² *“El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo, deberá ser respetado por todos los demás Estados”*.

Prosiguiendo dentro de la Convención, el principio de no devolución es además una forma de respetar la prohibición de ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5.2, CADH), de proteger el derecho al respeto a la integridad física, psíquica y moral (art. 5.1, CADH), y el derecho a la vida (art. 4, CADH). De este modo, se configura un marco normativo específico de protección internacional de personas extranjeras que amplía la protección clásica del *non-refoulement*.

Aquí es importante destacar específicamente el artículo 5 de la CADH donde, 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 (Corte IDH, OC-21/14: párr. 226).

III. De lo escrito a los hechos

Resulta acertada la posición de quienes dicen que de la obligatoriedad del principio de no devolución no se desprende que exista un derecho a recibir asilo. El Estado puede cumplir con la no devolución y no otorgar asilo, por ejemplo reasentando a la persona en un tercer país seguro u otorgando algún otro tipo de protección (como por ejemplo una protección temporaria) (LAUTERPACHT Y BETHLEHEM, 2003).

La negativa a otorgar asilo que es declarada sin las debidas garantías constituye una violación del artículo 22.7, y la expulsión del territorio puede constituir una violación del artículo 22.8. Pero la sola negativa al asilo (aunque sea manifiestamente infundada y violatoria de garantías procesales) no constituye una violación del principio de no devolución mientras no haya expulsión del territorio hacia otro territorio donde exista peligro (ARLETTAZ, 2016: pp. 187–226).

Hay un campo de superposición parcial entre la figura del asilo y la de la prohibición de devolución. En efecto, si el Estado concede asilo, no puede expulsar al asilado a un territorio donde corra peligro. De hecho, no puede expulsar al extranjero de su territorio con destino a cualquier otro país, corra o no peligro en él, sin revocar antes el asilo otorgado. Si lo hiciera, estaría desconociendo el asilo que él mismo había otorgado (y violando además el principio de no devolución si la expulsión fuera a un país de riesgo). Ahora bien, si se admite que en algunos casos recibir asilo puede ser un verdadero derecho del individuo, el Estado no podrá revocar el asilo (ni denegar una solicitud, claro) de modo puramente discrecional (ARLETTAZ, 2016: pp. 187-226).

Además es que, de conformidad al artículo 33.1 de la Convención de 1951, un Estado no puede revocar el asilo o negarlo por la existencia de denuncias o por el inicio de procedimientos penales en contra del asilado si existen indicios claros de que dichas denuncias o procedimientos tienen un móvil político o si la entrega del asilado podría dar lugar a que se le causaran daños irreparables, tortura, tratos crueles y degradantes o la pena capital. El principio de no devolución como garantía inderogable, obliga al Estado a otorgar la protección al asilado o refugiado si este se encuentra en grave riesgo de sufrir los daños enumerados previamente. En este caso, la naturaleza de *ius cogens* del principio de no devolución y de la prohibición de la tortura prevalecen inclusive sobre la solicitud de cooperación penal por parte del agente perseguidor (Corte IDH OC-Nº 4-3-21/16).

Pero las figuras no se superponen totalmente: incluso si el Estado no concede asilo, o si lo concede y luego lo revoca legítimamente, está obligado por el principio de no devolución. En este caso, el Estado debería conceder a la persona otro título para permanecer en su territorio, entregarla a otro Estado donde ella pudiera buscar protección o al menos permitir que saliera hacia ese Estado. Sólo de este modo, aunque no reconociera el asilo pedido o revocara un asilo ya concedido, no habría violación del principio de no devolución. Existe pues una relativa independencia entre la protección del asilo (o refugio) y el principio de no devolución (ARLETTAZ, 2016: pp. 187–226).

En cuanto a la aplicación de la protección, no es sólo a quienes ya tienen reconocido el estatuto de asilado o refugiado, sino también, y fundamentalmente, a quienes solicitan tal reconocimiento, mientras su situación no haya sido particularmente considerada (ARLETTAZ, 2016: pp. 187–226).

Si bien la protección internacional del Estado de acogida se encuentra ligada inicialmente a la condición o estatuto de refugiado, las diversas fuentes del derecho internacional revelan que esta noción abarca también otro tipo de marcos normativos de protección. De este modo, la expresión protección internacional comprende: (a) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en los convenios internacionales o las legislaciones internas; (b) la protección recibida por las personas solicitantes de asilo y refugiadas con fundamento en la definición ampliada de la Declaración de Cartagena; (c) la protección recibida por cualquier extranjero con base en las obligaciones internacionales de derechos humanos y, en particular, el principio de no devolución y la denominada protección complementaria u otras formas de protección humanitaria, y (d) la protección recibida por las personas apátridas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre la materia (Corte IDH, OC-21/14).

Por otro lado, el principio de no devolución de la Convención Americana es más amplio que el derecho de asilo, literalmente reconocido en la misma Convención. El derecho de asilo se otorga por “delitos políticos o comunes conexos”; la prohibición de devolución se aplica en cualquier situación en la que 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”. Sin embargo, una vez que se interpreta, como hace la Corte, el derecho de asilo como incluyendo las causas de persecución de la Convención de 1951 (e incluso la más genérica causal mencionada en la Declaración Americana), las diferencias se difuminan un poco. Las personas que están amparadas por el principio de no devolución, aunque no califiquen directamente como asilados según la Convención Americana, pueden calificar como refugiados bajo la Convención de 1951 o como personas con derecho a asilo bajo la Declaración

Americana y entonces, indirectamente, calificar como personas con derecho asilo bajo la Convención Americana (ARLETTAZ, 2016: pp. 187–226).

En lo que respecta al artículo 22.8 de la CADH, la prohibición de la devolución por mandato convencional ofrece una protección complementaria a extranjeros que no son solicitantes de asilo o refugiados, en casos en que su derecho a la vida o libertad se encuentre amenazado por los motivos enlistados. El principio de no devolución alcanza, en consecuencia, a toda persona extranjera y no sólo a una categoría específica dentro de los extranjeros, como sería los solicitantes de asilo y refugiados (Corte IDH Cuadernillo de Jurisprudencia N°2, 2020).

Además, la Corte nota que en dicho artículo de la Convención no se establece ninguna limitación geográfica, con lo cual resulta procedente el criterio general de jurisdicción, es decir, tiene un amplio alcance de aplicación. Por consiguiente, a efectos de la aplicación del principio de no devolución en el marco de la Convención y de la Declaración, lo relevante es establecer el vínculo de jurisdicción territorial o personal, *de jure* o *de facto* (Corte IDH Cuadernillo de Jurisprudencia N°2, 2020).

En suma, la Corte consideró que el ámbito de protección contra la devolución no se circunscribe a que la persona se encuentre en el territorio del Estado, sino que también obliga a los Estados de manera extraterritorial, siempre que las autoridades ejerzan su autoridad o el control efectivo sobre tales personas, como puede suceder en las legaciones, que por su propia naturaleza se encuentran en el territorio de otro Estado con su consentimiento (Corte IDH OC-25/18).

En cuanto a la aplicabilidad extraterritorial del principio de no devolución, el ACNUR señala: *“el ACNUR es de la opinión que el propósito, intención y significado del artículo 33.1 de la Convención de 1951 son inequívocos y establecen una obligación de no devolver a un refugiado o solicitante de asilo al país donde pueda correr el peligro de persecución u otro daño grave, que aplica siempre que un Estado ejerce jurisdicción, incluyendo en las fronteras, en alta mar o en el territorio de otro Estado”* (ACNUR, 2007).

A su vez, el artículo 33 de la Convención de 1951 no reconoce limitaciones geográficas (Corte IDH Informe N° 51/96, 1997: párr. 157). De esta manera se establece que el principio de no devolución tiene una aplicación extraterritorial respecto de la soberanía del Estado, independientemente del lugar donde éste se encuentre ejerciendo su soberanía.

La devolución, como concepto autónomo y englobante, puede abarcar diversas conductas estatales que impliquen poner a la persona en manos de un Estado en donde su vida, seguridad y/o libertad estén en riesgo de violación a causa de persecución o amenaza de la misma, violencia generalizada o violaciones masivas a los derechos humanos, entre otros, así como donde corra el riesgo de ser sometida a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, o a un tercer Estado desde el cual pueda ser enviada a uno en el cual pueda correr dichos riesgos (devolución indirecta). Tales conductas incluyen, entre otras, la deportación, la expulsión o la extradición, pero también el rechazo en frontera, la no admisión, la interceptación en aguas internacionales y el traslado informal o "entrega". Esta afirmación se asienta en la propia redacción del artículo 22.8 de la Convención Americana, que establece que "en ningún caso" el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, es decir, que no tiene condiciones territoriales sino que puede incluir el traslado o la remoción de una persona entre jurisdicciones (Corte IDH OC-25/18).

El ACNUR ha realizado un análisis de la expresión "*devolución*", en su sentido corriente y a la luz de los trabajos preparatorios de la Convención de 1951, la traducción al castellano de "*refouler*" incluye sinónimos como "*rechazar*", "*repeler*" o "*hacer regresar*." En este sentido se ha determinado que el sentido corriente de los términos "*devolver*" y "*refouler*" no admite una interpretación que restringiera su alcance dentro del territorio del Estado en cuestión, ni hay indicios de que estos términos fueran entendidos por los redactores de la Convención de 1951 como limitados en esta forma (ACNUR, 2007).

Al determinar si están en discusión las obligaciones de derechos humanos de un Estado con respecto a una determinada persona, el criterio decisivo no es si la persona se encuentra en el territorio nacional del Estado o en un territorio

que está *de jure* bajo el control soberano del Estado. Más bien, si esa persona está sujeta o no a la efectiva autoridad y control del Estado (ACNUR, 2007).

Por todo ello, el principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera, incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado. Dicho principio no solo exige que la persona no sea devuelta, sino que impone obligaciones positivas sobre los Estados (Corte IDH Cuadernillo de Jurisprudencia N°2, 2020).

De todo lo anteriormente expuesto se deriva que, en el marco del principio de no devolución, son exigibles para el Estado de acogida, bajo cuya jurisdicción está la persona que ha solicitado protección en una sede diplomática, algunas obligaciones específicas, en cuanto a la evaluación individualizada del riesgo y medidas adecuadas de protección, incluyendo aquellas contra la detención arbitraria. Así, la Corte consideró que, en el marco de la Convención Americana, es exigible la entrevista de la persona y una evaluación preliminar del riesgo de devolución (Corte IDH OC-25/18).

Será necesario tener en cuenta para esto último: los antecedentes personales y familiares del solicitante; su pertenencia a un determinado grupo racial, religioso, nacional, social o político; la forma en que interpreta su situación y sus experiencias personales; en otras palabras: todo cuanto pueda servir para indicar que el motivo predominante de su solicitud es el temor; y el temor debe ser razonable, sin embargo, el temor exagerado puede ser fundado si, a la luz de todas las circunstancias del caso, ese estado de ánimo puede considerarse justificado (ACNUR, 2011: párr. 41).

Por ello, es importante para la Corte resaltar que, para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos y, en este caso del principio de no devolución, 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 (Corte IDH OC-21/14).

Es necesario reconocer la figura de la responsabilidad compartida que implica, por un lado, que el Estado de acogida tiene la obligación de admitir a las

personas que buscan asilo dentro del territorio, sin discriminación y respetar los principios de no devolución y no rechazo en frontera, así como otorgar la protección internacional que corresponda; y por el otro, el Estado de origen debe tender a resolver y eliminar las causas del desplazamiento para poder garantizar una solución duradera y, en particular, la repatriación voluntaria (Corte IDH OC-21/14).

IV. Conclusión

El principio de *non refoulement* establecido en la Convención de 1951 se aplica a todos los refugiados con independencia de su reconocimiento oficial. Por lo tanto, este derecho no solo protege a quienes han sido reconocidos oficialmente como refugiados, sino que también protege a los solicitantes de asilo que esperan una resolución. En este sentido, cuando un país ejerce su jurisdicción en una situación de jure o de facto, puede que ya haya presentado una solicitud de asilo en el territorio del país, fronteras o incluso en alta mar. No tendría ningún sentido que un solicitante de asilo, cuya petición todavía no ha sido examinada, fuera devuelto al país en que esté expuesto al riesgo de ser perseguido. Por ello, no ha habido deportación de nacionales de terceros países al estado actual, real, previsible y personalmente peligroso del país, es decir, situaciones en las que la persona en cuestión puede correr peligro de muerte o sufrir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, por muy indeseables y peligrosas que sean las actividades de la persona en cuestión.

Sin embargo, hay que tener en cuenta ciertas excepciones, como la establecida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, donde se establece que *no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país.*

Las alternativas de que disponen los Estados miembros en relación con la permanencia de los nacionales de terceros países en sus territorios son, por

ejemplo, la expulsión de una persona hacia un tercer Estado que sea considerado país seguro, como también se plantea, *prima facie*, la posibilidad de reubicación interna. En este sentido, si la devolución se produce a una determinada zona dentro del Estado receptor considerada segura, en la que el afectado no corra el riesgo de sufrir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el Estado miembro no incurriría en responsabilidad, siempre que se hayan valorado adecuadamente las circunstancias individuales de la persona concernida. Sin embargo, la responsabilidad del Estado miembro sí podría darse en los casos de devolución indirecta, con motivo de la expulsión de una persona a un Estado en el que no exista el riesgo de sufrir malos tratos, pero sí del reenvío del afectado a un tercer país en el que exista dicho peligro.

Cuando los Estados ratifican instrumentos de derechos humanos, se considera vinculante su cumplimiento, adquiriendo así con ello obligaciones internacionales. El Estado entero, por medio de todas sus partes, está obligado a respetar, garantizar y proteger estos derechos. La CIDH está facultada a emitir recomendaciones a los Estados para promover el respeto y la protección de los derechos fundamentales a favor de los ciudadanos del continente americano, pero para que esa protección sea efectiva se requiere que tales recomendaciones sean adoptadas de buena fe por los Estados.

La CIDH a lo largo de su existencia ha recibido innumerables solicitudes de medidas cautelares, peticiones e información sobre violaciones a los derechos humanos de solicitantes de asilo, solicitantes de refugio, refugiados y apátridas. Los problemas que se presentan van variando a lo largo de los años, y esto es algo por lo cual el organismo tiene que ir adaptándose, adoptando diferentes tipos de medida para cada caso en particular.

Los Estados tienen derecho a controlar los flujos migratorios, así como a regular las condiciones de entrada, permanencia y salida de los nacionales de un tercer país en su territorio nacional. Ahora bien, las políticas de los Estados en cuestión de inmigración no pueden eludir las normas de Derecho Internacional, pues constituyen un límite infranqueable. Estos parámetros deben operar no sólo cuando el proceso de traslado tiene lugar dentro del territorio

soberano del país, sino también en aquellas situaciones en que el Estado ejerza un control efectivo sobre las personas concernidas.

Por esto mismo también se establece que los Derechos Humanos son un límite de la soberanía de los Estados. La soberanía nacional debe ser respetada y garantizada por el Estado, al tiempo que garantiza la protección de los derechos humanos de todas las personas que habitan en su territorio, como precisamente establece la Declaración Americana de los Derechos Humanos o en la Declaración Universal de Derechos Humanos, por cuanto, la soberanía nacional se construye sobre la base del derecho y la legalidad de las acciones del Estado. La soberanía nacional faculta al Estado para regular sus asuntos internos, para proteger y perseguir sus objetivos nacionales, mantener su existencia y su seguridad, pero en un justo equilibrio con el respeto de los derechos inherentes de las personas que habitan en su territorio (PIMENTEL FLORENZÁN, 2015).

Como consecuencia del nuevo orden mundial (que surge luego de las guerras mundiales), los Estados aceptaron restringir sus soberanías para mantener la paz y la seguridad internacionales. Si se reconoce la importancia de los derechos humanos dentro del sistema de normas que regulan las relaciones internacionales, el concepto de soberanía nacional debe ser redefinido en función de aquélla, debiendo entonces ser practicada de conformidad con las obligaciones asumidas por los Estados (PINTO, 2010: pp. 165-178). En función de ello, los Estados deben cumplir las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos aun cuando no estén de acuerdo con ellas.

V. Bibliografía

ACNUR (2011). *Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Reedición. Ginebra, párrafo 41.

ACNUR (2007). *“Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.”* Cit., página 14 y 18.

ACNUR (2007). *“The Principle of Non-Refoulement as a Norm of Customary International Law, Response to the Questions Posed to UNHCR by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany in Cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93.”* Accesible en: <http://www.unhcr.org/home/RSDLEGAL/437b6db64.html>, citado en: ACNUR, *“Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.”* Cit., página 15.

Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa (2014). *“Manual de Derecho Europeo sobre Asilo, Fronteras e Inmigración.”* Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, ISBN 978-92-871-9960-7, página 68.

ARLETTAZ, F. (2016). *Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de Derechos Humanos.* Revista *Ius et Praxis*, Año 22, Nº 1, pp. 187 – 226. Universidad de Talca, Chile.

CIDH, Comité Haitiano de DD.HH. vs. Estados Unidos. De 13 de marzo de 1997; Dictamen de la Comisión; Informe Nº 51/96, párrafo 157.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (1969). San José, Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva oc-25/18. Solicitada por la República del Ecuador. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección. De 30 de mayo de 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva n°4-3-21/16. Solicitada por el Gobierno de la República del Ecuador relativa a: "El alcance y fin del derecho de asilo a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho interamericano y del derecho internacional". De 04 de mayo de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14. "Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional". Solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. De 19 de Agosto de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 2: *Personas en situación de migración o refugio / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ)*. - San José, C.R.

LAUTERPACHT, E. Y BETHLEHEM, D. (2003). *The scope and content of the principle of non-refoulement* (Informe para UNHCR).

MONDELLI, J.I. (2012), "La extradición y el asilo: legislación y práctica en los países de la región", en M. Lettieri (ed.), *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Universidad Nacional de Lanús, pp. 65–106.

PIMENTEL FLORENZÁN, C. E. (02 de marzo de 2015). *Soberanía nacional y derechos humanos*. Diario Acento. Accesible en: <https://acento.com.do/opinion/soberania-nacional-y-derechos-humanos-8226918.html>

PINTO M. (2010), "La soberanía y el nuevo orden internacional", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 29, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Sección Teoría General, Bs. As., pp. 165/178.

Secretaría de la OEA (1978), Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, celebrada del 7 al 22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C., págs. 244, 245, 247, 249 y 301.

REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA Y SU GRAVITACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

Victoria Zappino Vulcano¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 13 de enero de 2021

Resumen

La autora indaga sobre la verdadera naturaleza jurídica del instrumento denominado “Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género” (PYD), a fin de evaluar su potencial encuadre en el marco del *soft law*. En miras a ello, procede a relevar algunas nociones elementales sobre la temática humanitaria abordada, para luego escrutar con detenimiento el contenido de los PYD y dedicarse, a continuación, al estudio de las principales teorizaciones que delimitan el espectro del *soft law*. Una vez asentado tal sustrato, se continúa con un análisis de las proyecciones –efectivas y potenciales– del instrumento como herramienta para garantizar la tutela efectiva de los integrantes de la comunidad LGBTIQ+, con especial énfasis en su recepción dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Palabras clave: Principios de Yogyakarta – orientación sexual – identidad de género - LGBTIQ+ - desigualdad estructural – igualdad – no discriminación - soft law - derechos humanos – Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Title: Considerations on the legal nature of the Yogyakarta principles and their relevance to the Inter-American human rights system.

Abstract

The author investigates about the legal nature of "The Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law to Questions of Sexual Orientation and Gender Identity" (YP), in order to evaluate if it may be considered part of the universe of soft law. In view of this, she develops certain fundamental concepts about the humanitarian issue in question, to then carefully scrutinize the content of that legal instrument and finally address the study of the main theorizations that delimit the spectrum of soft law. Once such a substrate has been established, we can detect an analysis of the effective and potential projections of the YP as a legal tool to guarantee the effective protection of the

¹ Abogada y Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Diplomada en “Igualdad y no discriminación” (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Maestranda en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad Católica Argentina). Doctoranda en Derecho (Universidad de Palermo, Argentina).

members of the LGBTIQA+ community, with special emphasis on its reception within the Inter-American Human Rights System.

Keywords: Yogyakarta Principles – Sexual orientation – Gender identity – LGBTIQA+ - Equality - Structural inequality – Non-discrimination – Soft law – Human rights - Inter-American Human Rights System

«Lo más importante es cesar de legislar para todas estas vidas lo que es habitable sólo para algunos y, de forma similar, abstenerse de proscribir para todas las vidas lo que es invivable para algunos»

JUDITH BUTLER

I. Breve preludio

Tras una vida de absoluta invisibilidad y abandono, cuya rotundez en ocasiones incluso soterraba toda posibilidad de divisar un destello esperanzador al otro lado del horizonte, los integrantes de la comunidad LGBTIQA+ lograron que la sociedad internacional recogiera sus reclamos y acuñara un instrumento específicamente destinado a la tutela de sus derechos. La adopción de los Principios de Yogyakarta (en lo sucesivo, “PYD”) tradujo la concreción de una metamorfosis normativa y emblemática de singular trascendencia para tal colectivo, que se proyecta sobre toda la ciudadanía mundial como un mensaje de irreversible avance hacia la modelación de una sociedad más equitativa en el reconocimiento de derechos humanos; proceso éste que, en ocasiones, adopta más bien la forma de un arbitrario y despótico reparto.

Decimos normativa, pues comportó el desplazamiento del canon de la universalidad ficcional (en su bifrontalidad formal/material) que brindaba apodíctico sustrato a la directriz de igualdad, en tren de conferir mayor espacio al principio elemental de *no discriminación*, ahora entronizado como mecanismo idóneo para poner de relieve la diversidad y transformarla en centro de imputación legal del abrigo protectorio. Pero también decimos emblemática, en tanto dinamita la tradicional recepción brindada por el Derecho –cual ordenador de tendencias conductuales– al orden hegemónico aún dominante en materia de género y sexualidad, replicando en clave jurídica un discurso que impone

performativamente la cisonormatividad heterosexual como único cauce de realización aceptable².

No obstante el innegable aporte que transunta dicho instrumento, tanto desde el prisma axiológico como también cual válvula para efectivizar con plenitud el *jus cogens* mediante la cristalización de principios sobre los que descansa todo el andamiaje jurídico del orden público universal, gravita a su alrededor un encendido debate en torno a su naturaleza jurídica, dada la atípica matriz comunitaria donde fue engendrada. Por ello, el presente comentario halla como designio ensayar una posible respuesta ante los interrogantes que suelen suscitarse sobre el tópico, orientada hacia la catalogación definitiva de los PYD como *soft law* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

II. Vademécum de conceptos elementales sobre la temática.

Preliminarmente a desarrollar el *quid* de la propuesta, resulta imperioso delinear ciertas nociones de obligado dominio para abordar el tópico con ductilidad conceptual; ello, empero, sin perjuicio de advertir al lector sobre la ausencia de exhaustividad y univocidad en la compilación terminológica que se propondrá, cualidades a las que renunciaremos conscientemente en el afán de no deteriorar la fluidez del texto.

Según el paradigma biocéntrico occidental imperante, el **sexo** constituye una categoría binaria que emerge de la interpretación construida a partir de una polaridad biológica que exteriorizan ciertas diversidades anatómicas de los seres humanos, con singular –mas no exclusivo– hincapié observatorio en la genitalidad del individuo, insignia de la divergencia reproductiva humana luego adoptada como criterio clave en la asignación de su “sexo registral”. Tal canon, que adolece de insuperables limitaciones morfológicas desde su mera concepción, excluye a las figuraciones humanas que oscilan entre los dos polos, ora por convocar factores identitarios de “ambos” estamentos biológicos ora por prescindir de auto-identificación en alguno de los modelos. Así, pues, puede

² Ver también, GIL DOMÍNGUEZ (2017: p. 1104).

identificarse con el vocablo **intersex** a quienes poseen marcadores anatómicos, cromosómicos u hormonales que exhiben una variación en torno al espectro sexual de corporalidad femenina/masculina reinante.

Sobre la base del sexo registral impuesto al momento del nacimiento, históricamente se ha estructurado un montaje social de expectativas acerca de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que resultan apropiados para cada variable. Este inventario de proyecciones sociales, de imperativo mandato y mudables su contenido integrativo al compás del escenario témporo-espacial donde se verifique, es rotulado bajo la voz **género**, intercambiada indistintamente desde antaño con la noción de **sexo**, pese a su tajante albedrío conceptual³.

El hermético y ortodoxo arquetipo deviene perfeccionado, a la postre, mediante la pauta de una moral sexual única, imbricada –por supuesto– sobre el concepto de sexo anatómico, cuyo destinatario ha de identificarse bajo el rótulo biológico inverso. La heteronormatividad, imposición forzada de la preferencia heterosexual como exclusivo modelo de deseo aceptable, concluye el ciclo de opresión ajena donde la presencia del otro se inmiscuye sobre la esfera más íntima de la persona para despremiar y deslegitimar su goce, por la mera circunstancia de resultar disímil al propio (BUTLER, 2008: pp. 49-50).

No obstante, los esfuerzos reduccionistas que pretenden encerrar la complejidad humana mediante la codificación binaria de sexos/géneros resultan desafiados, en la faz práctica, por un nutrido bagaje de **expresiones e identidades** construidas en sus periferias. Brotados de una diversidad que no hace sino enriquecer el pluralismo de la especie, todo intento de someter tal heterogeneidad bajo catalogaciones naufragaría sin mayores reparos: existen infinitas posibilidades de inclinaciones sexuales, acaso tantas como configuraciones posibles del deseo de los individuos, como también de **expresiones e identidades de género**, cinceladas con la irreplicable impronta que conforma el aprendizaje experiencial de cada persona.

³ Forzoso luce reconocer que la emancipación del género al sexo devino posible recién a mediados del siglo XX, fruto de los estudios elaborados por MONEY, HAMPSON J.G. y HAMPSON J.L., quienes inauguraron el distingo semántico entre sexo “biológico” y género “psicosocial” (1955: pp. 301-319).

En este orden, según los PYD cabe entender que la **identidad de género** se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras **expresiones de género**, comprendiendo la vestimenta, las modalidades gestuales o verbales, los intereses, las afinidades, etc.

Las personas cuya identidad de género carece de equivalencia con el sexo biológico han acuñado diversas fórmulas terminológicas con las que autodenominarse, entre las que pueden destacarse las expresiones **transexual**, **transgénero** y **travesti**. Si bien la gran variedad de voces y la carencia de una semántica propia despojan de univocidad a tales acepciones, procederemos a emplear indistintamente la locución **persona trans**⁴, sin perjuicio de destacar especialmente que, a diferencia de la experiencia constatada en el ámbito internacional, en Argentina el término **travesti** no fue erradicado mediante la sustitución por **transgénero**, sino –muy por el contrario– reivindicado por dicho colectivo mediante la dotación de un sentido político y su consecuente asociación con un modo de resistencia (RAPISARDI 2008; pp. 973-995).

III. De la génesis y sustrato de los Principios de Yogyakarta⁵.

El instrumento aludido irrumpe en un escenario signado por una fuerte segregación social contra personas con orientaciones sexuales y corporalidades disidentes, que exorbita su vigencia traduciéndose –aún durante tiempos

⁴ En el presente contexto investigativo, adoptaremos la amplitud propuesta en el informe *Transrespeto versus Transfobia: un estudio Comparativo de la situación de los derechos humanos de las personas Trans*, comprensivo de las personas con una identidad de género diferente a la que les fue asignada al nacer, las que desean mostrar su género de una manera que se diferencia del género asignado al nacer, las que sienten que tienen que –o que preferirían u optarían por– presentarse a sí mismas de una manera que entra en conflicto con las expectativas sociales del rol de género asignado en su nacimiento, etc.

⁵ Denominados “*Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género*”.

contemporáneos– en altos índices de violencia (letal y no letal), sin que se verifique una respuesta estatal eficiente a dicha problemática. *So riesgo* de adoptar una perspectiva miope que imposibilite captar correctamente la coyuntura, forzoso luce reparar en que no se trata de conductas discriminatorias aisladas. Por el contrario, configuran un verdadero fenómeno social de esparcimiento en la totalidad del globo, que halla su etiología en la existencia prejuicios contra toda expresión que desafíe los estereotipos imperantes, las cuales son consideradas un desvío indeseado y repudiable.

Esta singular clase de violencia depende inexorablemente de un contexto de tolerancia social y complicidad por parte del Estado, materializada tanto en forma silenciosa, a través de su subestimación tras –vgr.– la inexistencia de tipificaciones criminales que doten genuina significancia al acto, como también incluso mediante una participación activa, por intermedio –e.g.– de agentes de seguridad que abusan del uso de la fuerza bajo el amparo de normas sobre la “moral pública” e incluso procedimientos jurisdiccionales arcaicos que los revictimizan en vez de concederles justicia. Se trata, por caso, de un colectivo desaventajado desde una posición estructural, cuya vulnerabilidad luce cristalizada mediante el sistemático desconocimiento de los derechos que les asisten a sus individuos por su mera condición humana, ocasionalmente vehiculizado desde la faz subjetiva por absurdas construcciones de falsa superioridad e intolerancia. Tales factores, naturalmente, decantan a su vez en el progresivo alzamiento de una violencia de carácter también arraigada estructuralmente, a la postre devenida en pilar habilitante de diversas formas institucionalizadas de discriminación hacia orientaciones sexuales, identidades y –en definitiva– existencias no normativas.

Redactados a instancias de la solicitud efectuada por Louise Arbour, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos hacia finales del año 2006 y presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2007, los PYD son la obra conjunta de 29 especialistas en diversas disciplinas científicas, con singular *expertise* en materia de derechos humanos, procedentes de 25 países diferentes. El pliego contiene un frondoso repertorio de 29 directrices, ampliadas luego a la cantidad total de 38 hacia el año 2017

mediante la adopción de los Principios de Yogyakarta “Plus 10”, que hallan como designio guiar la interpretación y aplicación del *ius cogens* en materia de derechos humanos fundamentales ante escenarios cuyo eje vire en torno a la orientación sexual o identidad de género del sujeto implicado, con el propósito de garantizar la íntegra efectividad de dichas protecciones.

El abanico de pautas consagradas exhibe una novedosa complejidad temática, comprendiendo desde el establecimiento de un estándar genérico de igualdad ante la ley, hasta la necesidad de conceder reparaciones apropiadas como respuesta a transgresiones a los derechos humanos que se encuentren motorizadas por la mera circunstancia de pertenecer a estas minorías vulnerables. Esta vocación homogeneizadora permite patentizar, con la elocuencia que sólo puede desprenderse de una tarea selectiva propia del ámbito legislativo, cómo los derechos a la libre sexualidad y a la autodeterminación personal reposan inextricablemente imbricados en toda esfera de desarrollo humano. No obstante subrayar el profuso torrente de derivaciones que pueden construirse a partir de cada directriz, en tren de analizar su contenido con prisma macroscópico resulta factible sistematizarlas según versen sobre: a) la universalidad de los derechos humanos y su aplicabilidad (1º al 3 y 30); b) los derechos fundamentales (4 al 11 y 32, 34 a 36); c) la igualdad y no discriminación en el acceso, ejercicio y goce de derechos económicos, sociales y culturales (12 al 18); d) el derecho a obtener y modificar registros de identidad (31); e) el derecho a no ser penalizado ni sancionado en razón de su orientación sexual, identidad o expresión de género (33); f) la libertad de opinión, de expresión, asociación, asamblea y creencia religiosa (19 al 21); g) la libertad migratoria y el derecho a obtener asilo en cualquier país de elección del individuo (22 al 23); h) el derecho de formar una familia (24); i) el derecho de participar libremente en la vida pública y cultural (25, 26 y 38); j) la garantía de promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional (27); k) el otorgamiento de medios adecuados para viabilizar el pleno desarrollo de estas personas, así como también de recursos y resarcimientos adecuados a favor de toda víctima de vulneraciones de los derechos humanos (28 y 37, 1ª parte); l) el deber estatal de perseguir y

responsabilizar penalmente a los autores de atropellos contra los derechos humanos (29 y 37, 2ª parte). A su vez, cada máxima resulta escoltada por una serie de recomendaciones, dirigidas a los Estados, sobre cómo canalizar la implementación efectiva del principio bajo referencia.

IV. Naturaleza jurídica del instrumento.

i. Marco teórico preconfigurativo de la discusión propuesta.

El ordenamiento jurídico internacional presenta una capacidad de transformación muy superior al derecho doméstico, acaso impulsada merced al superlativo dinamismo exteriorizado por las plataformas fácticas, relaciones e interacciones que se encuentra convocado a normativizar. En este sentido, no puede prescindirse de las referencia más obvia y fácilmente detectable para cualquier ciudadano del globo: el siglo XX fue la centuria de la globalización, el nacimiento de nuevos participantes del concierto universal (*i.e.*, la Organización de las Naciones Unidas), el resurgimiento del terrorismo y la creciente preocupación por el impacto de la depredatoria actividad humana sobre el medio ambiente, entre otros novedosos fenómenos que pusieron en crisis la rigidez primitiva de la estructura legal universal, forzada ahora a reexaminarse con el objeto de no perder vigencia.

Naturalmente, tal necesidad también se proyectó sobre la propia génesis del sistema; esto es, el plexo de fuentes que inauguraron su existencia y que continúan nutriéndolo durante su derrotero. Sobre tal aspecto, Barberis señala que “[e]l orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas”, pues “[l]os miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes” que reflejen sus nuevas coyunturas, so riesgo de promover involuntariamente una riesgosa disociación entre el derecho y realidad.

En este marco se inserta el debate vinculado al *soft law*, habitualmente traducido al idioma de Cervantes –con cierta imperfección interpretativa– como “derecho blando” o “derecho en agraz” y a la lengua de Napoleón como *droit*

douce, entre otras fórmulas semánticas. Tal figura ha cosechado numerosos intentos doctrinarios abocados a dotarla de una acepción uniforme, tan variopintos como el tenor de las posturas adoptadas con respecto a su utilidad, especialmente por parte de aquellos que continúan identificando al ordenamiento normativo como una rígida estructura jurídica de compartimentos estancos y herméticos. El péndulo de opiniones oscila entre quienes descalifican la posibilidad de asignarle trascendencia a la figura, en la inteligencia de que se trataría de componentes huérfanos de juricidad por carecer de un régimen sancionatorio que coaccione su cumplimiento (desde una lingüística kelseniana, de componentes que reflejen una realidad no-jurídica) o por concebirla subsumida en una codificación ya existente (*lex ferenda*) (BARBERIS, 1994: p. 257), y quienes abrazan tal novedad desde el entendimiento de que el sistema de fuentes del derecho internacional no se encuentra estructurado sobre una metanorma (SHELTON, 2000: pp. 1 y ss.) (“regla de reconocimiento”, en términos hartianos, popularizados por AXELROD 1986: pp. 1095-1111); carencia abonada, vale decir, por el prometedor potencial que tal noción exhibe como remedio ante la impotencia confesada por el modelo tradicional para normativizar la fenomenología contemporánea.

Con relación a este último aspecto, explican FOLLONI Y SANZ que, a falta de metanorma propia, resulta habitual el reenvío al artículo 38 inc. 1º del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, cuyos términos prescriben que las controversias sometidas al conocimiento de dicho órgano deberán resolverse mediante la aplicación de las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y –en lo que aquí resulta destacable– “*las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicista de mayor competencia*”, como fuente auxiliar (FOLLONI Y SANZ, 2017: pp. 254-270). Sin embargo, se ha advertido que tal dispositivo, redactado en su basamento primitivo hacia principios del siglo pasado, adolece de desconexión con los tiempos contemporáneos y –consecuentemente– mal podría asignársele autoridad determinante en la faena de delinear el sistema de fuentes. Asimismo, suele reprocharse que dicho precepto fue elaborado para demarcar la actuación de un órgano centralizado y construido sobre una concepción específica del

Derecho, rasgo que impide proyectarlo analógicamente a otros estamentos, so riesgo de distorsión (FALK, 1996: p. 782).

Retomando la faena de echar claridad al contenido de tal noción, abordaremos –desde una praxis unificadora– algunas de las propuestas definitorias más significativas. Bajo una óptica restrictiva, Barberis diseña tres estamentos o principales acepciones de la noción *soft law*: 1) los preceptos o normas sometidas a procesos formativos, que aún no han alcanzado validez jurídica; 2) las normas jurídicas cuyo contenido impresiona difuso y, por consiguiente, dificulta trazar determinaciones en cuanto a su adecuado cumplimiento por los sujetos obligados a respetarlas; 3) los dispositivos o pautas dimanantes de las resoluciones de la Asamblea General de las UN o de la OEA⁶, de los acuerdos políticos (*gentlemen's agreements*) y de las organizaciones regionales, entre otras moldes de elaboración que conjuntamente conformarían una suerte de “orden jurídico intermedio”.

Sobre tal marco conceptual, el actor formula reproches contra cada figura integrativa de la tríada. En su entendimiento, la primera acepción constituiría una irrazonable forma de denominar instrumentos normativos aún inmaduros y en pleno trámite de consolidación, distingo de anclaje cronológico ya bautizado por la doctrina mediante las fórmulas *lex data* y *lex ferenda*. También descalifica la segunda hipótesis descriptiva, pues interpreta que la divergencia entre *hard law* (derecho en sentido estricto) y *soft law* no decantaría de un grado disímil de imperatividad de la norma, sino de la claridad con que emerja su observancia o inobservancia, estándar que –de cualquier modo– no pone en tela de juicio su obligatoriedad. Finalmente, idéntica tesitura negativa adopta en lo atinente al último de los alcances propuestos por entender que el régimen jurídico es incompatible con la concepción de categorías o espacios intermedios, en la medida que la idea de validez normativa no puede ser fragmentada en distintos grados de intensidad; esto es, desde una terminología más llana, o un dispositivo es derecho o no lo es. A partir de ello, el doctrinario avanza en su razonamiento

⁶ Memórese que hacia el 2008 la Asamblea General de la OEA adoptó, por primera vez en su historia y en el marco del 38º periodo ordinario de sesiones, una resolución dedicada a los derechos humanos y su vinculación con la orientación sexual e identidad de género, intitulada “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (AG/RES. 2435, XXXVIII-O/08).

descalificatorio y determina que la propia noción de *soft law* constituye primordialmente un “producto ideológico” propiciado por quienes buscan dotar de exigibilidad a actos que carecen de ella, en aras de abonar su propia agenda política (BARBERIS, 1994: pp. 282-288).

Tomando una posición epistemológica –y, si se quiere, también ontológica– antagonista, un segundo sector de la literatura científica se inclina por identificar a este dispositivo como un territorio teórico de carácter irregular, cuya naturaleza no puede describirse en términos inmutables ni únicos dada la vasta diversidad de módulos susceptibles de enmarque dentro de tal acepción (vgr. resoluciones de la Asamblea General de las Organizaciones de las Naciones Unidas, diversos instrumentos del *International Environmental* o derecho ambiental, *lex mercatoria*, etc.), y el cual se encuentra emplazado entre reglas de evidente cariz jurídico y otras derivadas de estructuras notoriamente ajenas a tal tenor (e.g. sistemas morales)⁷. Desde una óptica más flexible, también se ha retratado a dicho fenómeno como un desagregado de instrumentos regulatorios, códigos de conducta, acuerdos no normativos (*non-binding international agreements*) o mecanismos de gobernanza que, a pesar de traducir cierto grado de “compromiso” o débito conductual, no hallan cimiento en criterios vinculantes, integrados por un régimen sancionatorio formal que los torne imperativos (DI ROBILANT, 2006; pp. 491-555). Sobre tal basamento argumentativo, el *soft law* fue conceptualizado como aquel conjunto de elementos donde alguno de los planos que conforman la juricidad (obligatoriedad, precisión de la conducta exigida y delegación para resolver conflictos) aparece atenuado en su vigor.

Amén de las notorias discrepancias que exhiben las posturas reseñadas, puede advertirse que todas ellas anidan en una idéntica matriz: la concepción del derecho internacional como un sistema dicotómico irreductible, alzado sobre las nociones definitivas de *norma* y *no-norma*, mutuamente excluyentes a instancias de las más esenciales nociones aristotélicas del orden lógico, que

⁷ En esta vertiente podemos situar a DEL TORO, *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho internacional*, Vol. 6, 2006, pp. 530/535; y asimismo a THÜRER, *The role of soft law in the actual process of european integration*, 1990, Zúrich, p. 130.

impiden asignar disímiles valores de verdad a un único elemento fáctico. La rigidez diamantina de esta tesis exegética obtura toda posibilidad de que los procesos de revigorización del derecho universal satisfagan el vertiginoso compás de las transformaciones que el devenir histórico imprime sobre las comunidades internacionales, dada la dificultad de recabar los consensos necesarios para reformar el *hard law*, concebido *a priori* con vocación de inmutabilidad. Asimismo, como advierte con agudeza Del Toro Huerta, tampoco es aceptable presumir que todas las problemáticas actuales pueden y deben hallar una solución jurídica de tal índole, pues en ocasiones los instrumentos no vinculantes ofrecen mejores respuestas, bien por gozar de mayor flexibilidad en creación, o bien por constituir la única vía de acuerdo posible (DEL TORO HUERTA, 2006: pp. 523-524). De allí la conveniencia de reconocer este dispositivo híbrido, derivado –en definitiva– de la vibrante versatilidad exhibida por el marco fáctico que el derecho de gentes procura regular, cual idóneo modo de canalizar la realidad imperante.

Por otro lado, desde similar perspectiva se ha señalado también que, pese a tratarse de dispositivos huérfanos de obligatoriedad, ello no los desnuda de relevancia jurídica, en la medida que representan una tendencia axiológica general y denotan la intención incipiente de enderezar esfuerzos comunitarios hacia la satisfacción de determinados designios, concretados en “*expectativas comunes de conducta*” (DUPUY, 1991: p. 328). Precisamente ese tácito acuerdo de expectativas comunes ha servido, en términos históricos: a) como premisa inmediata de costumbres consuetudinarias, costumizándose el comportamiento deseado de modo que se torne obligatorio para todos los Estados involucrados en el proceso bajo estudio, mediante la incorporación del valor *opinio juris*, b) cual precedente e influencia para la creación de *hard law*, c) a modo de canon interpretativo de las normas formales existentes, cuando su contenido luzca impotente o deficitario para especificarse y transformarse en carne sobre un escenario determinado, tal como ocurre con los PYD.

Es decir que, si bien no parece existir margen argumentativo para propugnar seriamente su naturaleza imperativa o –mejor dicho– exigible, tal carestía en modo alguno erosiona su condición de estándar jurídico

internacional, sea como espacio transicional del vacío legal hacia la cristalización de la norma positiva o como cartografía de lo deseable en términos conductuales; sin que ninguna de esas cualidades representen una intrusión amenazante al orden positivo, ni mucho menos una degradación de la fuerza obligacional que imbuye a sus preceptos.

El desarrollo expuesto precedentemente puede conjugarse armónicamente con una segunda teorización⁸, que permite echar mayor claridad a la controversia construida en derredor de la figura del *soft law*. No obstante, en aras de delinear –cuanto menos, en grado tentativo– tal tesis, el prisma examinador debe inaugurar su proceso de análisis sobre un plano epistémico que escrute y caracterice al sistema jurídico con arreglo al siguiente trinomio, extrapolado de la teoría de los sistemas dinámicos complejos: las piezas o agentes que participan activamente en él, las interacciones verificadas entre ellos y el producto emergente de tal intercambio (RUHL, 2008: p. 895 e interpretación de MANCHA ROMERO, 2015: pp. 270-280).

Al inquirir con detenimiento el caso del derecho internacional, resulta posible constatar la existencia de un marcado eclecticismo tanto en el elenco de sujetos participantes, como –naturalmente– también en los vínculos relacionales que aquellos estrechan, cuyo impulso pluralizante es catalizado por la propia retroalimentación entre ambos factores, amalgama ésta que –a decir de los autores citados– crea una red de nodos y conductos a través de los cuales se transmite la información. De allí que sea atinado desentrañar la noción de *soft law* como un elaborado comunicacional emergente de las mentadas interacciones, o dígase también –desde disímil semántica– como la reconfiguración de contenidos *ya existentes* en el régimen, ahora estructurados bajo una nuevo símbolo o unidad comunicacional. Esta disrupción, aunque natural, suscita un desajuste en el sistema dado (GOLDSTEIN, 1999: p. 60), que deberá readaptar su armado en búsqueda de restablecer la armonía perdida.

Desde tal ilación, el hincapié en las interacciones desarrolladas entre los agentes del sistema exige despojarnos de la conservadora visión que confiere

⁸ Tal propuesta continúa la elaboración fraguada por SANZ Y FOLLONI.

naturaleza de norma jurídica únicamente a aquellos componentes que acarren ínsita la estabilización de expectativas recíprocas de comportamiento, en tanto representante del tándem “acción permitida/acción vedada”, como forma de garantizar la integración social y –por tanto– la autopoiesis del régimen. Ello así dado que, amén de la solidez que pueda construirse mediante tales adagios, la vigencia de la estructura normativa siempre dependerá de los resultados que se deriven de la arquitectura trimembre referenciada *supra* y de la interdependencia factual conformada por sus elementos (HILLGENBERG 1999: pp. 499-505). En efecto, entre las infinitas combinaciones de resultados derivados de tales interacciones debe repararse especialmente en la postura que los agentes del sistema adopten frente a la norma bajo estudio, pues la ostentación de naturaleza jurídica o carencia de aquella siempre dependerá, a fin de cuentas, de la legitimidad conferida por dichos participantes, quienes se erigen en destinatarios de sus preceptos.

De lo expuesto *supra* se sigue que si un dispositivo formalmente normativo no logra recoger (o, incluso, pierde) el reconocimiento como tal por parte de los agentes que componen la estructura donde se inserta, no cabe sino determinar su invalidez jurídica a raíz de la falta de recepción material por parte del espectro subjetivo que estaba convocada a disciplinar. Caso contrario, estaríamos en presencia de una resistencia vana que pone en crisis la propia razón de ser del ordenamiento, subordinado a la existencia –y subsistencia– una necesidad fáctica que motive su nacimiento (recogido, *contrario sensu*, en el adagio latino *cessante ratione legis cessat ipsa lex*), lo que importaría convalidar su depreciación a una mero rol ornamental, incompatible con el ideal del Derecho.

ii. La inserción de los Principios de Yogyakarta en el marco del soft law.

Retomando el examen de los PYD bajo el prisma esculpido *supra*, postulo que su aporte jurídico como *soft law* emerge con prístina nitidez por razones de órdenes distintos.

En primer término, debido a que tal combinado conceptual imprime actualidad al espíritu *lex ferenda* mediante una diversificación espontánea del

tupido entramado –no siempre melodioso– del derecho internacional, a fin de dotarlo del dinamismo necesario para brindar respuesta a los acontecimientos actuales. Tal instrumento, en cuanto germen material de creación del derecho, contribuye al régimen formal de fuentes compensando su inhabilidad para brindar respuesta a la realidad imperante (en el caso, la efectiva tutela del colectivo LGTBIQ+ como grupo desaventajado) y restituyendo así plena eficacia al sistema normativo.

En este orden de entender, resulta imperioso aclarar que los PYD no inauguran nuevas órbitas regulatorias en materia de derechos humanos, sino que contribuyen a descifrar con especificidad la gama de derechos, garantías y libertades ya consagrados por otros instrumentos de carácter vinculante para muchos Estados, algunos de ellos integrantes de la robusta constelación normativa del continente. Ergo, su contenido luce sólidamente apuntalado en un plexo de obligaciones convencionales de absoluta imperatividad para sus destinatarios, dimanantes –en el caso local– del *corpus iuris* interamericano, lo que torna exigible –y *justiciable*– el cumplimiento de los principios por vía indirecta.

Su virtud, por tanto, no reside en erigir preceptos novedosos, sino en tender puentes interpretativos entre la genérica textura de tales tratados, ocasionalmente exacerbada en su perceptibilidad por el empleo de fórmulas residuales como “*cualquier otra condición social*” al interdicar la dispensa de tratos discriminatorios. Para ello, los PYD recurren a un procedimiento de traducción intercultural, que reconceptualiza los derechos humanos allí instituidos en clave pluralista mediante la expresa inclusión de minorías aventajadas como sus titulares, en lo que representa un verdadero ejercicio de políticas contrahegemónicas. Esta decodificación, catalogada como ociosa por quienes insisten en abogar por un derecho “ciego a las diferencias” aún a sabiendas de que tal “ignorancia” difícilmente impacta con neutralidad sobre todos los integrantes de la sociedad, se efectiviza a instancias del establecimiento de un diálogo de triple dimensión: lingüística, dialéctica y jurídica.

Como fuera adelantado *supra*, tampoco cabría desconocer su influencia

como encarnación expresa de los comportamientos que el seno mundial califica como deseables⁹, ni como pautas para interpretar la realidad en clave jurídica; máxime, teniendo en especial miramiento su coparticipada confección por intelectuales en materia de diversidad sexual, cuyo proceso de selección –a su vez– pretendió simbólicamente reflejar una representatividad universal. Afloran del documento, pues, propiedades valiosas que incrementan su cotización como potencial aporte teórico-jurídico. Tal vía argumentativa no constituye una mera especulación fruto de la capacidad imaginativa de quien suscribe, sino que también resulta abordable desde un acercamiento epistemológico mediante la observación de las experiencias de numerosos países, cuyos poderes estatales se valieron de los PYD para formular ajustes o innovaciones en sus respectivos plexos jurídicos. El dictado de la ley argentina n°26.743 sobre el derecho a la identidad de género¹⁰ representa el ejemplo paradigmático de su recepción, al extrapolar del instrumento bajo estudio la definición de lo que debe entenderse por “identidad de género”, acompañado en la esfera latinoamericana por los casos de Uruguay (ley n°18.620) y Chile (ley n°21.120), entre otros modelos legislativos que continúan su tradición normativa. También pueden destacarse con especial interés la normativa sancionada por Dinamarca hacia mediados del año 2014, destinada a consagrar el reconocimiento legal del género con la simple autodeterminación de la persona, y la enmienda que el parlamento federal australiano efectuare al texto originario de la *Sex Discrimination Act 1984* a fin de extender la prohibición de efectuar discriminaciones por orientación sexual, identidad de género y “estado intersexual”.

Finalmente, con el objeto de completar el panorama ingresaremos a examinar dos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que el tribunal desliza referencias concretas a los PYDB como uno de los cimientos normativos utilizados para la resolución de los interrogantes traídos a su conocimiento.

⁹ Ver, en igual sentido: CSJN, 26/03/14, “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ Quiebra”, Fallos, 337:315, voto del Dr. Enrique S. Petracchi.

¹⁰ B.O. 23/05/12; norma reconocida como pionera en la materia a lo largo y ancho del globo, por consolidar –de modo irreversible– la tendencia despatologizante de las identidades corporales disidentes al patrón dominante.

a. El caso Duque vs. Colombia¹¹.

El litigio referenciado giró en derredor de una pareja de hombres (Duque y el Sr. J.O.J.G.) que convivieron durante diez años hasta que el último de los mencionados falleció a mediados del año 2001 como consecuencia de los destructivos efectos del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, patología que también aquejaba a su compañero. Dado que J.O.J.G. se encontraba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (COLFONDOS) Duque efectuó una presentación ante dicha firma con el objetivo de que le indiquen los requisitos que debía gestionar para obtener la “*pensión de sobrevivencia*” de su pareja. No obstante, al brindar su respuesta COLFONDO respondió la petición señalando que “[l]a *legislación colombiana en materia de seguridad social específicamente el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 contempla que son beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, sin embargo, esta calidad de beneficiario, la ley la establece de la unión entre un hombre y una mujer, actualmente dicha legislación no contempla la unión entre dos personas del mismo sexo.*”. Tal réplica, descifrable –sin mayores esfuerzos interpretativos– como una implícita y *ante tempus* declinación al pedido, constituyó el puntapié del extenuante periplo cursado por Duque por los órganos jurisdiccionales internos con el objetivo de obtener el reconocimiento de su derecho, agotando de tal modo –según la Corte IDH– los recursos de los tribunales internos que se encontraban vigentes a la época, de conformidad con lo establecido por el artículo 46.1.a) de la Convención Americana de Derechos Humanos (“CADH”).

Luego de despejar interrogantes en torno al marco temporal que debe examinarse a los fines de verificar la existencia de una contravención transnacional de duración continuada, el Tribunal interamericano arribó a la determinación de que la existencia de una normativa interna que impedía del pago de pensiones a pareja del mismo sexo representaba una diferencia de trato que vulneraba el derecho a la igualdad y no discriminación, configurando así un hecho ilícito internacional. Precisamente ese ilícito afectó de forma directa al

¹¹ Corte IDH, Caso Duque, Alberto Ángel vs. Colombia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 111.

señor Duque, en la medida que esas normas internas le fueron aplicadas por medio de la respuesta brindada por el COLFONDOS y por los órganos jurisdiccionales que ratificaron tal denegación.

Tal decisión se irguió, entre demás consideraciones y cimientos normativos, sobre lo dispuesto por los PYD en lo atinente a prestaciones como la debatida. En este sentido, la Corte expresamente adujo que:

“los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, establecen en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte”¹².

De la transcripción vertida, examinada desde una holística que analice el decisorio como un módulo comunicacional único, puede colegirse que el Tribunal interamericano incorpora los PYD (en particular, la directriz n°13) como dispositivo de relevancia legal para elucidar cuestiones vinculadas a violaciones de las pautas de igualdad y no discriminación¹³ por motivos de orientación sexual, expresión de género o identidad de género, con absoluta prescindencia de toda indagación respecto a su cualidad imperativa e –incluso- de su naturaleza jurídica. Como se pronosticara *ut supra*, tal remisión lució enderezada hacia el

¹² *Ibid.*, párr. 110 y su cita.

¹³ Concebidas ambas, a nuestro criterio, desde la idea de igualdad como no sometimiento, aplicable a grupos que transiten segregaciones de índole estructural.

propósito de *especificar* el contenido de preceptos tutelares ya cristalizados normativamente por la CADH, de ahora en más decodificadas en clave LGTBIQ+ con el designio de realzar lo obvio pero aun así negado: los integrantes de tal colectivo *también* resultan acreedores del plexo de derechos, garantías y libertades allí consagrados. Contracara de ello, los Estados interamericanos que mediante conductas activas (*i.e.* denegaciones directas) u omisiones (soslayar la adecuación del derecho o procedimientos domésticos que excluyan a dichos grupos), impidan, demoren u obstaculicen su reconocimiento, podrán resultar responsabilizados por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito.

b. La Opinión Consultiva n°24/17¹⁴.

El restante caso citado, corolario del ejercicio de las competencias informativas de la Corte IDH, tuvo lugar en el marco de la Opinión Consultiva 24/17 solicitada por la República de Costa Rica, con relación a los artículos 11.2, 18 y 24 de la CADH, y su pertinente cotejo con el artículo 17 de idéntico instrumento. En particular, el país tico presentó la solicitud de opinión consultiva con el objetivo de que la Corte IDH se pronuncie sobre el alcance e interpretación de: 1) “[I]a protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24^[15] en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una”; 2) “[I]a compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica¹⁶, Ley no 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención”; 3) “[I]a protección que brindan los artículos 11.2 y 24 en relación con el artículo 1 de la

¹⁴ Corte IDH, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC 24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A No 1.

¹⁵ “2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”; “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”; “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

¹⁶ Cuyo texto reza: “Todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre con autorización del Tribunal lo cual se hará por los trámites de la jurisdicción voluntaria promovidos al efecto”.

CADH al reconocimiento de los derechos patrimoniales derivados de un vínculo entre personas del mismo sexo”.

Al expedirse sobre las cuestiones aludidas, el Tribunal inauguró su exposición mediante un glosario terminológico de voces vinculadas a la temática, destacando que aquellos son importados de los PYD y de los PYD “Plus 10”, y asimismo que dicha recepción encontró puntapié inicial en el caso *Duque vs. Colombia*, citado *ut supra*¹⁷.

Seguidamente, ya en proceso de delineación del prisma de escrutinio a aplicar, memora que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo –vgr.– la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones, determinar su identidad y definir sus relaciones personales. De tal modo, se enfatiza en que el concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, dimensiones que –a la postre– comprenden el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo externo. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona, e irradia también sobre el modo en que el individuo se autopercibe a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia el otro, siendo ello “*una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad*”¹⁸.

La posibilidad de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, constituye un aspecto medular en el pleno reconocimiento de la dignidad. El principio de la autonomía personal reviste un papel protagónico en tal marco, pues tal directriz proscribire todo desenvolvimiento o actuación estatal que procure la instrumentalización de la persona; es decir, “*que lo convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su*

¹⁷ *Ibidem*, párr. 30 a 32.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 87.

personalidad”, en tanto “*cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses*”. Dentro de esa amplia gama de elecciones se insertan, con especial vigor, las relativas a la identidad de género y preferencia sexual, componentes catalogados como “esenciales” a todo plan de vida y a la “individualización” de las personas.

Sentado tal basamento, la Corte IDH subraya que el reconocimiento de la identidad de género estriba infranqueablemente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como *pieza* de una *construcción identitaria mayor*, resultado de la decisión libre, autónoma e incondicionada de cada persona, con expresa emancipación de toda observación genital. De ello se desprende que tanto el sexo, como las identidades, funciones y los atributos contruidos socialmente, emergentes de las diferencias biológicas derivadas del sexo asignado al nacer, en modo alguno constituyen componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona; muy por el contrario, son rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo ostenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende –postula el Tribunal– “*quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables*”¹⁹.

Como corolario de lo expuesto, la Corte interpreta que el reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, expresamente protegido por la CADH en sus artículos 7 y 11.2; no sólo como derecho independiente y emancipado del resto de prerrogativas, sino también en calidad de *instrumento habilitante* del goce de muchos otros derechos.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 94/95 y sus citas.

Las consideraciones reseñadas precedentemente permiten anticipar la inclinación final del pronunciamiento construido: el derecho de las personas a definir de manera autónoma su propia identidad sexual y de género se hace efectivo garantizando que tales definiciones concuerden con los datos de identificación consignados en los distintos registros así como en los documentos de identidad. Ello se traduce, a su vez, en la existencia del derecho de cada persona a que los atributos de la personalidad anotados en esos registros identificatorios guarden sincronía con las definiciones identitarias que poseen sobre su propia persona; y que, claro está, medie la posibilidad de modificarlos cuando no medie correspondencia. Pero la circunstancia más relevante –a los fines del presente– viene dada por la recepción que la Corte esboza sobre una de las recomendaciones vertida en los PYD sobre la temática, al establecer que los Estados se encuentran obligados a adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que resulten necesarias *“para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí”*, así como para que *“existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona —incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos— reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí”*²⁰.

En torno al procedimiento de solicitud de adecuación de los datos de identidad de conformidad con la identidad de género auto-percibida, el Tribunal vierte una nueva referencia expresa a los PYD, en cuanto estipulan que *“[n]inguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona”*. Por último, destaca también que el carácter reservado de los procedimientos de cambio del nombre de pila y en su caso, género o sexo e imagen de acuerdo a la identidad de género auto-percibida, se encuentra en armonía con lo dispuesto por dicho instrumento, cuando estipula que todas las personas –con independencia de su orientación sexual o identidad de género– tienen el derecho a la vida privada, sin injerencias arbitrarias o

²⁰ *Ibid.*, párr. 112; principio n°3.

ilegales en la misma.

Respecto a la regulación aplicable a los cambios, adecuaciones y rectificaciones concretadas durante la niñez, en primer término la Corte IDH recordó que los niños y las niñas son titulares de los mismos derechos que los adultos y de todos los derechos reconocidos en la CADH, sin perjuicio de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la CADH, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Desde tal perspectiva, los derechos contenidos en instrumentos generales de derechos humanos deben examinarse mediante hermenéutica que tome en consideración el *corpus juris* sobre derechos de infancia. También sobre esta temática fueron expuestas consideraciones apuntaladas sobre los PYD, primigeniamente en lo relativo al segmento preambular de tal documento, en cuanto preceptúa que “*todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen...derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos*”, siendo que “*una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña, y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez*”²¹.

Finalmente, al pronunciarse acerca de la tutela convencional de los vínculos enlazados por parejas del mismo sexo, se replica la remisión que el Tribunal efectúa a los PYD en el caso *Duque vs. Colombia* sobre el derecho que todas las personas tienen a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

De conformidad con la óptica de escrutinio labrada en los acápites iniciales, los pronunciamientos relevados adquieren determinante trascendencia tanto en la tarea de elucidar si los PYD encuadra en la noción de *soft law*, como

²¹ *Ibid.*, párr. 155.

asimismo en la demarcación de las proyecciones que su contenido irradia hacia el ordenamiento normativo, pues traduce un abierto reconocimiento de su naturaleza jurídica por parte de un agente central del sistema. Tan central que ostenta aptitud para estructurar –por ambas vías, contenciosa y consultiva, e incluso desde un enfoque lato– una rigurosa traducción de los deberes estatales que la CADH derrama sobre los Estados parte, en tanto institución judicial de todo el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

V. A modo de colofón: relegar el formalismo para abrir paso a la realidad

Los PY constituyen un instrumento cuyas singulares aristas complejizan considerablemente la misión de identificar su naturaleza. Empero, su innata vocación jurídica, la sobresaliente *expertise* de sus suscriptores y la efectiva incidencia lograda en el proceso de dinamizar el complejo articulado del derecho internacional habilitan cobijarlos dentro de la amplia noción de *soft law*.

El análisis de la estructura de todo sistema normativo, desde un prisma preeminentemente empírico y focalizado en los componentes materiales que lo conforman, ilustra al examinador sobre el carácter permeable de su textura, rasgo distintivo que le confiere capacidad de mutar al compás de las interacciones desarrolladas por sus integrantes. En este marco conceptual debe situarse la emergencia del dispositivo de “derecho blando”, que ha logrado recoger en su –aún novedoso– derrotero auspiciosos gestos por parte de los agentes del medio jurídico, traducibles como un franco reconocimiento de su plena legitimidad como norma especificante de derechos humanos ya coronados por normas de tenor vinculante.

Consecuentemente, si bien resulta ineludible admitir la inexistencia de puntales a partir de los cuales pueda discurrirse su potestad imperativa para la comunidad internacional, tal carencia en modo alguno erosiona su calidad de estándar jurídico universal, ni tampoco disimula su efectividad como vehículo para inspirar patrones conductuales deseables y titularizar los derechos ya reconocidos en la CADH desde el reconocimiento de las diferencias. Funciones

éstas que, insistimos, adquieren exorbitante relevancia ante la impotencia que exhibe el *hard law* para brindar respuestas normativas al contexto imperante.

La realidad interpela con apremio una protección jurídica inmediata a favor del colectivo LGTBIQ+, históricamente postergado en términos estructurales, que canalice las justas reivindicaciones exigidas por sus integrantes en materia de derechos fundamentales, quienes diariamente toleran intolerables vulneraciones de carácter físico, psíquico y social. En tan acuciante coyuntura, no media margen para empuñar reminiscencias soberanistas, elucubraciones de orden teórico ni tampoco disquisiciones semánticas para prescindir de aplicar el instrumento que mayor adaptabilidad presenta para decodificar en clave jurídica las necesidades pendientes de satisfacción.

Encontrándonos aún, desde nuestra doble condición de integrantes de la sociedad y pensadores del derecho, en deuda –acaso impagable– con tal grupo desaventajado, ¿podemos continuar sacrificando el reconocimiento de sus derechos humanos en el altar de los puros formalismos?, ¿resulta humanísticamente lucrativo mantenernos aferrados a compromisos retóricos, motivados en la nostalgia de un régimen normativo vetusto e incapaz de conceder un umbral mínimo de dignidad a todos los ciudadanos del mundo?

VI. Bibliografía

AXELROD, R. (1986). *An evolutionary approach to norms*. The American Political Science Review, volume 80 (número 4), pp. 1095-1111.

BALZER, C., HUTTA, J. S., ADRIAN, T. Y HYNDAL, P. (2012). *Transrespeto versus Transfobia: un estudio Comparativo de la situación de los derechos humanos de las personas Trans*, Transgender europe, volumen 7.

BARBERIS, J. (1994). *Formación del Derecho Internacional* (1ª ed.). Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

BUTLER, J. (2008). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y*

discursivos del 'sexo' (1ª ed.). Buenos Aires: Paidós.

DEL TORO HUERTA, M. I. (2006). *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, volumen 6, pp. 513-549.

DI ROBILANT, A. (2006). *Genealogies of Soft Law*. The American Journal of Comparative Law (Oxford University Press), volumen 54 (número 3), pp. 499-554.

DUPUY, PM. (1991). *Soft Law and the International Law of the Environment*. Michigan Journal of International Law, volume XII (CDXX), pp. 420/435.

FALK, R. A. (1966). *On the quasi-legislative competence of the General Assembly*. The American Journal of International Law, volumen 60 (número 4), pp. 782 – 791.

FERNÁNDEZ, J. (2004), *Cuerpos desobedientes: travestismo e identidad de género* (1ª ed.), Buenos Aires: Edhasa.

GIL DOMÍNGUEZ, A. (1999). *El derecho a la identidad en un caso de hermafroditismo: un interesante estándar constitucional*, Revista La Ley, pp. 1104-1108.

GOLDSTEIN, J. (1999). *Emergence as a construct: history and issues*, Emergence, volume 1 (número 1), pp. 49-72.

HILGENBERG, H. (1999). *A fresh look at soft law*. European Journal of International Law, volume 10 (número 3), pp. 499-515.

MANCHA ROMERO, P. D. (2015). *Caos, complejidad y derecho: aportaciones de John B. Ruhl*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, volumen 49, pp. 259-280.

MONEY, J., HAMPSON, J. G. Y HAMPSON, J. L. (1995). *An examination of some basic sexual concepts: the evidence of human hermaphroditism*, bulletin of Johns Hopkins Hospital, volumen 97 (número 4), pp. 301-319.

RAPISARDI, F. (2008). *Escritura y lucha política en la cultura argentina: identidades y hegemonía en el movimiento de diversidades sexuales entre 1970 y 2000*, Revista Iberoamericana, volumen 74 (número 225), pp. 973-995.

RUHL, J. B. (2008). *Law's complexity: A primer*. Georgia State University Law Review, volumen 24 (número 4), pp. 885-991.

SANZ, R. Y FOLLONI, A. (2017). *El soft law como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad*. Revista de Direito Internacional, volumen 14 (número 3), pp. 244-290. Accesible en <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5021/pdf> (compulsado por vez final el 8 de enero de 2021).

SHELTON, D. (2000). *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system* (1ª ed.). Oxford: Oxford University Press.

THÜRER, D. (1990). *The role of soft law in the actual process of european integration*. en O. Jacot-Guillarmod, Olivier y P. Pescatore (Ed.). *L'avenir du libre-échange en Europe* (pp. 125-140). Zúrich: Schulthess.

**DESPLAZAMIENTO FORZADO EN EL CONTEXTO DE DESASTRES Y CAMBIO CLIMÁTICO:
EXPERIENCIAS DE PROTECCIÓN A PARTIR DEL CASO HAITÍ**

Raúl Gualtruzzi¹

Fecha de recepción: 19 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 13 de enero de 2021

Resumen

Este trabajo pretende abordar los desafíos de protección que surgen a partir del desplazamiento forzado en el contexto de desastres y cambio climático, considerando el vacío legal existente en la materia y el desencuentro doctrinario respecto a los posibles abordajes. Para ello, se realiza un análisis histórico respecto de la evolución del Derecho Internacional de los Refugiados, así como también se indagarán los diversos debates doctrinarios respecto del controvertido concepto de “refugiado ambiental”, así como las reticencias de la comunidad internacional en asumir mayores compromisos respecto de la cuestión. Asimismo, se analiza cuál es el rol del ACNUR respecto de su mandato inicial y frente a estos nuevos escenarios. Finalmente, se abordan las posibles alternativas y soluciones de protección que en nuestra región se han venido ensayando a partir de las catástrofes que tuvieron su epicentro en Haití, en 2010 y 2016.

Palabras clave: Migraciones – Desplazamientos forzados – Refugiados – Derechos Humanos.

Title: Forced displacement in the context of disasters and climate change: protection experiences from the case of Haiti.

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Magíster en Relaciones Internacionales Europa-América Latina (Universidad de Bologna, Italia). Miembro del Centro de Estudios de Política Internacional (Universidad de Buenos Aires, Argentina) e integrante del Grupo Joven del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.

Abstract

This article aims to address the protection challenges arising from forced displacement in the context of disasters and climate change, taking into account the existing legal vacuum in this area and the lack of consensus in the doctrine regarding possible approaches. In this regard, an historical analysis is made of the evolution of international refugee law, and the current debate on the controversial concept of "environmental refugee" will be explored, as well as the international community's reluctance to assume greater commitments in this respect. The role of the UNHCR in relation to its initial mandate and in the face of these new scenarios will also be analyzed. Finally, it addresses the possible protection alternatives and solutions that have been tested in our region since the disasters that had their epicenter in Haiti in 2010 and 2016.

Keywords: Migration - Forced displacement - Refugees - Human rights.

«El cambio climático es el desafío determinante de nuestros tiempos: un desafío que interactúa y refuerza otras megatendencias, como el crecimiento de la población, la urbanización y la creciente inseguridad alimentaria, hídrica y energética. Es un desafío que está aumentando la magnitud y la complejidad de los desplazamientos humanos y que tiene consecuencias importantes para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales».

(ANTÓNIO GUTERRES, Secretario General de la ONU y ex Alto Comisionado para los Refugiados).

I. Introducción

Existe un amplio consenso en cuanto a que el cambio climático se constituyó en la amenaza más urgente que debe afrontar la humanidad. Sus efectos ya se perciben en todos los puntos del planeta y amenazan los más

diversos aspectos de la vida humana. En este sentido, las predicciones a futuro resultan aún mucho peores, con fenómenos climáticos aún más extremos, y también con procesos de aparición lenta como sequías prolongadas e inundaciones que afectarán especialmente las condiciones de desarrollo y habitabilidad de enormes proporciones del planeta, lo que supone profundizar las desigualdades y vulnerabilidades en las regiones más desfavorecidas, poniendo en riesgo la seguridad alimentaria y generando grandes consecuencias para el desplazamiento humano.

Asimismo, el cambio climático actúa como disparador de otro tipo de conflictos o acentúa aquéllos existentes, como ocurrió con el conflicto en Siria en 2011 o en Sudán del Sur en 2013.

Por otro lado, el aumento del nivel del mar y con ello, la amenaza de hundimiento de los pequeños Estados insulares amenaza con dejar apátridas a cientos de miles de sus habitantes.

En efecto, entre 2008 y 2015, 203 millones de personas se han visto forzadas a desplazarse por desastres, y la probabilidad de desplazamiento por desastres se ha duplicado desde la década de 1970 (ACNUR, 2017: p.2). Como observamos, tales proyecciones afectan de manera más significativa a las zonas más pobres del planeta, y se espera que los países en desarrollo sean quienes sufran las peores consecuencias, donde una gran parte de la población vive en zonas rurales y principalmente sus economías dependen de la agricultura y la pesca, y donde sus fuentes energéticas también son vulnerables al Cambio Climático. Ello sumado a la baja capacidad de recursos económicos, instituciones estructuralmente débiles y ausencia de medios que permitan mejorar su capacidad de adaptación y resiliencia.

Ya lo destacaba el Alto Comisionado Auxiliar para la Protección del ACNUR en oportunidad de celebrarse la Consulta mundial de la Iniciativa Nansen, al destacar que:

“(...) las personas abandonan cada vez más sus hogares «a causa de la interacción entre la degradación ambiental, los peligros naturales y el cambio climático y los efectos de la rápida urbanización, la escasez de agua y la inseguridad alimentaria y energética», agravada por «la

desertificación, la sequía, las inundaciones y la creciente gravedad de los desastres». Las personas que se desplazan en tales circunstancias «son a menudo doblemente vulnerables debido a los lugares y las condiciones en las que viven, así como al riesgo al que se enfrentan por los reiterados desplazamientos». (ACNUR, 2017: p. 5).

Pese a ello, encontramos que no existe una definición universalmente consensuada para describir a los mal llamados “refugiados climáticos”, así como tampoco existen instrumentos internacionales que garanticen la protección y el respeto de sus derechos. De esta forma, encontramos que pese a que una gran parte de la doctrina pretende que tales desplazamientos sean resueltos dentro de la órbita del Derecho Internacional de los Refugiados, encontramos que tal marco normativo protege a los desplazamientos forzados que se producen a consecuencia de guerra, violencia, persecución o graves violaciones a los Derechos Humanos..

En este sentido, el propósito del presente trabajo es abordar los desafíos legales y de protección que suponen aquellos desplazamientos que se realizan a través de fronteras, y que actualmente no reciben un adecuado tratamiento en el derecho internacional. Para ello se analizarán las experiencias surgidas a partir de las catástrofes que se sucedieron en Haití en los años 2010 y 2016, y cómo los Estados de la región ensayaron respuestas de protección frente a la ola de desplazamientos que se generaron. Asimismo, se indagará otras iniciativas que de una u otra manera, pretenden brindar un abordaje superador a la cuestión, fundamentalmente poniendo el foco en soluciones locales y regionales, como bien lo planteó en su momento la iniciativa Nansen y su sucesora, Plataforma para el Desplazamiento por Desastres.

Una tarea sumamente difícil en la medida en que estamos ante un escenario de profundos desacuerdos y desencuentros, en donde pareciera que los líderes de la comunidad internacional tienen pocas o nulas intenciones de abordar la cuestión, no habiendo tomado una cabal conciencia del oscuro escenario que los efectos del cambio climático (efectos de la presión de la vida humana en la tierra) nos depara en el futuro cercano, por lo que mucho menos

puede esperarse respecto a un abordaje serio de cuáles serán las consecuencias –y soluciones que deban encontrarse– para el fenómeno de los desplazamientos en el contexto de desastres y cambio climático.

II. Conceptos introductorios: ¿Migrantes, desplazados o refugiados?

Adentrándonos en la cuestión terminológica, y previo a analizar los diferentes instrumentos internacionales que definen el término “refugiado”, necesario será a los fines del presente trabajo poder diferenciar concretamente a qué nos referimos cuando hablamos de personas migrantes, desplazadas y refugiadas.

Al respecto, señala Valeria Llamas que “(...) desde el ámbito jurídico, lo primero que se debe tener presente es que el migrar es un derecho humano. El mismo se encuentra reconocido en los principales instrumentos regionales y universales de esa materia, así como en un amplio número de constituciones y leyes nacionales” (LLAMAS 2016: p. 148).

Así, el Art. 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reza: “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.” También lo hacen en idéntico sentido el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos en su Art. 12, y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su Art. 22, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su Protocolo 4.

Comenzaremos analizando el término “migrante” según la definición de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Migrante es “cualquier persona que se desplaza o se ha desplazado a través de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia independientemente de: 1) su situación jurídica; 2) el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento; 3) las causas del desplazamiento; o 4) la duración de su estancia”.

De tal definición, observamos que la migración puede ser interna, cuando la misma se produce dentro de las fronteras de un mismo país, o puede adquirir

un carácter internacional, cuando la misma se produce a través de las fronteras de diferentes países.

Asimismo la migración puede ser de carácter: 1) “voluntario”, cuando la misma se lleva a cabo por razones económicas, crecimiento profesional, o mejores oportunidades; o 2) “forzado”, entendido como aquél “(...) movimiento de población fuera de su lugar de origen o de residencia habitual, de carácter temporal o permanente y por lo general a gran escala, que tiene un carácter involuntario, es decir, es motivado por la presión –o la amenaza– de factores externos actuando aisladamente o en conjunción”.² Aquí observamos que también comprende las migraciones producto de catástrofes ambientales y/o transformación del entorno de su hábitat.

A mayor abundamiento, el ACNUR aborda la distinción en su “Manual de procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado”, al momento de diferenciar a los migrantes económicos de los refugiados. Así, “un emigrante es aquella persona que, por motivos distintos de los denunciados en la definición –haciendo referencia a la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 – abandona voluntariamente su país a fin de establecer su residencia en otro lugar. Si obedece exclusivamente a consideraciones de tipo económico, es un emigrante y no un refugiado” (ACNUR, 1988: p. 17).

Aquí puede introducirse una de las grandes discusiones que llevan adelante doctrinarios, en cuanto a la tajante diferenciación que existe entre las personas refugiadas y los migrantes. Al respecto, De Lucas, afirma que:

“(...) se trata de evitar lo que... parece un ‘efecto rebote’, si no una paradoja perversa. Pensar que son los refugiados los que tienen en riesgo sus derechos, pero no los inmigrantes... En realidad, sin negar la pertinencia de un régimen jurídico específico para quienes se ven obligados a buscar refugio fuera de su país, cabe preguntarse por la diferencia de fondo. ¿Acaso la mayoría de esos que llamamos inmigrantes ‘económicos’ emigran por capricho? No. Las causas de

² Definición según el “Diccionario de acción humanitaria y Cooperación al Desarrollo”. Accesible en <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/143>.

estos *desplazamientos forzados* a los que se ven constreñidos buena parte (no todos, desde luego) de los que llamamos inmigrantes, tienen mucho más que ver con lo que llamamos estado de necesidad. (DE LUCAS, 2015).

Al respecto, el mismo autor agrega que el principal derecho para los inmigrantes debiera ser el derecho de no emigrar, donde existan precisamente la posibilidad de poder elegir, “donde estas condiciones no existen, la inmigración es un fenómeno tan fatal como ineludible”.

Como señalaba Eugenia Contarini, oficial de protección de la Oficina Regional para el Sur de América Latina de ACNUR, se trata de la primera discusión a considerar y aquella consiste en:

“(…) tratar de reflexionar críticamente sobre esta distinción entre migrantes y refugiados en el mundo de hoy... Es cada vez más difícil poder distinguir como lo hacíamos en el pasado si el desplazamiento es por razones forzadas o por razones voluntarias. La masividad del desplazamiento que está enfrentando el universo... hace muy difícil que sigamos tratando de categorizar con viejas palabras si el desplazamiento es forzado o voluntario”.³

Por otro lado, analizando ahora el término “desplazados”, nuevamente recurriremos a la definición utilizada por ACNUR, que es la que mejor se adapta a los fines de este trabajo. En este caso, el aspecto distintivo fundamental respecto de los refugiados, es precisamente que éstos últimos han cruzado una frontera internacional. Así, señalando que la principal causa de los desplazamientos forzados son los conflictos armados, cuando se habla de desplazamientos forzados internos, se hace referencia a aquellas personas que

³En oportunidad de su participación en la conferencia “Desafíos del nuevo Pacto Mundial sobre Refugiados”, Senado de la Nación Argentina, el 14 de Agosto de 2018. Accesible en <https://www.youtube.com/watch?v=r1E-BCmlrMQ&feature=youtu.be>

se han visto obligadas a dejarlo todo, pero que aún no han cruzado una frontera internacional.⁴

Sin embargo, un vasto acervo de evidencias coloca a los desastres naturales y el cambio climático, como otras de las causas generadoras del desplazamiento forzado en el mundo, alcanzando un promedio anual de 21,5 millones de personas.⁵ Incluso, señala el ACNUR que éstos fenómenos actúan como “multiplicador de amenazas” en muchos de estos conflictos, como se indicara, por ejemplo, en el caso de Siria.

Veremos en las siguientes páginas el porqué, cuando estos desplazamientos como consecuencia de conflictos armados, o la persecución política, por motivos de raza, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo o religión traspasan una frontera internacional, son considerados refugiados, accediendo a la protección internacional que ello implica, y cómo paradójicamente, los desplazamientos a causa de desastres y cambios climáticos no.

III. Breve análisis del abordaje jurídico del derecho internacional de los refugiados a través de su evolución histórica.

Según el Diccionario de Acción Humanitaria, se entiende por migración forzosa a los “(...) movimientos de población fuera de su lugar de origen o de residencia habitual, de carácter temporal o permanente, a gran escala, que tiene un carácter involuntario, es decir, es motivado por la presión –o amenaza– de factores externos actuando aisladamente o en conjunción”.⁶

De esta forma, puede advertirse una clara diferenciación entre aquellos desplazamientos forzados que gozan de una protección jurídica internacional

⁴ACNUR Comité Español (mayo 2016). *¿En que se diferencia un desplazado a un refugiado?*. Accesible en: <https://eacnur.org/blog/en-que-se-diferencia-un-desplazado-de-un-refugiado/>.

⁵UNHCR (6 de noviembre de 2016), *Preguntas frecuentes sobre el desplazamiento causado por el cambio climático y los desastres naturales. El desplazamiento relacionado con el cambio climático no es un riesgo hipotético, sino una realidad frecuente*. Accesible en: <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2016/11/5af3062d19/preguntas-frecuentes-sobre-el-desplazamiento-causado-por-el-cambio-climatico-y-los-desastres-naturales.html>

⁶ Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Accesible en <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/143>

(los que se encuadran dentro del Derecho Internacional de los Refugiados), y aquéllos que no. Ello, sin dejar de soslayar que la razón por la que se creó una categoría distinta conocida como refugiados aparece cada vez menos clara para muchos observadores. “Las categorías en sí mismas pueden carecer de sentido... son los derechos correspondientes lo que les confieren un significado particular. Las definiciones son esenciales para fines jurídicos” (BARUTCISKI, 1998: p.11).

Cabe destacar que, como señala Feller:

“(...) desde que comenzó la historia ha habido refugiados, pero la conciencia de que incumbe a la comunidad internacional de prestarles protección y dar con una solución para sus problemas sólo data de la época de la Sociedad de las Naciones y de la designación del doctor Fridtjof Nansen como el primer Alto Comisionado para los refugiados rusos en 1921” (FELLER, 2001: p. 2).

En efecto, pese a las catastróficas consecuencias de la Primera Guerra Mundial en términos de refugiados, la Sociedad de las Naciones, creada en 1919, al momento de su formación no instituyó ningún mecanismo para afrontar el fenómeno. Sólo en agosto de 1921, después de una conferencia sobre este tema convocada por organizaciones humanitarias, la Sociedad de las Naciones decidió nombrar un Alto Comisionado para los Refugiados.

En este sentido, el abordaje de los interrogantes aquí planteados nos lleva a analizar, en primer lugar, las diferentes variables del concepto de “refugiado” receptadas en los principales instrumentos internacionales enmarcados en lo que se conoce como el Derecho Internacional de los Refugiados. En efecto, los primeros antecedentes en que comunidad internacional dio protección a los refugiados se encuentran en la designación de Fridtjof Nansen como el primer Alto Comisionado para los refugiados rusos en 1921, quien luego tomará una enorme relevancia a partir de las consecuencias que trajo aparejadas la II Guerra Mundial, que marcaron la necesidad y elaboración de la Convención de 1951.

Sería a partir de este momento, y como consecuencia de los estragos producidos por las dos grandes guerras mundiales que azotaron el continente

europeo, que la comunidad internacional lograría definir terminológicamente el concepto de refugiado en un instrumento jurídico vinculante, la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados. Éste reza en su artículo 1A, punto 2, que será considerado refugiado a toda persona que:

“(…) como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a 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 que, 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”.

Recién en 1967 dicha limitación temporal y geográfica sería eliminada, en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados.

En cuanto a los factores históricos, es evidente que la Convención de 1951 nace a la luz de los acontecimientos ocurridos durante la primera mitad del siglo XX, fundamentalmente los estragos ocasionados por Segunda Guerra Mundial, y ello lo explica en gran medida su limitación temporal y geográfica, algo que sería subsanado recién en 1967 con su Protocolo.

Así lo señala Valdez Arroyo, “el concepto de refugiado contenido en la Convención de 1951 surgió de circunstancias especiales, como fueron los desplazamientos masivos por territorio europeo durante y luego de la Primera y Segunda Guerra Mundial. Por ello, esta definición y el sistema de protección construido alrededor de ella respondían a la realidad del momento, tomando en cuenta las principales causas de estas movilizaciones e incluso limitando su aplicación al continente europeo.” (VALDEZ ARROYO, 2004: p. 125).

Sin embargo, los acontecimientos históricos sobrevinientes, los procesos de descolonización que a partir de la década del '60 comenzaron a suscitarse en África, y luego los hechos de violencia generalizada en América Latina en las décadas de 1970 y 1980, hicieron necesario que se repensara el concepto

sumamente restringido de refugiado que brindaba la Convención de 1951 y su Protocolo. Así, vemos cómo los antecedentes históricos toman una relevancia fundamental a la hora de la ampliación de dicho término (SEPÚLVEDA, 1998: p. 541).

En consecuencia, tal definición del concepto de refugiado sería ampliada luego a instancias regionales. En este sentido, la Convención de la Organización para la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, en 1969, en su artículo 2, establece que “el término "refugiado" se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad.”

Asimismo, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, parafraseando su precedente de la Organización para la Unidad Africana (OUA), reconoce la necesidad de ampliar el concepto de refugiado al señalar que:

“(…) la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.” (Declaración de Cartagena sobre Refugiados, conclusión tercera).

Esta ampliación de definición, pone de manifiesto la relación directa que explica el fenómeno de los desplazamientos forzados de personas con las causas de la inseguridad humana. En este sentido, señalaba el ACNUR que:

“(…) la noción de seguridad ha adquirido en los últimos años un significado más amplio, asumiendo un carácter más humano y más centrado en la gente”. Citaba además dicho trabajo el informe del PNUD de 1994, donde reconocía que “la pérdida de la seguridad humana puede sobrevenir a causa de un proceso lento y silencioso, o bien de una emergencia brusca y notoria. Puede ser provocada por el hombre, debido a la adopción de políticas inadecuadas, tener su origen en causas naturales, o bien ser una combinación de ambas”. (ACNUR, 1997: p.14).

Sin embargo, todavía resulta difícil de comprender por qué la comunidad internacional es reticente a brindar y conceder protección jurídica ante los casos de desplazamientos forzados transfronterizos por cuestiones ambientales. En efecto, se observa cómo:

“(…) en las últimas décadas han surgido una gran cantidad de situaciones ‘atípicas’ que escapan al concepto de refugiado que ofrece la Convención de Ginebra. Se trata de situaciones de refugiados de hecho, que carecen de un estatuto legal de refugiado, entre las que se encuentran figuras como los refugiados “en órbita”, los refugiados de facto, los refugiados en masa y los desplazados”(PÉREZ BARAHONA, 2003: p. 229).

En efecto, preciso es señalar que, salvo algunas excepciones que abordaremos a partir del caso de estudio, la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984 tampoco incluye los supuestos de desplazamientos como consecuencia de desastres naturales o cambio climático.

Así, en la Reunión de Expertos convocada por ACNUR para el análisis y la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984, convocada en Montevideo en el año 2013, señalaba que existía “(…) la percepción de que esta definición no se adapta fácilmente a la magnitud, escala y naturaleza de muchos de los actuales conflictos o situaciones de violencia y los movimientos de refugiados. Sin embargo, la Convención de

1951 no hace ninguna distinción entre los refugiados que huyen en tiempos de paz o de conflicto...”.⁷

Por otro lado, seguidamente las mismas conclusiones resultan tajantes en cuanto a la aplicación de la definición ampliada para diferentes supuestos de los enunciados en su texto, por ejemplo el caso de personas que huyen de desastres naturales. Así, en el párrafo 10 del mismo documento se concluye que:

“Asimismo, la definición de refugiado de Cartagena no pretende ser una definición omnicomprensiva para todas las situaciones por las cuales las personas se ven obligadas a dejar sus países de origen y cruzar una frontera internacional. Si bien los Estados pueden optar por aplicar la definición de refugiado de Cartagena a las personas obligadas a partir debido a desastres naturales o ecológicos, ellas no están, en sentido estricto, protegidas en virtud de la definición de refugiado de Cartagena”.

En concomitancia con lo anteriormente señalado, puede observarse que, pese a que existen algunas iniciativas aisladas que intentan abordar la problemática de los desplazamientos forzados transfronterizos por cuestiones vinculadas al cambio climático y los desastres, aquellos desplazamientos permanecen en un limbo legal, sin poder acceder éstas personas, en la mayoría de los casos, al amparo y la tutela de sus derechos humanos más elementales.

IV. La desprotección jurídica de los mal llamados “refugiados ambientales”

En este punto intentaremos abordar las diferentes posturas que existen en la doctrina y los principales actores internacionales, respecto de la utilización del término “refugiado” para aquellos desplazamientos que son motivados por el cambio climático o los desastres naturales. Por supuesto, el tratamiento que le daremos en este trabajo pretende ir más allá de la mera discusión terminológica. Sin embargo, son esas mismas discusiones las que en cierta forma guían el

⁷ El Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984 puede encontrarse en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9651.pdf>.

debate. De la lectura de los razonamientos que se inclinan por uno u otro término podremos comprender de manera más acabada todo el arco de derechos y mecanismos de protección que se encuentran en juego, y como muchas veces de ese mismo encasillamiento depende el tratamiento que se le dará a cada caso concreto. Y en este orden de ideas se expresa Arenas Hidalgo cuando señala la importancia fundamental que tiene el hecho de ser (o no ser) reconocido como refugiado. “Aclarar quién es y quién no es refugiado tiene una enorme importancia para las personas desplazadas pues la respuesta determina el grado de apoyo y protección que los individuos reciben, así como las soluciones a largo plazo para su situación”. (ARENAS HIDALGO, 2002: p.3). En esta línea, señala Posada que dicha diferenciación ha llevado a que los refugiados estén en mejores condiciones que los no reconocidos, dado de que su estatuto legal es claro (POSADA, 2009: p. 131).

En igual sentido reflexiona Oli Brown: “No es únicamente una cuestión de semántica. De acuerdo con la legislación internacional, la denominación que se adopte de manera general tendrá repercusiones reales en términos de obligaciones por parte de la comunidad internacional.” (BROWN OLI 2008: p.13). Asimismo, hacemos nuestras las palabras de Walter Kälin, quien advierte que: “no debemos distraernos con discusiones semánticas de escaso significado práctico sobre si llamar a las personas afectadas "refugiados del cambio climático", "migrantes medioambientales" u otra cosa. En cambio, lo que se necesita es un análisis exhaustivo de los diferentes contextos y formas que puede adoptar el desplazamiento inducido por los desastres naturales”.⁸

Hecha la aclaración, comenzaremos por analizar los razonamientos que se inclinan por utilizar el término “refugiado” y, como se mencionara anteriormente, quien primero hace mención a esta vinculación entre migración forzada y la afectación del medio ambiente es Lester Brown, del “World Watch Institute”, al referirse a las enfermedades por causas ambientales, la contaminación y el

⁸ WALTER KÄLIN, quien fuera Representante del Secretario General sobre los Derechos Humanos de los Desplazados Internos, Panel sobre reducción y prevención de riesgos de desastres: abordando las consecuencias humanitarias de los desastres naturales, ECOSOC, Segmento de Asuntos Humanitarios, 16 de julio 2008. Accesible en <https://www.brookings.edu/on-the-record/the-climate-change-displacement-nexus/>

cambio climático, como tres de los grandes problemas poblacionales –de carácter global– a los que el mundo debía prestar una urgente atención (BROWN, L. R., MCGRATH, P. L., & STOKES, B, 1976: p. 18 y ss.).

Sin embargo, quien instalaría el término a mediados de los años ´80, sería El-Hinnawi quien define a los refugiados ambientales como:

“Los Refugiados Ambientales son aquellas personas que se han visto obligadas a abandonar su hábitat tradicional, temporal o permanentemente, debido a una marcada perturbación ambiental (natural y/o provocada por las personas) que puso en peligro su existencia y/o afectó gravemente a su calidad de vida. Por "perturbaciones medioambientales" en esta definición se entiende cualquier cambio físico, químico y/o biológico en el ecosistema (o en la base de recursos) que lo hace, temporal o permanentemente, inadecuado para soportar la vida humana. De acuerdo con esta definición, las personas desplazadas por motivos políticos o por conflictos civiles, y los emigrantes que buscan mejores trabajos por motivos puramente económicos, no se consideran refugiados medioambientales.” (CARDY, 1994, p. 2).

Otro de los autores que popularizaría el concepto sería Jacobson, en 1988, quien se refería a los refugiados ambientales como el grupo de desplazados forzados más grande y de mayor crecimiento, clasificándolos en tres categorías:

- 1) Desplazados temporalmente debido a una interrupción local como un terremoto o una avalancha;
- 2) Aquéllos que migran debido a la degradación ambiental que socava su sustento o amenaza su salud; y,
- 3) Personas que se re-asientan porque la degradación de la tierra ha resultado en la desertificación o a otros cambios permanentes e insostenibles en su hábitat. (JACOBSON, 1988: p. 3).

Lo anterior puede completarse con las ideas de Myers, quien por su parte se refiere a los refugiados ambientales como:

“(...) personas que ya no pueden ganarse la vida de forma segura en su tierra natal debido a la sequía, la erosión del suelo, la desertificación, la deforestación y otros problemas medioambientales, junto con los problemas asociados de la presión demográfica y la profunda pobreza. En su desesperación, estas personas sienten que no tienen otra alternativa que buscar refugio en otro lugar, por muy arriesgado que sea el intento”. (MYERS, 2002: p. 609).

Sin embargo, si bien a los fines prácticos dicho concepto indudablemente ha tenido relativo éxito en gran parte de los ambientes académicos, el hecho de que se quiera forzar una interpretación demasiado amplia del concepto de “refugiado” tal cual fue concebido durante la redacción de la Convención de 1951, pretendiendo asimilar circunstancias que desde su génesis son sustancialmente distintas (que se evidencian ante la ausencia de los dos elementos excluyentes del marco normativo del Derecho Internacional de los Refugiados, es decir el temor fundado y la persecución), ha hecho que otra gran parte de la doctrina, entre los que encontramos a los principales organismos internacionales involucrados en la materia, que se manifiesta contraria a la utilización del término “refugiado” para aquéllos desplazamientos que se producen por cuestiones relacionadas con el medio ambiente.

Comenzaremos abordando la postura del ACNUR respecto a la utilización del término “refugiado” para este tipo de desplazamientos, postura que naturalmente no se despegaba de lo normado en la Convención de 1951. Al respecto, señala que “el término refugiado climático es un concepto engañoso y que no existe en el derecho internacional, ya que un “refugiado” es una persona que ha cruzado una frontera internacional debido al temor fundado de sufrir una

persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opinión política”.⁹

En efecto, ni ACNUR, ni la Plataforma para el Desplazamiento por Desastres reconoce el término “refugiado climático”, aconsejando utilizar la expresión “personas desplazadas en el contexto de desastres y cambio climático”.

En esta línea de razonamiento Oli Brown agrega que el término “refugiado”, empleado “(...) para describir a los que huyen de presiones medioambientales no es estrictamente adecuado dentro del marco de la ley internacional” (BROWN, 2008: p.14).

Entre otras cuestiones, la autora advierte que no es conveniente su utilización, en tanto se refiera a personas que han cruzado a través de una frontera internacional, ya que en la mayoría de los casos de desplazamientos por cuestiones ambientales, los mismos se producen internamente, por lo que al restringir la definición solamente a quienes han cruzado una frontera internacional implica minimizar el problema.

Al respecto debemos realizar una observación: si bien dicho argumento presenta una lógica manifiesta, no coincidimos con dicho encuadre ya que precisamente la discusión sustancial –al menos en el presente trabajo– trata sobre cuál es el “tipo” de protección internacional que le corresponde a aquellas personas que se han desplazado internacionalmente, número que si bien puede resultar considerablemente inferior al de las personas que permanecen dentro de las fronteras de su país de nacionalidad o residencia habitual, es una cifra que refleja el vacío jurídico existente, y una realidad que está teniendo una creciente atención en la medida en que los pronósticos referidos al cambio climático y los desastres auguran mayores escenarios de desplazamiento de este tipo.

Coincidentemente con estos razonamientos, la Organización Mundial para las Migraciones, en consonancia con la postura del ACNUR y la Plataforma para el Desplazamiento por Desastres, evita la utilización del término “refugiado”,

⁹ Conceptos claves sobre el desplazamiento por cambio climático y desastres. Accesible en <https://www.refworld.org/es/pdfid/59f751964.pdf>.

definiendo lo que ella considera que son “migrantes por motivos ambientales” como:

“(…) los migrantes por motivos ambientales son personas o grupos de personas que, principalmente en razón de un cambio repentino o progresivo en el medio ambiente, que incide adversamente en sus vidas o en las condiciones de vida, se ven obligados a abandonar el lugar habitual de residencia, u optan por hacerlo, ya sea temporalmente o con carácter permanente, y que se desplazan dentro del país o al extranjero” (OIM, 2014).

Otro de los férreos detractores del término “refugiado ambiental” es Gaim KIBREAB, quien sostiene que:

“Por tanto, el término "refugiado medioambiental" se inventó, al menos en parte, para despolitizar las causas del desplazamiento, permitiendo así a los Estados derogar su obligación de proporcionar asilo. El razonamiento es que los Estados no tienen la obligación de dar asilo a quienes huyen de sus hogares debido al deterioro medioambiental y no a la persecución política”.¹⁰ (KIBREAB, 1997: p. 21)

Por su parte, BOANO, refiriéndose a la utilización “simplista” del término sin un serio debate respecto del fondo de la cuestión, no hace más que arrojar más dudas al respecto:

“Son términos descriptivos, no un estatus que confiera obligaciones a los Estados. El debate sobre su validez suele estar marcado por juicios simplistas y etiquetas de definición preconcebidas. La falta de definición precisa de los términos que se emplean habitualmente, los temores en torno a la cuestión emocional de la migración, las estimaciones enormemente divergentes de la escala probable del desplazamiento inducido por el clima y la falta de

¹⁰ Traducción propia.

diálogo entre ecologistas y científicos sociales hacen que los vínculos entre el cambio medioambiental y la migración forzada sean complejos y debatibles”¹¹ (BOANO, 2007: p. 6).

Finalmente, la relación entre los desastres naturales y la afectación de los derechos humanos –en cuanto a su goce y disfrute– no resulta un elemento de fácil identificación, debido a que sus efectos adversos constituyen un lento proceso. Así lo considera Terminiello, al afirmar que “La dificultad de aislar en el tiempo el impacto de los efectos de proceso lento del cambio climático no los priva, sin embargo, de su capacidad de interferir en el goce y ejercicio de los derechos de las personas que los padecen” (TERMINIELLO, 2012: p. 146).

Quizás pueda explicarse dicha ausencia de protección en virtud de la falta de antecedentes históricos respecto a fenómenos de desplazamientos transfronterizos de población cuando hablamos de cambio climático, factores ambientales o desastres, si consideramos que la preocupación y colocación en la agenda internacional de las cuestiones vinculadas con el cambio climático y los desastres naturales como consecuencia de la degradación del ambiente es todavía reciente.

Ello seguramente explique también la clara reticencia de gran parte de la doctrina en querer aceptar que los diferentes conceptos de “refugiado” receptados en los instrumentos internacionales sean extendidos a otros tipos de desplazamientos hasta ahora no contemplados, como lo son los casos vinculados a catástrofes ambientales y cambio climático.

Por otro lado, resulta poco probable que los Estados pretendan obligarse internacionalmente en un marco de protección internacional similar al propuesto por el DIR. Ello puede explicarse en gran medida, debido a que el cambio climático augura un escenario sumamente complejo e imprevisible en el futuro, con gravísimas consecuencias para el medio ambiente, con fenómenos de aparición lenta y de difícil encuadre, y otros de aparición sumamente repentina. Como lo explicábamos en relación a la falta de consenso doctrinario respecto del problema, es evidente que los Estados no auspiciarán o comprometerán su

¹¹ Traducción propia.

responsabilidad internacional frente a un fenómeno sumamente incierto y complejo, cuyas consecuencias para el caso de los desplazamientos forzados de población son totalmente imprevisibles y de difícil abordaje. En efecto, vemos cómo ya en 1951 existían sendos debates y reparos al alcance que se le daría al término “refugiado”. Así lo señala también Machado Cajideal expresar que:

“(…) al considerar solamente refugiados a quienes necesitaran protección internacional como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 así como la limitación geográfica, hizo que desde sus inicios la Convención de 1951 naciera restringida. Esto indica que el interés principal de los Estados era resolver el problema de los refugiados ya existentes, pero no establecer compromisos para el futuro” (MACHADO CAJIDE, 2013: p. 98).

Como analizamos en el presente trabajo, coincidimos con lo expresado por ARENAS HIDALGO cuando señala la importancia fundamental que tiene el hecho de ser (o no ser) reconocido como refugiado. “Aclarar quién es y quién no es refugiado tiene una enorme importancia para las personas desplazadas pues la respuesta determina el grado de apoyo y protección que los individuos reciben, así como las soluciones a largo plazo para su situación”. (ARENAS HIDALGO, 2002: p. 3). En esta línea, señala Posada que dicha diferenciación ha llevado a que los refugiados estén en mejores condiciones que los no reconocidos, dado de que su estatuto legal es claro (POSADA, 2009: p. 131).

Este intenso debate ha llevado a que con el correr del tiempo, comenzaran a aflorar posturas doctrinarias que de facto, ampliaban ese concepto acotado de refugiado hacia otros tipos de desplazamientos forzados, lo que provocó que se popularizaran interpretaciones que no se condicen con el espíritu de la Convención de 1951 ni el resto de los instrumentos que hasta ahora abordan la materia, como lo fue la interpretación de EL-HINNAWI anteriormente mencionada y las sucesivas interpretaciones que se le dieron a este nuevo concepto.

Sin embargo, la noción de “refugiados climáticos o ambientales es objeto de fuertes cuestionamientos por parte de la doctrina, su significado no está

definido con claridad y no está respaldado por un marco teórico-científico adecuado”. Así, por ejemplo, MCGREGOR (1993: p. 158) y KIBREAB (1997: p.21) consideran que el concepto es ambiguo y confuso, dado que el uso del término “medioambiental” conlleva una falsa división entre factores interrelacionados: en realidad, afirman, no se pueden separar las causas medioambientales del desplazamiento con otras como las políticas, sociales y económicas”.

Sin embargo, ello no amerita quitar importancia a los efectos que el cambio climático y la degradación ambiental traen aparejados para la vida humana en la tierra. Mencionaba Antonio Guterres, Secretario General de las Naciones Unidas y quien ocupara el cargo de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados¹², que “(...) se prevé que con el tiempo el cambio climático provoque mayores y más complejas movilizaciones de población, a lo largo y ancho de las fronteras, con el suficiente potencial como para dejar apátridas a algunas personas” (GUTERRES, 2008: p.1).

Al respecto, desde hace décadas se viene alertando sobre las catástrofes humanitarias que vienen a colación con los desastres naturales, y del drama al que millones de personas se ven expuestas al tener que desplazarse forzosamente lejos de sus hogares, por consecuencias ambientales tales como sequías, inundaciones, fenómenos meteorológicos extremos, escasez de agua, pérdida de cultivos, etc. En efecto, según estimaciones del IDMC (*Internal Displacement Monitoring Centre*), durante 2016 hubo 24.2 millones de desplazados debido a desastres, registrados en 118 países, siendo el sud y el este asiático las regiones más afectadas. Superaron en número a los nuevos desplazamientos asociados con el conflicto y la violencia en más de tres a uno. En los nueve años transcurridos desde 2008, se han registrado 227.6 millones de dichos desplazamientos, o un promedio de 25.3 millones por año. (IDMC 2017: p. 31)

“Los desastres continúan produciendo el mayor número de nuevos desplazamientos cada año, mientras que los

¹² El actual Secretario General de la ONU ocupó además el cargo de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados durante el período 2005-2015.

desplazamientos relacionados con el conflicto han tenido una tendencia general al alza en la última década” (IDMC 2017: p. 9).

Según TERMINIELLO:

“(...) la situación de estos desplazados externos plantea un importante desafío de protección ya que suelen permanecer en los países de acogida en un limbo legal, sin ninguna claridad o certeza acerca de su estatus legal y de derechos. Esa desprotección legal se traduce en la ausencia del derecho a residir en el país de acogida, en la exposición al riesgo de expulsión o deportación, y serios obstáculos al ejercicio de derechos fundamentales como la salud, el trabajo y la educación, incluyendo la exposición al riesgo de explotación laboral y sexual, particularmente en el caso de mujeres y niñas” (TERMINIELLO, 2012: p. 158).

Sin dudas, dicha diferencia en cuanto a derechos y protección puede resultar injusta y arbitraria, atento a que, si bien las circunstancias y motivaciones que dieron origen a dicho desplazamiento son esencialmente distintas, las necesidades de protección, por el contrario no lo son. Si bien ambos tipos de desplazamientos requieren abordajes diferentes, señala Ferris que:

“(...) Las experiencias humanas de los afectados por las catástrofes naturales y los conflictos políticos son similares. Las personas desplazadas tanto por las inundaciones como por los combates suelen perder a miembros de su familia, soportar la separación de la misma, perder sus posesiones y experimentar traumas y depresión. Tienen necesidades de protección y asistencia similares” (FERRIS, 2011: p. 3).

Desafortunadamente, al momento de considerar aquellos desplazados ambientales que se vieron obligados a cruzar una frontera, encontramos que las cifras son poco claras y se desconocen. Como respuesta a este problema, la Iniciativa Nansen señala la necesidad de contar con una institución designada

que recopile información sobre las personas desplazadas ambientales a través de fronteras, cifras que revisten una importancia fundamental a la hora de elaborar respuestas actuales y futuras (THE NANSEN INICIATIVE, 2015: p.1).

Asimismo, ya el principio 1 de la Iniciativa Nansen remarca la necesidad de una base de conocimiento profundo para responder ante los desplazamientos relacionados con el clima y el medio ambiente. En su borrador para consulta, se hace referencia a las brechas de conocimiento, lo que sin duda no favorece el consenso doctrinario necesario, al expresarse que: “Aunque en años recientes ha aumentado la comprensión de las causas, dinámicas y magnitud del desplazamiento en el contexto de desastres y los efectos adversos del cambio climático, aún no se comprenden plenamente, y es necesario adquirir mayores conocimientos para desarrollar políticas adecuadas” (The Nansen Initiative, 2015: p. 2)

En este sentido, la ausencia de consenso es dificultada por la imposibilidad de aislar al cambio climático como un generador específico de movimientos migratorios, y agrega que:

“(...) Por otro lado, muchos eruditos se encuentran reacios a comprometerse por uno u otro término por miedo a que de utilizar el término equivocado se socave el régimen jurídico del Estado donde se produce el problema, se afecte el régimen jurídico internacional de protección del refugiado, o bien, de plano se produzcan detrimentos irreparables en cuanto a políticas migratorias en los Estados del orbe” (CABEZAS VARGAS, 2013: p. 52).

En consecuencia, e intentado echar por tierra un debate que no logra trascender lo meramente semántico y no encuentra asidero alguno en el derecho internacional, el ACNUR, siendo reticente a utilizar el término “refugiado climático”, toma la definición de la Agenda de Protección de la Iniciativa Nansen, definiendo al desplazamiento transfronterizo por desastres como “situaciones en las que las personas huyen o se desplazan a través de las fronteras en el contexto de desastres de aparición lenta o repentina, o en el contexto de los efectos del cambio climático”.

Asimismo, el ACNUR define al concepto “refugiado climático” como “un concepto engañoso y que no existe en el derecho internacional”, haciendo especial énfasis en que ni el ACNUR ni la Plataforma para el Desplazamiento por Desastres reconocen el término, siendo preferible la expresión “personas desplazadas en el contexto de desastres y cambio climático” (ACNUR, Conceptos claves sobre el desplazamiento por cambio climático y desastres).¹³

Coincidentemente con lo anterior, BOANO sostiene que existe un acuerdo general en la literatura de que, como no todas las personas desplazadas por el cambio climático huirán de la violencia o cruzarán una frontera nacional, es fundamental evitar referirse a ellas como refugiados (BOANO, 2012: p. 10).

Esta discusión terminológica no resulta una cuestión menor, en la medida en que en el derecho internacional de los refugiados, las condiciones ambientales no constituyen una base para la protección internacional, y pone en evidencia las serias lagunas jurídicas que existen al respecto.

Por otro lado, KIBREAB advierte y alarma sobre otra oscura faceta de la utilización del término “refugiado ambiental” muchas veces pasada por alto, pero no por ello menos importante, al sostener que

“Por tanto, el término "refugiado medioambiental" se inventó, al menos en parte, para despolitizar las causas del desplazamiento, permitiendo así a los Estados derogar su obligación de proporcionar asilo. (...) Los Estados utilizan cada vez más el concepto de refugiado medioambiental para justificar políticas restrictivas en materia de refugiados. Muchos académicos, en lugar de cuestionar el fundamento conceptual y jurídico del término, lo han utilizado de forma acrítica, contribuyendo así involuntariamente al endurecimiento de las actitudes y políticas contra los migrantes involuntarios.” (KIBREAB, 1997: p. 21).

¹³ Guía de conceptos claves sobre el desplazamiento por cambio climático y desastres. Accesible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11326>

V. Experiencias a partir del caso de Haití: El visado humanitario y la aplicación de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena de 1984

Sin lugar a dudas existen numerosos casos de estudio desde los cuales pueden analizarse los tipos de respuesta que la comunidad internacional ha ensayado en los casos de desplazamientos forzados en el contexto de desastres y cambio climático. Desde la amenaza de desaparición de Estados insulares, con riesgo de dejar apátridas a millones de personas, hasta los efectos de aparición lenta que pueden observarse en numerosos Estados del África Subsahariana, como las sequías que azotan y condenan al hambre a muchos de los países de la región, o aquellos que se producen de manera súbita y violenta. El caso de Haití resulta para nosotros un modelo de estudio a partir del cual podremos observar diferentes abordajes a los desafíos aquí planteados. Partiendo del drama de lo que se conoce como el “evento más destructivo que un país ha experimentado en los tiempos modernos”, desde la región se ensayaron abordajes que si bien esquivaron el abordaje del fondo de la cuestión traída a debate, fueron respuestas sumamente prácticas que, desde diferentes abordajes, intentaron brindar una respuesta de protección a cientos de miles de personas necesitadas de protección.

Precisamente por la magnitud de los acontecimientos, y la manera sumamente precipitada con la que se sucedieron los desastres naturales que azotaron a dicho país, los que indudablemente tomaron por sorpresa a la comunidad internacional toda, es que decidimos abocarnos a su estudio.

Haití es un país extremadamente vulnerable a los desastres naturales, con más del 90% de su población en riesgo. Ello sumado a que hacia 2018 seguía siendo el país más pobre de todo el continente. Según la encuesta de hogares más reciente (2012), más de 6 millones de la población haitiana de 10.4 millones (o sea un 59 por ciento) viven por debajo del umbral nacional de pobreza de U\$S 2.41 por día, y más de 2.5 millones (24 por ciento) están por debajo de la línea de pobreza extrema de U\$S 1.23 por día¹⁴.

¹⁴ Según estimaciones del Banco Mundial, las cuales pueden consultarse en: <https://www.worldbank.org/en/country/haiti/overview>.

El 12 de enero de 2010, Haití experimentó un terremoto de magnitud 7.0, cuyo epicentro se produjo a unos pocos kilómetros de la ciudad capital, Puerto Príncipe. En la ciudad de Le´oga´ne, entre el 80 y el 90 por ciento de los edificios fueron dañados o destruidos críticamente. La región metropolitana de Puerto Príncipe, que incluye las ciudades de Carrefour, Pe'tion-Ville, Delmas, Tabarre, Cité Soleil y Kenscoff, también se vio gravemente afectada. Según el Gobierno de Haití, el terremoto dejó más de 316,000 muertos o desaparecidos, 300,000 heridos y más de 1.3 millones de personas sin hogar. Según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el terremoto fue el evento más destructivo que un país ha experimentado en los tiempos modernos, si lo medimos en términos del número de personas muertas sobre el total de la población del país. (DESROCHES, COMERIO, EBERHARD y otros, 2011:S1).

Analizando el caso haitiano, podremos explorar cuáles fueron las alternativas de respuesta que desde los gobiernos de la región se elaboraron para dar una respuesta a la crisis humanitaria que significó tamaño desplazamiento de personas.

Ya en 2011 tanto el ACNUR como ACNUDH habían solicitado a los gobiernos que renovaran los permisos humanitarios, por razones humanitarias, así como los otros mecanismos que habían permitido a los haitianos permanecer fuera del país hasta ese momento.¹⁵

En efecto, entre estas alternativas de respuesta, en varios países de la región se apeló al visado por razones humanitarias como una forma acoger a estos desplazamientos. En este sentido, el encuadre de estos desplazamientos internacionales como “razones humanitarias” puede facilitar la movilización de estos afectados sin enturbiar el concepto de refugiado, tal como lo hizo la República Argentina.

Analizando precisamente la solución argentina, el Decreto 616/2010, reglamentario de la Ley de Migraciones Nro. 25.871, establece en su artículo 24, inciso H que:

¹⁵EDWARDS A. (21 de junio de 2011). ACNUR y OACNUDH piden a gobiernos no repatriar ciudadanos haitianos. Accesible en: <https://www.acnur.org/noticias/briefing/2011/6/5b869b281d/acnur-y-oacnudh-piden-a-gobiernos-no-repatriar-ciudadanos-haitianos.html>.

“(…) Para los casos en que se justifique un tratamiento especial, la Dirección Nacional de Migraciones podrá dictar disposiciones de carácter general que prevean los recaudos a cumplimentar para ser admitidos como residentes transitorios especiales.

Asimismo, se tendrá en cuenta la situación de aquellas personas que, a pesar de no requerir protección internacional, transitoriamente no pueden retornar a sus países de origen en razón de condiciones humanitarias prevalecientes *o debido a las consecuencias generadas por desastres naturales o ambientales ocasionados por el hombre*. A este fin podrán tomarse en cuenta las recomendaciones de no retorno que formule el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)”¹⁶

En este sentido, atendiendo a las necesidades especiales de los Haitianos que ingresaban al país, se dictó la disposición DI-2017-1143-APN-DNM#MI, reconociendo no sólo la enorme tragedia que significó para el país el terremoto de 2010, sino también otro desastre devastador en el año 2016, el huracán “Mathew”.¹⁷

Al respecto, la Dirección Nacional de Migraciones considera que “debe regularse el acceso a la residencia en nuestro país para los nacionales haitianos que lleguen a suelo argentino, fundamentando el mismo en razones humanitarias, criterio migratorio contemplado en la Ley 25.871 conforme lo normado en el artículo 23 inciso m) de la mencionada Ley y su Decreto Reglamentario Nro. 616/2010.”

De tal forma, se autorizó por el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigencia de dicha disposición, el otorgamiento de residencia temporaria a los haitianos que habiendo ingresado al país en calidad de turistas antes del 1º de marzo de 2017, no pudiesen encuadrar en alguno de los demás criterios

¹⁶ La cursiva me pertenece.

¹⁷ Estrictamente hablando, el abordaje argentino se basó en las bondades que preveía la Ley de Migraciones 25.871, la cual habilita la radicación por razones humanitarias como una facultad discrecional del Ministerio del Interior, por lo que no se trataría de un caso de visado humanitario. Sin embargo, a los fines del presente trabajo, tal abordaje puede asimilarse como tal.

establecidos en la Ley de Migraciones para acceder a una residencia temporaria, siendo el plazo de permanencia otorgado es de dos años.

Por estas razones no sorprende que dicha solución es frecuentemente utilizada en el marco de las solicitudes de refugio que se canalizan a través de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), cuando se detectan casos que, pese a no calificar para el otorgamiento de la condición de refugiado en los términos de la Convención de 1951 o de la Declaración de Cartagena, las motivaciones de haber emigrado al país se relacionan con alguno de los desastres anteriormente señalados¹⁸.

Al respecto, señala Valeria Alló¹⁹, en una entrevista mantenida con el autor del presente trabajo, “El visado humanitario para haitianos resultó efectivo como medida de emergencia. Luego, con el transcurso del tiempo, la medida dejó de aplicarse o se aplicó a casos muy puntuales. Considero que lo que más impacto tuvo fue la generosidad de nuestra legislación, que permitió a muchos haitianos radicarse por los distintos criterios allí establecidos, sobre todo por estudio”.

Por otro lado, otro de los países que recurrió a conceder permisos por razones humanitarias fue Brasil, al encontrar que ni la Ley 6815 del Estatuto del Extranjero²⁰, ni la Ley Federal Nro. 9474²¹ que regula la Condición de Refugiado en Brasil, ofrecían opciones idóneas para una solución al problema.

En este sentido, aquí también la solución adoptada para el tratamiento de los haitianos que solicitaban la condición de refugiado en Brasil fue la “visa humanitaria”, la cual consiste en una visa de permanencia que otorga el Consejo Nacional de Inmigrantes del Ministerio de Trabajo y Empleo (CNIg) al extranjero solicitante de la condición de refugiado que, aún teniendo necesidad de protección, su caso no encuadra dentro de los criterios establecidos por la ley brasileña de refugiados. (GUALANO DE GODOY Y GALVÃO 2012: p.138).

¹⁸ Comentarios basados en la experiencia personal del autor del presente trabajo como Oficial de Elegibilidad en la Co.Na.Re. Argentina.

¹⁹ VALERIA ALLÓ, es Magister en Relaciones Internacionales y coordinadora del Área de Elegibilidad de la Co.Na.Re. Argentina.

²⁰ Texto completo de la norma accesible en: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20i/naclei6815.htm>.

²¹ Texto completo de la norma accesible: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm.

De esta forma, mediante la adopción de la resolución normativa Nro. 13 del CONARE, se prevé que aquél pedido de la condición de refugiado que no cumple con los criterios de inclusión en los términos de la Ley 9.474, pueda ser remitido al CNlg para la concesión de una visa por razones humanitarias. “Este mecanismo de protección era un mecanismo excepcional pero, sin embargo, con el caso de los haitianos, pasó a ser utilizado más frecuentemente para responder a la necesidad de protección complementaria de estos individuos. (GUALANO DE GODOY y GALVÃO 2012: p. 139)

Finalmente, mediante la resolución nro. 97/2012 se modificaría nuevamente dicho procedimiento, en la medida en que se concedería visa de residencia para todos los nacionales haitianos que hubiesen llegado al país hasta la fecha de la resolución, y posteriormente, aquéllos que deseen viajar al país con intenciones de trabajo, deberían tramitar una visa directamente ante la embajada en Puerto Príncipe, para lo cual Brasil otorgaría 1.200 visas de trabajo anualmente. Al respecto, concluyen los autores que:

“La concesión de visas humanitarias a los haitianos es un ejemplo de respuesta complementaria de protección, que permite regularizar la permanencia de personas que no están formalmente reconocidas como refugiados y cuyo retorno sería, no obstante, contrario a las obligaciones generales de non-refoulement y derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los cuales el Estado forma parte.” (GUALANO DE GODOY y GALVÃO 2012: p.145).

Por último, existen otros numerosos ejemplos a partir de un análisis de derecho comparado que, en el ámbito latinoamericano, permiten conocer cómo se recurren a este tipo de opciones migratorias para brindar asistencia y protección a las personas que huyen de las consecuencias de desastres naturales y el cambio climático, a saber:

1. Bolivia (Ley de Migración 2013):

Artículo 65 (Migración por cambio climático): “El Consejo Nacional de Migración promoverá la suscripción de convenios y acuerdos internacionales en temas de cambio climático y

medioambiental con los diferentes Estados, para la protección de bolivianas y bolivianos afectados; asimismo, coordinará las políticas públicas que viabilicen, de ser necesario, la admisión de poblaciones desplazadas por efectos climáticos, cuando exista riesgo o amenaza a la vida, y sean por causas naturales o desastres medioambientales, nucleares, químicos o hambruna”.²²

2. Cuba (Reglamento de la Ley de migración de 1978):

Artículo 80: “(...) Se considerarán refugiados aquellos extranjeros y personas sin ciudadanía cuya entrada se autorice en el territorio nacional por tener que emigrar de su país a causa de calamidad social, bélica, por cataclismo u otros fenómenos de la naturaleza y que permanecerán temporalmente en Cuba, en tanto se restablezcan las condiciones normales en su país de origen. Durante su estancia en el territorio nacional, los asilados políticos y refugiados podrán desempeñar labores remuneradas”.²³

*Esta clasificación migratoria fue la utilizada para los refugiados haitianos que solicitaron asilo en Cuba entre 1991 y 1994, los cuales fueron asistidos por ACNUR²⁴.

3. Ecuador (Ley Orgánica de Movilidad Humana de 2017).

Artículo 58.

Personas en protección por razones humanitarias: “Es la persona extranjera que sin cumplir los requisitos establecidos en la presente Ley

para acceder a una condición migratoria, demuestra la existencia de razones excepcionales de índole humanitaria por ser víctima de desastres naturales o ambientales. La persona podrá acceder a

²² Texto completo de la norma accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9556.pdf>.

²³ Texto completo de la norma accesible en: <http://juriscuba.com/wp-content/uploads/2015/12/Ley-migracion.reglamento-actualizada-2012.pdf>.

²⁴ ACNUR, Opciones migratorias para víctimas de desastres naturales y medioambientales. Accesible en: https://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9264.pdf

una visa humanitaria por un lapso de hasta dos años de conformidad con el reglamento de esta Ley...”.²⁵

4. Guatemala (Decreto 44-2016 – Código de migración).

Artículo 68. Ingreso de personas por razones humanitarias. Las personas extranjeras podrán ingresar al país por las siguientes razones humanitarias: a) Por catástrofe natural en los países vecinos, que obliga a las personas o grupo de personas a salvar sus vidas (...).²⁶

5. Panamá (Decreto Ejecutivo 34 de 1999).

A través de este Decreto se brinda protección a los ciudadanos nicaragüenses afectados por el huracán Mitch, y que se encontraban en situación irregular en Panamá.²⁷

El caso haitiano dio lugar a que algunos países latinoamericanos hayan optado por encuadrar esta situación dentro del marco de la definición ampliada de Cartagena, entendiendo a los desastres naturales como circunstancias que perturban gravemente el orden público y que amenazan la vida y la seguridad de las personas.

Tal fue la solución tomada por Perú y México frente a las personas que huían de los efectos del terremoto ocurrido en 2010 (TERMINIELLO 2012: p. 161). Al respecto, consideró VALERIA LLAMAS,²⁸ entrevistada especialmente para el presente trabajo que:

²⁵ Texto completo de la norma accesible en: <https://www.aduana.gob.ec/wp-content/uploads/2017/05/Ley-Organica-de-Movilidad-Humana.pdf>.

²⁶ Texto completo <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10978.pdf>.

²⁷ Texto completo de la norma accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10067.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2015/10067>.

²⁸ VALERIA LLAMAS es licenciada en Relaciones Internacionales (Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Argentina) y Magíster en Cooperación Internacional y Relaciones Internacionales (Universidad Nacional de San Martín, Argentina). Es miembro fundadora de la Red Latinoamericana e Interdisciplinaria de Derechos Humanos (REDLAIDH) y actualmente se desempeña en el Área de Asuntos Internacionales de la Dirección Nacional de Migraciones, Argentina.

“Considerando que las personas se hayan visto forzadas a desplazarse cruzando una frontera internacional, podrían ser reconocidas por las definiciones regionales como la Declaración de Cartagena. Esta definición es más amplia y dependiendo de la voluntad de los Estados en su interpretación podría contemplarse esta posibilidad, aunque sus causales están vinculadas a hechos cometidos por humanos y no por la naturaleza. Creo que esto es parte del debate, para poder aplicar una definición tal debe analizarse en profundidad la situación objetiva en el país de origen en estrecha relación con los eventos situacionales que contempla. En este sentido, es importante destacar que el Resumen de las conclusiones sobre la interpretación de la definición ampliada de refugiado señala que si bien los Estados pueden optar por aplicar la definición de refugiado de Cartagena a las personas obligadas a partir debido a desastres naturales o ecológicos, ellas no están, en sentido estricto, protegidas en virtud de la definición de refugiado de Cartagena”.

Por otro lado, necesario es destacar que, si bien una interpretación comprensiva de la definición de “refugiado” de la Declaración de Cartagena de 1984 puede resultar útil en términos prácticos, y en definitiva aplicarse a situaciones de desplazamientos forzados en el contexto de desastres y cambio climático, tal postura no recibe muchos adeptos y ha sido criticada por gran parte de la doctrina y de las agencias especializadas.

Frente a esta decisión por parte de ciertos Estados Latinoamericanos en aplicar esta definición a personas que huían de desastres naturales, señala Terminiello que:

“La afirmación de que la situación de las personas desplazadas hacia el exterior de un Estado por los efectos de los desastres naturales encuentra respuesta en la Declaración de Cartagena, no solo posterga un complejo y necesario debate, sino que, a su vez, sólo representa una respuesta parcial y temporal

que excluye la situación de aquéllas personas que se desplazarían como consecuencia de los efectos de proceso lento del cambio climático” (TERMINIELLO 2012: p. 161).

Finalmente, sostiene Terminiello que una de las respuestas posibles al problema podría ser el desarrollo de un marco legal no vinculante usando como modelo de referencia los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos.

VI. El rol del ACNUR frente al desplazamiento forzado por cuestiones climáticas y otros posibles abordajes

El último plan estratégico quinquenal del ACNUR, diseñado para el período 2017-2021, donde se determina el enfoque que guiará el trabajo de la agencia, aborda la complejidad que representa el desplazamiento forzado de personas, el que como ya señalamos, no solamente responde a factores como la persecución y el conflicto, sino que responden también a factores como la pobreza aguda; al colapso de los medios de vida tradicionales; los efectos del cambio climático; y a desastres naturales y degradación ambiental que con frecuencia exacerban la competencia por los escasos recursos. (ACNUR, 2017: p. 7).

En dicho plan, se reconoce la necesidad de extender el trabajo de la organización, no sólo a los “refugiados” en términos de la Convención de 1951, sino que también se pone el foco de atención en los desplazados internos, entendiendo que “abordar las complejas necesidades de protección de las personas desplazadas internamente y restablecer sus derechos es, a menudo, crítico para sentar las bases de una mayor estabilidad y soluciones tanto para los desplazados internos como para los refugiados”.

Entre los puntos más destacados, se compromete a fortalecer la protección a lo largo de todo el espectro del desplazamiento forzado, participando de manera más decisiva y predecible en situaciones de desplazamiento interno. Asimismo, contribuirá “al avance de las soluciones legales, políticas y prácticas para la protección de las personas desplazadas debido a los efectos del cambio

climático y los desastres naturales, en reconocimiento de las fuertes necesidades humanitarias asociadas a este tipo de desplazamiento y su relación con conflictos e inestabilidad.”²⁹

Dicha ampliación de compromiso ya se veía necesaria cuando en 2005 el entonces Secretario General de la ONU ponía de manifiesto las necesidades de protección de aquellas personas desplazadas internamente que no se beneficiaban del liderazgo de ninguna agencia, y de cómo el sistema humanitario debía trabajar para cubrir esas “lagunas de protección”. Dicha tarea quedaría encomendada al Comité permanente entre Organismos para la ayuda humanitaria (IASC), principal mecanismo de coordinación de toda la asistencia humanitaria del sistema de Naciones Unidas.

Ese mismo año, el Coordinador del Socorro de Emergencia (ERC), en su informe *Humanitarian Response Review* recomendaba ampliar la función del ACNUR como agencia líder en la protección de los refugiados, para incluir a los desplazados internos. (ERC, 2005: p. 37).

Entonces, y en el marco de su participación en el Grupo Temático Mundial de Coordinación (GPC), el ACNUR ha contribuido a brindar de manera regular asistencia y protección a los desplazados a causa de los impactos de los desastres, incluso a personas desplazadas a través de fronteras internacionales a causa de los impactos repentinos y de lenta aparición del cambio climático y los desastres, como en Haití o República Dominicana. (GOODWIN-GILL y MCADAM 2017: p. 11).

Es de destacar que toda la acción de protección que realiza la agencia en cuanto a desplazamientos por desastres y cambio climático se da en el marco del Grupo Temático Mundial de Coordinación, junto con UNICEF y ACNUDH (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), siendo estas las tres agencias de las Naciones Unidas encargadas de protección.

Analizando el caso concreto de su participación en Filipinas en la asistencia a emergencias frente al tifón Haiyán en 2013, el cual desplazó a más de 800.000 personas, y siendo que el país se encuentra sumamente expuesto a este tipo de

²⁹ ACNUR, Direcciones estratégicas del ACNUR 2017-2021 (ACNUR, 16 de enero de 2017),

desastres, ACNUR se propuso, con el fin de determinar el alcance personal o el alcance de sus actividades de asistencia, centrarse en “cualquier persona afectada por los tifones, desplazada o no, adoptando un marco general de derechos (...) que se basa en la necesidad y la vulnerabilidad como únicos criterios de priorización. La lente de desplazamiento por sí sola se consideró insuficiente como indicadora de las necesidades de protección”. (GOODWIN-GILL Y McADAM, 2017: p. 13).

Como señalan GOODWIN-GILL Y McADAM, puede marcarse a la década de 1990 como el inicio del trabajo de ACNUR con los desastres ambientales, cuando en 1991 un informe de un Grupo Ejecutivo sobre soluciones y protección incluyó entre las categorías de personas desplazadas a aquéllas que se veían forzadas a salir de su hogar o no podían regresar debido a catástrofes provocadas por el hombre o desastres naturales o ecológicos. Asimismo, señalan los autores al año 2007 como año en el que surge el “compromiso concertado del ACNUR con el cambio climático y los desastres naturales”, oportunidad en la que su entonces Alto Comisionado, António Guterres reconocía a la degradación ambiental y al cambio climático como factores impulsores del desplazamiento haciendo un llamamiento a los Estados a que abordaran el problema (GOODWIN-GILL Y McADAM, 2017: p. 14).

En el año 2010, en oportunidad de celebrarse el “Diálogo del Alto Comisionado sobre Desafíos de Protección 2010” cuyo debate se basó precisamente en los vacíos existentes en el marco legal para la protección de los refugiados, desplazados internos, apátridas y otras personas de interés del ACNUR, se reconoció que los escenarios del desplazamiento continuaban evolucionando, y que a las tradicionales formas de desplazamiento (conflicto, persecución y violaciones a los DD.HH.), hoy debían sumarse, entre otras, cuestiones como la escasez de agua, los desastres naturales y el cambio climático, reconociendo que dichos factores estaban cada vez más interrelacionados (sobre todo los conflictos con el cambio climático), y que como resultado, no todos esos tipos de desplazamientos van a caer bajo el mandato de una organización como el ACNUR.³⁰

³⁰ Texto completo del documento accesible en: <https://www.unhcr.org/4cebeeee9.html>

Ello explica en cierta medida el interés por parte de la organización en que la comunidad internacional avance en definiciones normativas y en la adopción de un marco de referencia de protección que permita clarificar los roles y responsabilidades tanto de la organización como de los mismos Estados y del resto de las agencias involucradas, algo que sería impulsado a través de la Iniciativa Nansen, como veremos más adelante.

Finalmente, existen ciertos reparos no solo de los Estados, sino también puertas adentro de la organización, respecto a un involucramiento formal por parte de ACNUR en la asistencia y protección de desplazamientos a consecuencia de desastres naturales y cambio climático. Fundamentalmente, por temor a que ello pueda afectar negativamente su capacidad principal, desviándose de su mandato actual, y fundamentalmente porque de hacerlo sin la correcta y oportuna ampliación de su capacidad en materia de recursos económicos y humanos podría afectar el funcionamiento de la organización y sobretodo el cumplimiento de su mandato inicial, es decir, la protección de los refugiados en términos de la Convención de 1951 y su Protocolo 1967. Dicho argumento tiene cierta lógica, sobre todo si consideramos que el número de desplazamientos forzados en el mundo, y de refugiados bajo protección de ACNUR viene batiendo récords históricos año tras año, alcanzando en 2019 un total de 79,5 millones de personas en el mundo, cerca de 9 millones más respecto del año anterior y que el 85% de los refugiados en el mundo son acogidos por países en vías de desarrollo, muchos de ellos en situación sumamente precaria como para poder afrontar la acogida de estos desplazados. (ACNUR, 2020: p. 6).

Puede afirmarse que dicha agenda de protección constituye el esfuerzo más acabado por dar una respuesta al vacío legal –y consecuentemente de protección- que existe al momento abordar los desplazamientos forzados entre fronteras en el contexto de desastres y cambio climático. Surgió como resultado de la Conferencia Nansen sobre Cambio Climático y desplazamiento en el siglo XXI, celebrada en Oslo en el año 2011.

Dicha conferencia contó con el fuerte auspicio del ACNUR, y en ella “hicieron hincapié en la responsabilidad de los estados de velar por que se

estableciera una legislación, unas instituciones y recursos adecuados, especialmente en lo que respecta a las estrategias de reducción del riesgo de desastres.” (GOODWIN-GILL Y McADAM 2017: p. 18).

Siendo su objetivo principal es generar consenso sobre principios y elementos clave para abordar las necesidades de protección y asistencia de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres, la misma se define como:

“(…) un proceso consultivo de abajo hacia arriba, liderado por los Estados, para generar consenso respecto al desarrollo de una agenda de protección que aborde las necesidades de las personas desplazadas a través de fronteras internacionales en el contexto de desastres y los efectos adversos del cambio climático. Es dirigida por los gobiernos de Noruega y Suiza y regida por un comité directivo”. (Iniciativa Nansen, 2015: p. 1).

El proyecto tuvo su origen en el año 2012, y nace al abrigo del Acuerdo de Cancún de 2010 de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC)³¹, el cual insta a los Estados a “la adopción de medidas para mejorar el entendimiento, la coordinación y la cooperación en lo que respecta al desplazamiento, la migración y el traslado planificado como consecuencia del cambio climático, cuando corresponda, a nivel nacional, regional e internacional” (Acuerdo de Cancún, párrafo 14F).

La iniciativa reconoce brechas de conocimiento respecto de la comprensión de las causas, dinámicas y magnitud del desplazamiento en el contexto de desastres y cambio climático (algo que mencionábamos al principio de este trabajo como una de los principales obstáculos para lograr el compromiso de los Estados en afrontar mayores responsabilidades al respecto), así como también lagunas jurídicas, brechas institucionales y operativas, y de financiamiento. Respecto de las lagunas jurídicas, objeto principal de nuestro trabajo, reconoce que:

³¹ Documento completo accesible en: <https://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/spa/07a01s.pdf>

“Las personas que se desplazan a través de fronteras internacionales en el contexto de desastres están protegidas por las leyes sobre derechos humanos, y sólo en casos excepcionales es posible aplicar las leyes sobre refugiados. Sin embargo, bajo la protección de los derechos humanos no se abordan cuestiones críticas como la admisión, derechos básicos durante la estadía temporal o permanente y condiciones para el retorno. Por consiguiente, a nivel internacional existe una laguna jurídica con respecto al desplazamiento a través de fronteras en el contexto de desastres, y en la mayoría de los países, también existe a nivel nacional. Con respecto al desplazamiento interno, las normas internacionales de derechos humanos, los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas y los instrumentos regionales pertinentes (particularmente la Convención de Kampala) son plenamente aplicables”. (Iniciativa Nansen, 2015: p. 7)

Al ser consultada precisamente respecto a este vacío legal existente, Valeria Llamas manifestó que la Iniciativa Nansen era un buen comienzo, sin embargo señaló que:

“En mi opinión se necesita el compromiso de la comunidad internacional, lo cual tienen una gran responsabilidad los Estados y cómo protegen el medio ambiente. Si bien no podemos encontrar culpables en un hecho natural, lo cierto es que el cambio climático tiene una causal en las acciones de quienes habitamos la tierra y los países que más la afectan no debaten ni forman parte de los acuerdos internacionales, ni tampoco hay un medio vinculante para que se comprometan dado que sus acciones tienen consecuencias en todo el planeta. Hasta que no haya un real compromiso con nuestra vida y nuestro planeta vamos a continuar buscando soluciones a hechos que los propios humanos provocamos”.

La aprobación de dicha agenda de protección en octubre de 2015 por parte de 110 países daría lugar al lanzamiento de la Plataforma sobre Desplazamiento por Desastres (PDD) la cual entró formalmente en vigencia el 1 de julio de 2016, cuyo objetivo principal precisamente es dar continuidad al trabajo que se venía realizando a partir de la iniciativa. “En lugar de instar a la creación de una nueva convención internacional vinculante sobre los desplazamientos transfronterizos en el contexto de desastres, la Agenda de Protección de la Iniciativa Nansen apoya un enfoque que se centra en que los Estados y organizaciones (sub) regionales integren prácticas eficaces dentro de sus propios marcos normativos de acuerdo a cada situación específica”.³²

Dicha plataforma tiene como prioridades estratégicas:

1. Abordar las brechas de conocimiento e información:
Destacamos aquí la necesidad de que se cuente con datos confiables respecto al número de desplazados internacionales por cuestiones ambientales, ya que únicamente existen cifras vinculadas a los desplazamientos internos, que son las que elabora el IDMC.
2. Mejorar el uso de prácticas eficaces identificadas: En este sentido, si bien las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático no están lo adecuadamente protegidas por el derecho internacional, abundan en la práctica de los Estados ejemplos de soluciones concretas que bien pueden tomarse de ejemplo e impulsar políticas de protección en una escala global.
3. Promover la coherencia política y la integración de los desafíos de movilidad humana en las esferas políticas y de acción relevantes. Aspecto fundamental ante la ausencia de estándares globales, lo que demuestra que se requiere una armonización de las medidas a implementar en cuanto a la

³² PDD. Abordando las necesidades de Protección de las personas desplazadas a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático. Accesible en: https://www.unisdr.org/files/globalplatform/591b0df6263bbPDD-Leaflet-11-2016-ES_LR.pdf.

respuesta de protección que se dé en los diferentes ámbitos.

4. Promover el desarrollo normativo y de políticas en dónde se observen vacíos: En este punto se señala de que con ésta iniciativa no se buscan desarrollar estándares legales o marcos normativos globales, sino avanzar en medidas concretas de protección para este tipo de desplazamientos. Dichos estándares legales o marcos normativos, bien pueden generarse a nivel nacional o regional.

VII. Reflexiones finales

A lo largo de todo el desarrollo del presente trabajo de investigación, se intentó poner en relieve cuáles han sido los factores que de una u otra forma guían el presente debate en torno a la protección jurídica internacional de los desplazamientos forzados en un contexto de desastres naturales y cambio climático, fundamentalmente, haciendo un breve análisis de los antecedentes históricos y normativos que posibilitaron el surgimiento de lo que actualmente se conoce como el Derecho Internacional de los Refugiados.

Al respecto, entendimos que era necesario abordar dicha comparación – con la cual no estamos totalmente y obligatoriamente de acuerdo– para poder desandar las diferentes posturas doctrinarias que giran en torno a la idea del “refugiado ambiental”.

En ese sentido, puede advertirse precisamente que dicha falta de protección jurídica se debe principalmente, a la falta de antecedentes históricos, la ausencia de un consenso doctrinario y a la reticencia los Estados para ceder parte de su soberanía, obligándose a brindar protección jurídica en instrumentos que les resultasen vinculantes.

Asimismo, dicho debate queda inmerso en uno mucho más profundo y más amplio, que naturalmente excede el propósito de la presente investigación, pero que no obstante vale la pena resaltar: toda migración en cierto punto es forzada y muchas veces podemos caer en el error de incluir bajo las etiquetas de

“voluntaria” o de “migrantes económicos” situaciones que a todas letras nada tienen de voluntarias, maquillando injustamente realidades o motivaciones de desplazamientos tan dramáticas como aquéllas que ocurren producto del conflicto y la persecución.

En el caso de los desplazamientos en el contexto de desastres naturales o cambio climáticos frecuentemente ocurre lo mismo: tienden a ser “absorbidas” bajo la etiqueta de migraciones climáticas, muchas veces producto de la dificultad de poder separar y analizar de manera aislada este tipo de motivaciones, de otras como lo son la falta de empleo, el hambre, la degradación del medio ambiente cuando responde a fenómenos de proceso lento, etc. En este sentido, si analizamos el proceso migratorio desde una perspectiva de los derechos humanos, cuestión que resulta aún más evidente en el caso de los desplazamientos forzados, vemos cómo tal criterio no resiste el más mínimo análisis: muchas veces el endilgar el carácter de voluntario a ciertos tipos de desplazamiento que por su naturaleza, desde el sentido común, no podrían ser categorizados de otra manera que de desplazamientos forzosos, responde a un criterio absolutamente arbitrario, que responde a una voluntad tácita –cuando no expresa– de los Estados de eludir sus responsabilidades internacionales de protección de los Derechos Humanos más fundamentales.

Obviamente, dicha tesitura se encuentra inmersa en un problema aún mucho mayor, que es el la seria crisis de las migraciones y desplazamientos masivos de población que se vive en el mundo. Vivimos en épocas que serán tristemente recordadas por los muros que se han levantado, donde los procesos de integración parecieran heridos de muerte y donde han vuelto las fronteras en su máxima expresión. Tiempos en donde la humanidad se olvida de su pasado, sobreabunda el egoísmo y estamos escupiendo hacia nuestras generaciones futuras. Con tristes récords de refugiados y desplazamientos que se vienen batiendo año tras año bajo el silencio cómplice de la comunidad internacional que invisibiliza conflictos que ocurren en sus propias narices. ¿Qué podemos esperar entonces? Quizás como señala ZYGMUNT BAUMAN³³ nos enfrentamos a

³³ ZYGMUNT BAUMAN (2016). *Extraños llamando a la puerta*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Paidós.

una crisis de la humanidad, y la única salida es reconocer nuestra creciente interdependencia como miembros de la misma especie y encontrar nuevas maneras de convivir en solidaridad y cooperación.

Ello no quita que a partir de todo lo recorrido hasta ahora, del fruto del presente trabajo no pueden ensayarse algunas conclusiones y recomendaciones respecto de la problemática aquí planteada.

En efecto, a partir de los conceptos aquí vertidos puede concluirse que no es adecuado referirse a estos tipos de desplazamientos en términos de “refugiados”, y ello por varios motivos:

En primer lugar, como vimos, el Derecho Internacional de los Refugiados nace al amparo de antecedentes históricos diametralmente distintos, esto es producto de los estragos ocasionados por las dos guerras mundiales que tuvieron lugar en la primera mitad del siglo XX. En este contexto vimos cómo se fue construyendo, paralelamente al surgimiento de todo el sistema de Naciones Unidas, sostenido por los antecedentes históricos, el consenso doctrinario y el compromiso de la comunidad internacional en contar con un instrumento vinculante que garantizara la protección de los derechos de aquellas personas que escapaban de la guerra y la persecución. En este orden de ideas, el temor fundado y la persecución, se convertirían finalmente en el elemento distintivo y excluyente respecto de la protección de los desplazamientos forzados en términos de la Convención de 1951.

Hoy ambos tratados universales, la Convención de 1951 y su Estatuto del año 1967 han cumplido más de 60 años de plena vigencia, y han demostrado ser lo suficientemente fuertes como para adaptarse a la evolución de los conflictos y movimientos de los refugiados. Por ello, resultan hasta cierto punto entendibles aquellas posturas que presentan sus reparos respecto a que dichos instrumentos sean modificados o ampliados, por miedo a desnaturalizarlos.

Nuevamente, si analizamos en particular los antecedentes que motivaron el surgimiento de la Declaración de Cartagena de 1984, en cierta forma resultado del desinterés inicial por parte de los Estados americanos en una Convención que respondía netamente a la realidad y necesidades de la Europa de posguerra, pero que no se adaptaba a la realidad propia de los acontecimientos que se

vivían en Latinoamérica y el Caribe. De esta forma, nuestra región adoptaría una versión similar a la correspondiente a la Organización para la Unidad Africana en 1969, que ampliaría la protección para aquellas personas que huían a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad.

Aquí nuevamente existieron los consensos necesarios que reconocían una realidad diferente y la necesidad de que los instrumentos regionales se adaptaran a ella.

De esta forma, entendemos que no resulta adecuado equiparar los desplazamientos forzados en el contexto de desastres naturales y cambio climático con aquéllos que tienen su raíz en el conflicto y la persecución. No sólo porque uno desnaturalizaría al otro, sino también porque parece poco probable que se logren los consensos necesarios como para que pueda avanzarse en ese sentido. Ni la doctrina mayoritaria, ni mucho menos la comunidad internacional parecen siquiera aceptar o deslizar la más mínima posibilidad. Tampoco lo sugieren las agencias con mayores responsabilidades al respecto, el ACNUR y la OIM. Asimismo, creemos que el desplazamiento forzado en el contexto de desastres y cambio climático es un fenómeno que debe atenderse específicamente, por las características propias que dicho desplazamiento conlleva.

Por idénticas razones a lo expresado anteriormente, consideramos que la utilización de la definición ampliada de la Declaración de Cartagena (como bien podría ser la de la OUA para futuros casos en el continente Africano), no resuelve el problema de fondo y genera mayor confusión. Aunque es necesario resaltar que ha sido una de las respuestas y soluciones que ciertos Estados, en el ejercicio de su soberanía han adoptado al momento de tener que brindar protección a los desplazados por desastres o cambio climático consiguiendo dar una respuesta sumamente pronta y eficaz.

En este sentido, hemos desarrollado en profundidad cual es el rol histórico que ha desempeñado el ACNUR en términos de protección internacional hacia los refugiados, y cómo esas funciones se han ido ampliando, en la práctica, hacia

otros escenarios no inicialmente previstos, como lo es la asistencia en materia de protección ante otro tipo de desplazamientos como aquéllos que ocurren por desastres naturales. Naturalmente, el analizar dicho interrogante bien podría implicar un análisis más extenso y específico al presente trabajo, atento a que la complejidad del asunto excede ampliamente lo inicialmente propuesto en este documento. Simplemente consideramos que es dable aclarar que pese incluso a las resistencias internas, la realidad parecería sugerir que el ACNUR está llamado a cumplir con un papel esencial en la protección de este tipo de desplazamientos, por su liderazgo global en materia de protección, su trayectoria y como consecuencia de sus responsabilidades. Claro está, ello necesariamente debe pensarse en el ámbito de un marco de respuesta más amplio como el iniciado por el trabajo del Comité Permanente de Organismos para la ayuda humanitaria, donde el ACNUR desempeña un papel fundamental en materia de protección. La ampliación de su mandato y responsabilidades, necesariamente requerirán de la consecuente asignación de mayores recursos económicos y técnicos, de manera de que no se descuide su capacidad en materia de su mandato principal, la protección de los refugiados.

Como consecuencia de nuestra labor, hemos abordado numerosas iniciativas que, de una u otra forma, intentaron resolver, con mayor o menor éxito, la problemática traída a debate, y que es posible enumerar:

En primer lugar, hemos descubierto a partir del caso de estudio haitiano cómo el visado humanitario ha sido una herramienta sumamente práctica para poder responder ante los desplazamientos como consecuencia de desastres. Varios países han recurrido a dicha solución y se ha logrado acoger satisfactoriamente a cientos de miles de haitianos que buscaron asilo en países de la región. En relación a ello, como lo señalan GUALANO DE GODOY y GALVÃO, la práctica Argentina ha resultado ser la mejor en la región, recordando que el país a partir de 2004 estableció en su legislación migratoria la posibilidad de concesión de visas de residencia temporaria a extranjeros por razones humanitarias (GUALANO DE GODOY y GALVÃO, 2012: p. 137). Quizás este tipo de vías y soluciones merezcan la pena ser estudiadas en profundidad, sin dejar de observar que dicha solución puede resultar sumamente dispareja entre un país

y otro, e incluso deja un enorme margen de discrecionalidad a los países de acogida para establecer requisitos, plazos y demás cuestiones, lo que en el fondo no otorga seguridad jurídica a los desplazados.

En segundo lugar, la iniciativa Nansen así como su sucesora, la Plataforma sobre el Desplazamiento por Desastres pareciera ser el escenario más adecuado en donde puedan encontrarse respuestas que aborden estos desafíos. Lamentamos que dicha iniciativa no persiga encontrar un estándar normativo a nivel global, por más ambicioso que parezca la idea. Ya que dejar dichas soluciones a merced de iniciativas nacionales o regionales no aportan seguridad jurídica respecto de derechos tan básicos de las personas desplazadas internacionalmente, como lo es el acceso al trabajo, la educación, documentación básica, salud, etc. Sin embargo ello no debe quitarle mérito, seguramente el avance en la discusión de la agenda y sus objetivos permitan conseguir respuestas y resultados concretos que permitan dejar atrás tantos desencuentros, avanzando y permitiendo generar acuerdos en materia de reducción de riesgos de desastres, prevención y reducción del desplazamiento por desastres así como también el fortalecimiento de las capacidades de adaptación y resiliencia de parte de las comunidades afectadas.

Sin lugar a dudas, fortalecer los mecanismos de cooperación regionales, facilitando el desarrollo de políticas y marcos de respuesta común frente a este tipo de desafíos contribuirá enormemente a mitigar el problema, aunque, pecando de ser reiterativos, el avanzar en definiciones y abordajes globales al fenómeno del desplazamiento por desastres, así como un marco de protección y de derechos que trasciendan los niveles local y regional parece ser la respuesta a ésta amenaza que también es global. Seguramente la elaboración de principios rectores que aborden estos desafíos constituirán un enorme avance al respecto.

Por otro lado, creemos que –tal como señalaban GOODWIN-GILL y MCADAM– quizás la llave de la cuestión resida en analizar el fenómeno de los desplazamientos forzados a consecuencia de desastres y cambio climático desde una óptica que se centre en un marco de derechos basado en la necesidad y vulnerabilidad como únicos criterios de priorización, atento a que la lógica del desplazamiento por sí sola parece insuficiente como indicadora de las

necesidades de protección. Sobre todo si consideramos que en su mayoría este tipo de desplazamientos se produce de manera interna, lo que posibilitaría así pensar una respuesta al problema en su conjunto, independientemente de si éstas personas han cruzado o no una frontera.

Las reflexiones anteriores no deben hacernos perder de vista que, fundamentalmente, la principal responsabilidad y quienes deben tomar la iniciativa recae necesariamente en los Estados. Ello así, porque si como mencionábamos, el cambio climático augura consecuencias nefastas para la vida humana en sus más diversos aspectos, y por lo tanto traerá aparejados enormes efectos en la dinámica de los desplazamientos masivos de población, el énfasis no sólo debe ponerse en la gestión de la reducción del riesgo de desastres, y el abordaje y tratamiento de todas sus consecuencias una vez que ellos se producen, entre las que se encuentra precisamente la protección de aquellos desplazamientos a través de fronteras, sino también en mitigar y reducir los efectos del cambio climático si lo que se busca es precisamente tratar de reducir el número de desplazamientos que se producen por estos motivos.

Al respecto, no deben perderse de vista los enormes avances alcanzados en otras iniciativas en pos de la protección del medio ambiente y del desarrollo sostenible que sin duda tendrán un enorme impacto futuro en las migraciones y los desplazamientos. Del logro de los acuerdos alcanzados en el Acuerdo de París y de los Objetivos para el Desarrollo Sostenible dependerá en gran parte el futuro inmediato de la vida humana, impactando directamente en las problemáticas aquí planteadas.

El desarrollo de este trabajo pretendió abordar de manera acabada el vacío de protección existente ante el creciente fenómeno de los desplazamientos transfronterizos en el contexto de desastres naturales y cambio climático. Vacío jurídico que pese a los ensayos de abordaje aquí estudiados, dista mucho de ser subsanado por lo que el llamamiento a la comunidad internacional para que impulse políticas y consensos que aborden estas necesidades de protección resulta hoy más urgente que nunca.

Observamos y reconocimos sendas iniciativas que de manera innovadora intentan aportar soluciones a la cuestión pese a que todavía dichos abordajes

resultan insuficientes. Sin embargo, seguramente la misma urgencia de un problema que es real y está sucediendo ahora, despierte el interés necesario (o al menos eso esperamos), en la comunidad internacional y quienes ostentan los espacios de toma de decisiones para continuar impulsando respuestas a dichas cuestiones. El debate ya ha sido iniciado y, pese a los pronósticos, todavía estamos a tiempo.

VIII. Bibliografía

ACNUR. (1988). *Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado*. Ginebra: ACNUR.

—(2005). *Introducción a la protección internacional. Protección de las personas de la competencia del ACNUR*. Ginebra: ACNUR.

—(2005). *La determinación del estatuto de Refugiado, ¿Cómo identificar quien es un refugiado? Modulo autoformativo No. 2*. ACNUR.

—(2010). *2010 High Commissioner's Dialogue on Protection Challenges, Background paper*. ACNUR. Accesible en: <https://www.unhcr.org/4cebeeee9.html>.

—(2017). *Desplazamiento por cambio climático y desastres*. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11175.pdf>.

—(2017). *Direcciones estratégicas del ACNUR 2017-2021*. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11039.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2017/11039>.

—(2020). *Tendencias Globales 2019*. Accesible en: <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>.

ARENAS HIDALGO, N. D. L. C. (2002). La degradación medioambiental y los desplazamientos de población. *Volumen(170)*. Disponible en: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/170.pdf>

BARUTCISKI, M. (1998). El conflicto entre el concepto de refugiado y el debate sobre los Desplazados Internos. *Migraciones Forzadas*, Nro. 3, p. 11-14.

BOANO, C., ZETTER, R., & MORRIS, T. (2008). Environmentally displaced people: understanding the linkages between environmental change, livelihoods and forced migration. Refugee Studies Centre. Oxford Department of International Development. University of Oxford.

BROWN, L. R., MCGRATH, P. L., & STOKES, B. (1976). Twenty-two dimensions of the population problem. *Population Reports. Series J: Family Planning Programs*. 177–202. WorldWatch Institute.

BROWN, O. (2008). *Migration and Climate change*, International Organization for Migration, Geneva.

CABEZAS VARGAS, M. (2013). Cambio Climático, Migración y el Mítico Refugiado Ambiental. *Justicia Ambiental Revista de Derecho Ambiental*, Año V, n° 5, pp. 39- 70.

CARDY, W. F. (1994). *Environment and Forced Migration: a review*. In Somerville College, University of Oxford, United Kingdom: Fourth International Research and Advisory Panel Conference.

Cirefca (1994). Evaluación de la puesta en práctica de las disposiciones del Documento - "Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados Centroamericanos en América Latina." Accesible en: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b31c88.html>.

D'ALOTTO, A. (2003). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su contribución a la protección de los refugiados en América Latina. (ACNUR). El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina. 1º Edición. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

DE LUCAS (5 de septiembre de 2015), J. *Tras la conmoción por los refugiados, un riesgo que parece que es una paradoja*. Blog Al revés y al derecho. Accesible en: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=3883>.

DESROCHES, R., COMERIO, M., EBERHARD, M., MOONEY, W., & RIX, G. J. (2011). Overview of the 2010 Haiti earthquake. *Earthquake Spectra*.

ERC United Nations Emergency Relief Coordinator (2005). *Humanitarian Response Review*. Génova, 2005.

FELLER, E. (2001) Cincuenta años de protección internacional de los refugiados. Los desafíos de protección ayer, hoy y mañana. *Revista Internacional de la Cruz Roja*.

FERRIS, E. (2011). *The politics of protection: The limits of humanitarian action*. Brookings Institution Press.

FRANCO, L. (2003). El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: análisis crítico del dualismo. ACNUR Universidad Nacional de Lanús.

GESULFO, A. (2002). La comunidad internacional se hace cargo del problema. *Texto Completo en: <http://www.acnur.org/index.php>*.

GIL BAZO, M. Asilo. *Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación para el Desarrollo*, disponible de manera online en: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/15>.

GOODWIN-GILL, G. Y McADAM, J. (2017). Cambio climático, desastres y desplazamientos. Ginebra: ACNUR.

GUALANO DE GODOY, G. Y GALVÃO J. Protección humanitaria complementaria a víctimas de desastres socio-ambientales: la respuesta jurídica al caso de los haitianos en Brasil. En *Humanos, Reflexiones desde el Sur*. Infojus.

GUTERRES, A. (2008). Cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano: la perspectiva del ACNUR. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/6936>

HOBBSAWN, E. (2018). *Historia del siglo XX*. Buenos Aires: Ed. Crítica.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (2018). *Global Warming of 1.5°C Report*.

INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTER (2017). *Global Report on Internal Displacement*. Disponible en <http://www.internal-displacement.org/global-report/grid2017/>.

JACOBSON, J. L. (1988). *Environmental refugees: a yardstick of habitability*.

KIBREAB, G. (1997). *Environmental causes and impact of refugee movements: a critique of the current debate*. *Disasters*.

LLAMAS, V. (2016). Seguridad Humana y movilidad humana. *Revista IIDH Nro. 63*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 147-185.

MACHADO CAJIDE, L. (2013). Aproximaciones sobre el surgimiento y evolución histórica del Estatuto de los Refugiados. *Anuario digital CEMI*. CEMI, La Habana.

MCGREGOR, JOANN (1993). "REFUGEES AND THE ENVIRONMENT". BLACK, R. AND ROBINSON V. (EDS.) GEOGRAPHY AND REFUGEES: PATTERNS AND PROCESSES OF CHANGE. LONDRES. BELHAVEN, 157-70.

MOSES OKELLO, J. O. (2014). La Convención de la OUA de 1969 y el desafío permanente de la Unión Africana. Revista Migraciones Forzadas, disponible en <https://www.fmreview.org/es/fe/okello>.

MYERS, N. (2002). Environmental refugees: a growing phenomenon of the 21st century. Philosophical Transactions of the Royal Society of London B: Biological Sciences, 357(1420), 609-613.

NAMIHAS, S. (Ed.). (2001). Derecho Internacional de los refugiados. Fondo Editorial PUCP.

OIM. Medioambiente, cambio climático y migración: Perspectiva y actividades de la OIM. Disponible de manera online en: http://publications.iom.int/system/files/pdf/climatechangesp_final.pdf.

—(2014). Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático: Datos Empíricos para la Formulación de Políticas.

— (2017). La OIM y la agenda 2030 para el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe.

PÉREZ BARAHONA, S. (2003). El Estatuto de "Refugiado" en la Convención de Ginebra de 1951. Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja, REDUR, (1), 12.

POSADA, P. (2009). Refugiados y desplazados forzados. Categorías de la migración forzada creadas como medidas de contención a las migraciones no

deseadas. Estudios Políticos, 35, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, (pp. 131-152).

SEPÚLVEDA, C. (1998). Manual de derecho internacional público. *México: Porrúa.*

TERMINIELLO, J. P. (2012). Los desastres naturales, el cambio climático y la protección de los derechos humanos. Realidades y desafíos frente al desplazamiento forzado en Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica.

The Nansen Initiative (2015). Desplazamiento a través de fronteras en el contexto de desastres y cambio climático: Agenda de Protección (Borrador para consulta). Disponible en: <http://disasterdisplacement.org/wp-content/uploads/2015/06/20052015-Nansen-Initiative-Protection-Agenda-for-Consultation-DRAFT-Spa.pdf>

URQUIDI CARRILLO, J.E. Consideraciones históricas en torno al asilo. *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho. Universidad Iberoamericana. México, 1981.*

VALDEZ ARROYO, F. DE M., Ampliación del concepto de refugiado en el Derecho Internacional Contemporáneo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima. 2004.

ZÁRATE, L. C. (1957). El asilo en el derecho internacional americano: con un apéndice de la Corte Internacional de Justicia y de anexos de la Cancillería de Colombia. Iqueima.

Camila Ristoff¹ y Rocío Belén Martínez²

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2021

Resumen

En el presente artículo se ilustran los inicios y posterior desarrollo del Mercosur desde una perspectiva de democracia y derechos humanos, para demostrar que el mismo es más que un proceso comercial y económico. Con ese fin, las autoras desarrollan los antecedentes políticos, vinculados al fortalecimiento democrático de los Estados Partes, como así también la relación entre la democracia y la promoción y protección de los derechos humanos; asimismo, enumeran los instrumentos normativos mercosureños y los organismos creados para atender en estas materias; seguidamente se analizan ciertos casos emblemáticos, para culminar con la alusión a algunos de los déficits que el bloque regional presenta.

Palabras claves: Mercosur - Integración regional - Derechos Humanos - Democracia.

Title: Mercosur: a view from democracy and human rights.

Abstract

In this article we will illustrate the beginning and subsequent development of Mercosur from a democracy and human rights, to show that Mercosur means much more than a trade and economic process. In order to explain that, we will develop the political background, which is closely linked to the democratic strength of member parties, as well as the relationship between democracy and

¹ Abogada (Universidad Nacional del Sur, Argentina). Estudiante de la Diplomatura en Género, Igualdad y Derecho (Universidad Nacional del Sur, Argentina).

² Estudiante de Abogacía (Universidad Nacional del Sur, Argentina). Estudiante de la Diplomatura de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, en modalidad de investigación (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina).

the promotion and protection of human rights. Also, making a list of the Mercosur normative instruments and the organisms that had been created to deal with this kind of issues. After that, we analyze some of the most emblematic cases, to arrive in an allusion to certain deficits that regional bloc has.

Keywords: Mercosur - Regional integration - Human Rights - Democracy.

I. Mercosur. Antecedentes políticos y compromiso democrático

Si nos preguntamos por los inicios del Mercosur, automáticamente pensaremos en el Tratado de Asunción del año 1991. Sin embargo, destacaremos sus antecedentes políticos por el valor simbólico que tuvieron en el posterior desarrollo del bloque y por la importancia que tienen en la presente investigación, dado que tal dimensión política está directamente vinculada con la protección y promoción de la democracia y los derechos humanos entre los Estados Partes.

En este sentido, el punto de partida para la constitución del Mercosur fueron los acercamientos entre Argentina y Brasil en la década de 1980, países que, como otros del continente, se encontraban entonces en una etapa de transición hacia regímenes democráticos, luego de padecer sucesivos golpes de Estado y cruentos regímenes militares. Alfonsín y Sarney, visionaria y estratégicamente, acercaron posiciones por la necesidad de asegurar esos regímenes en los países que entonces presidían, en línea con su convicción de que solo un Estado de derecho podía ser garante de los derechos humanos de las personas (GINZBURG, 2012: pp. 1-3).

Entre los instrumentos que sellan el compromiso de avanzar en las relaciones bilaterales, en forma consensuada y pacífica, encontramos la **Declaración de Foz de Iguazú** de 1985, donde se afirma la necesidad de un avance democrático entre los países vecinos, y el **Acta de Amistad Argentino-Brasileña “Paz, Democracia y Desarrollo”** de 1986, que también sostiene la fe en la democracia representativa, asentada en el respeto del orden legal y la

voluntad popular como modo de asegurar la paz y promover el desarrollo nacional (GINZBURG, 2012: p. 1).

Estos antecedentes políticos del Mercosur definen una orientación hacia el respeto de la democracia y el desarrollo social, que será ampliada y consolidada en documentos y acciones posteriores (GINZBURG, 2012: p. 1). Así, el propio **Tratado de Asunción** de 1991, firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, aun orientándose hacia la perspectiva económica y la consolidación de un Mercado Común –producto del regionalismo abierto que ganaba terreno en la región–, también destaca en su Preámbulo la necesidad de alcanzar un desarrollo económico con justicia social, que permita mejorar la condición de vida de sus habitantes y una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos. Pese a esto, no hay en el Tratado de Asunción ninguna otra norma específica de carácter social, dado que, según los creadores del Mercosur –todos pertenecientes a las tecno burocracias de los Estados y sin representación de la sociedad civil y la ciudadanía–, el crecimiento social devendría indefectible y naturalmente a partir de la expansión económica (WOJCIECH: p. 1).

A continuación, la **Declaración Presidencial de las Leñas** de 1992, reafirma la necesidad de dar plena vigencia a las instituciones democráticas, como supuesto indispensable para la existencia y desarrollo del Mercosur, fortaleciendo nuevamente la línea orientadora que siguieron los precursores del bloque.

La vida institucional del Mercosur continuó dando pie para el avance en las cuestiones políticas y no estrictamente comerciales. Así, en 1996, durante la X Cumbre Presidencial del Mercosur, se emiten dos declaraciones: la relativa al **Diálogo Político en el Mercosur**, según la cual se instauraría un Mecanismo de Consulta y Concertación Política para ampliar y sistematizar la cooperación política entre los Estados Partes y considerar aquellos asuntos de interés político común, en relación al contexto geopolítico de entonces; y la **Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur**, que acuerda, nuevamente, la plena vigencia de las instituciones democráticas como condición esencial para la cooperación entre los países miembros, constituyendo la

vulneración al orden democrático un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración (GINZBURG, 2012: p. 2).

En junio de 1997, los Estados Partes se pronuncian en la **Declaración Presidencial sobre Consulta y Concertación Política de los Estados Partes del Mercosur**, decididos a fortalecer la identidad del bloque en el ámbito internacional y la creciente dimensión política que implicaba el proceso de integración (GINZBURG, 2012: p. 2). En consonancia con ello, en diciembre de 1998, el Consejo del Mercado Común (CMC) crea el **Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP)** como miembro auxiliar y encargado de coordinar la Reunión de las Altas Autoridades en el Área de Derechos Humanos (dec. CMC 18/1998) –instituto sobre el cual profundizaremos a continuación–.

En 1998, se suscribe el valiosísimo **Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile** –en adelante “Protocolo de Ushuaia”–, el cual forma parte del Tratado de Asunción e insiste en la vigencia de las instituciones democráticas como condición para el desarrollo de los procesos de integración. El mismo insta la “cláusula democrática” y deviene aplicable en caso de ruptura del orden democrático en cualquiera de los Estados Partes. Ello puede derivar en sanciones como, por ejemplo, la suspensión del Estado afectado en su derecho a participar de los órganos del proceso de integración y/o la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo. Tales medidas solo cesarán si se verifica el pleno y efectivo restablecimiento del orden democrático, lo cual será decidido por consenso, como sucede con todas las decisiones que se adoptan en esquemas de integración de corte intergubernamental (GINZBURG, 2012: p. 3). Seguidamente se crea el **Centro Mercosur de Promoción de Estado de Derecho (CEMPED)** (dec. CMC 24/2004), ante la necesidad de fortalecer el desarrollo de la gobernabilidad democrática y la eficacia de las instituciones de todo Estado que se considere “de Derecho” (GINZBURG, 2012: p. 4).

En el año 2007 se establece el **Observatorio de la Democracia del Mercosur (ODM)** (dec. CMC 5/2007), entre cuyos objetivos destacan la contribución al fortalecimiento de los objetivos del Protocolo de Ushuaia; el seguimiento de los procesos electorales de los Estados Partes del Mercosur y la

realización de actividades relacionadas a la consolidación de la democracia en la región (GINZBURG, 2012: pp. 4-5).

Finalmente se aprueba el texto del **Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el Mercosur** (Ushuaia II), firmado por los Estados Partes del Mercosur, junto con Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. El mismo representa grandes avances respecto al Protocolo de Ushuaia (CANEPA, 2015: p. 169). En efecto, son más los Estados adheridos, ampliándose su ámbito territorial de aplicación, y se extienden al mismo tiempo los supuestos de procedencia, ya que agrega, a la ruptura del orden democrático, la amenaza de ruptura de tal orden, o la violación del orden constitucional, o cualquier situación que ponga en riesgo el legítimo ejercicio de poder y la vigencia de los valores y principios democráticos.

Si se verifican las situaciones mencionadas, se activan los mecanismos de solución previstos por el Protocolo y, ante su infructuosidad, se prevén consecuencias como la suspensión del derecho de la parte afectada de participar en los órganos mercosureños; el cierre total o parcial de sus fronteras terrestres; la suspensión o limitación del comercio, tráfico aéreo, la provisión servicios, etc.; la suspensión del goce de los derechos y beneficios derivados del proceso de integración; la adopción de sanciones políticas y diplomáticas; entre otras (GINZBURG, 2012: p. 5). Sin embargo, las medidas adoptadas no deben poner en riesgo el bienestar de la población y sus libertades fundamentales, así como el respeto a la soberanía e integridad territorial, la situación de los países sin litoral marítimo y los tratados vigentes. Es decir que todas las acciones que se emprendan se realizarán en coordinación con otros instrumentos internacionales sobre la defensa de la democracia y los derechos humanos.

A partir de lo descripto vemos que, más allá de que el Mercosur se concibe en el Tratado de Asunción como un espacio de integración comercial y económica, muchos instrumentos de derecho originario y derivado apuntan igualmente a consolidar la dimensión social y política del proceso de integración y señalan que el respeto de la democracia es una condición indispensable del mismo. Tales elementos podrán hacer del Mercosur no solo un posible y futuro

mercado común, sino también una incipiente comunidad política (ABRAMOVICH, 2012: p. 189).

II. Democracia y Derechos Humanos

El recorrido realizado en el acápite anterior no es vano ni meramente descriptivo. En todos los sistemas de integración de América Latina, existe un punto en común que es la existencia de cláusulas democráticas dentro de su marco normativo. Las mismas procuran preservar el orden democrático interno de los Estados Partes, sin lo cual se entiende que no se puede profundizar la integración estructural (CONCI Y GUILHERME, 2016: p. 4).

Consideramos, además, que sólo en este contexto de compromiso absoluto con los regímenes democráticos se pueden desarrollar políticas e instrumentos destinados a la defensa de los derechos humanos. Al mismo tiempo, la extensión de los mismos a toda la población constituye un requisito fundamental para garantizar la cohesión social, el sentido de pertenencia hacia ese Estado y el apoyo estable por parte de la población a la democracia, que se constituye en el “elemento legitimador” del bienestar social (BONOMETTI Y RUIZ SEISDEDOS, 2010: pp. 11-12).

Es decir que, así como se requiere de la democracia para garantizar y promover los derechos humanos, el respeto y garantía de los mismos legitima los regímenes democráticos que los vuelven posibles; he aquí su intrínseca relación.

Por otra parte, si bien es cierto que conceptualizar a la democracia no es algo sencillo, sí existe un contenido mínimo que debe asegurarse, el cual se vincula indudablemente con los derechos humanos. En tal sentido, la democracia presupone regímenes electorales de tipo democrático, donde el derecho al voto sea universal y se garanticen libertades políticas como las de asociación, expresión y disponibilidad de información no monopolizada (BONOMETTI Y RUIZ SEISDEDOS, 2010: p. 13; O’DONNELL: p. 5). Además, deben respetarse y materializarse los derechos de aquellas minorías que carecen de representación contra los Estados o actores privados (CONCI Y GUILHERME, 2016:

p. 4), como así también erradicar las desigualdades sociales que perpetúan pobreza estructural y la exclusión social de ciertos grupos, como las personas pobres, comunidades originarias, campesinos, mujeres y disidencias sexuales, entre otros (BONOMETTI Y RUIZ SEISDEDOS, 2010: p. 13).

Bajo estos mínimos lineamientos, podemos distinguir a los regímenes democráticos en sentido formal de las democracias de tipo integral, las cuales suponen que a los derechos civiles y políticos los acompañe la efectiva extensión de los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales. Asimismo, una “verdadera democracia” no solo reconoce todos estos derechos, sino que además los garantiza, extiende y protege (BONOMETTI Y RUIZ SEISDEDOS, 2010: p. 15).

Por último, para poder aproximar la democracia con los derechos humanos, no alcanza hoy en día con su protección en el ámbito interno de los Estados, sino que ello debe hacerse extensivo a la protección internacional (CONCI Y GUILHERME, 2016: p. 4). En el ámbito específico del Mercosur, la exigencia sería que la integración sea conducida a partir del avance económico, pero con democracia, entendida en términos integrales y, por lo tanto, sin descuidar los derechos humanos que son el mínimo a partir del cual el proceso de integración estructural puede avanzar progresivamente (CONCI Y GUILHERME, 2016: p. 4).

III. Mercosur y Derechos Humanos

El derecho mercosureño no contiene normativa fundacional relativa a la protección y promoción de los derechos humanos. Sin embargo, los Estados Partes han considerado necesario emprender tareas concernientes a su reconocimiento, en línea con los sistemas universales y regionales de protección de los mismos, creando una amplia gama de instrumentos jurídicos e instituciones vinculadas a su respeto, protección y promoción (CANEPA, 2015: pp. 175-176).

i. Instrumentos normativos mercosureños.

En primer lugar, encontramos el **Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos**, de junio de 2005 (dec. CMC 17/2005), el cual, en materia de derechos humanos y dentro del Mercosur, es el instrumento más relevante (CANEPA, 2015: p. 163). En él, los Estados consideran que la protección y garantía de los derechos fundamentales y la plena vigencia de las instituciones democráticas son condición necesaria para la consolidación del proceso de integración. Al mismo tiempo, reafirman los principios y disposiciones contenidas en distintos instrumentos internacionales, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros, reconociendo que, si bien no son parte del derecho mercosureño, nutren con su espíritu la protección de los derechos humanos en el bloque (CANEPA, 2015: p. 163).

El Protocolo deviene aplicable cuando se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales por parte de los Estados Partes, lo que puede dar lugar a distintas sanciones, como la suspensión del derecho a participar en los órganos mercosureños o la suspensión de los derechos y obligaciones derivados del proceso de integración (GINZBURG, 2012: p. 6).

Seguidamente, en diciembre de 2005, los presidentes de los Estados Partes del Mercosur y los Estados Asociados, emiten una **Declaración sobre Derechos Humanos**, manifestando el apoyo a la plena vigencia de los principios y valores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, al tiempo que reafirman su adhesión a los instrumentos regionales de derechos humanos. Asimismo, expresan su compromiso de continuar en el proceso de fortalecimiento y perfeccionamiento de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante “Comisión IDH” y “Corte IDH” respectivamente-. Además, se comprometen a aplicar políticas públicas que aseguren el efectivo ejercicio de los derechos humanos (GINZBURG, 2012: p. 6).

En lo que respecta a derechos sociales y laborales, no podemos dejar de mencionar la **Declaración Socio-laboral del Mercosur**, de 1998, que busca consolidar la ratificación de las principales convenciones de la OIT; o la primera y segunda **Declaración Presidencial sobre Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil en el Mercosur**, de 2002 y 2012 respectivamente; entre otros. Por último, existen interesantes instrumentos en materia migratoria, como la **Declaración de Río de Janeiro sobre la institución del Refugio**, firmada en el año 2000 por los Estados Partes del Mercosur, Chile y Bolivia, por la cual se pretende dar protección a las y los individuos perseguidos por motivos de raza, nacionalidad, religión, grupo social, opinión política o víctimas de violaciones graves y generalizadas de derechos humanos, teniendo en cuenta su derecho universal de solicitar refugio. Por su parte, la **Declaración de Santiago sobre principios migratorios** del año 2004, firmada por los Estados Partes del Mercosur, Perú, Bolivia y Chile, asegura el respeto de los derechos humanos de las personas migrantes; reafirma los compromisos que los Estados tienen de brindar y promover la protección internacional a los y las refugiadas; condena las prácticas de xenofobia, las deportaciones en masa o en grupo y las detenciones ilegales; entre otras cuestiones de relevancia.

Sin haber hecho un examen exhaustivo, vemos aquí la importancia que el Mercosur ha dado a la protección normativa de los derechos fundamentales.

ii. Órganos mercosureños.

En lo que a materia orgánica respecta, y en orden cronológico de creación, encontramos al **Foro especializado migratorio**, creado en el año 2003 en la XIV Reunión de ministros del Mercosur. El mismo atiende a la problemática referida a la movilidad poblacional entre países de la región y es el encargado del estudio de proyectos migratorios y de brindar propuestas y soluciones referidas a la temática, tanto dentro como fuera de la región (CANEPA, 2015: p. 166).

Seguidamente, encontramos a la **Reunión de Altas Autoridades en el Área de Derechos Humanos (RAADH)** (dec. CMC 40/2004), que constituye un

espacio de coordinación intergubernamental, dedicado al análisis y definición de políticas públicas de derechos humanos. La característica distintiva del RAADH es la convocatoria y participación permanente de los Estados Partes y Asociados del Mercosur y su interacción con organizaciones de la sociedad civil, que se constituyen en un actor relevante para el fortalecimiento de las políticas en esta materia (MARIANELLO, 2017: p. 18).

También en el año 2004 se funda el **Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el Mercosur**, constituido por representantes de instituciones de la sociedad civil de los cuatro Estados Partes del Mercosur. El mismo tiene como objetivo promover la plena vigencia de los derechos fundamentales, especialmente de los sectores más vulnerados de la sociedad. Para ello, realiza seminarios y reuniones de capacitación en derechos humanos e integración, para involucrar a la sociedad civil en las áreas pertinentes del Mercosur e impulsa el acceso a la información pública de las deliberaciones y decisiones adoptadas por los órganos del Mercosur. Al mismo tiempo, fomenta la adopción de políticas públicas que permitan asegurar el respeto al Estado de Derecho y la vigencia de la democracia; garantizar el acceso a la justicia y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales y construir una memoria colectiva sobre las violaciones de los derechos humanos sufridas por la región en épocas de dictadura (GINZBURG, 2012: p. 8).

Posteriormente se crea el **Instituto Social del Mercosur (ISM)** (dec. CMC 3/2007), como órgano técnico-político de investigación en el campo de las políticas sociales. Entre sus objetivos encontramos la coordinación del diseño, monitoreo, evaluación y difusión de proyectos sociales regionales; la promoción y desarrollo de investigaciones en políticas sociales; el fomento de espacios de análisis y difusión sobre los temas sociales emergentes del Mercosur; etc. Finalmente, y sin pretender haber sido completamente exhaustivas, se crea el **Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH)** (dec. CMC 14/2009), el cual constituye una instancia de cooperación técnica, investigación aplicada y apoyo a la coordinación de políticas públicas en derechos humanos en la región. Entre sus objetivos figuran la consolidación de los derechos humanos y el fortalecimiento de la democracia como ejes fundamentales de la

identidad y desarrollo del Mercosur (ABRAMOVICH, 2012: p. 187). Para ello, se encarga de la cooperación en el diseño de políticas públicas y su posterior consecución; la implementación de medios para una efectiva protección y promoción de los derechos humanos reconocidos en las Constituciones e Instrumentos Internacionales; la adopción de los estándares internacionales consagrados en el ámbito interamericano y universal; la contribución en la armonización entre los Estados de la normativa relativa a la promoción y protección de los derechos humanos; la asistencia técnica para el desarrollo de actividades de capacitación a funcionarios en materia de derechos humanos; entre otras (GINZBURG, 2012: p. 7).

Vemos que los representantes de los Estados en el Mercosur, junto al crecimiento institucional dirigido a la instauración de un mercado común, también se propusieron incluir políticas y organismos destinados a consagrar y promover los derechos humanos en la región, de la mano del compromiso democrático ya firmado, inculcando así su respeto entre los miembros de una comunidad ampliada.

IV. Análisis de casos en particular.

i. Aplicación de la cláusula democrática.

a. Suspensión de Paraguay.

El origen de la suspensión de Paraguay como Estado Parte del Mercosur se encuentra en el proceso de impeachment llevado adelante en junio del año 2012 contra el ex presidente paraguayo, Fernando Lugo. La conocida “Masacre de Curuguaty” –entre otros factores, como la alegada ineficacia del entonces presidente a la hora de tomar decisiones–, fue utilizada por la oposición política de Lugo para demandar su remoción del cargo, llevando adelante un fugaz juicio político, figura utilizada para bañar de legalidad lo que cierta doctrina catalogó como “expulsión inconstitucional del Ejecutivo paraguayo” o “neogolpe” (YUSSEF: pp. 7, 18). Ello así, dado que se expulsó a un gobernante que había sido elegido en forma legítima por su población sin el respeto de los principios procesales que un juicio de tamaña envergadura exige. En solo dos horas de defensa, y con una

acusación de menos de una carilla, se depuso entonces al presidente electo y se hirió gravemente a la democracia paraguaya (YUSSEF: p. 17).

El velocísimo proceso de remoción, que no respetó los derechos procesales previstos en la Constitución paraguaya y en la Convención Americana de Derechos Humanos (CONCI Y GUILHERME, 2016: p. 5), llevó rápidamente a la Cumbre de Presidentes del Mercosur a decidir la suspensión de Paraguay de su participación en los órganos del Mercosur, considerando que se había producido una ruptura del orden democrático en los términos del Protocolo de Ushuaia, es decir, un incumplimiento de la *cláusula democrática*. A raíz de la suspensión, Paraguay sometió la controversia al Tribunal Permanente de Revisión, el cual, si bien no resolvió el fondo del asunto, sentó lineamientos importantes en relación a la competencia del tribunal (Laudo n° 01, 2012³). En efecto, se determinó que el sistema de solución de controversias previsto por el bloque no se limita a temas de carácter comercial, sino también a cuestiones contenidas en otras normas del derecho mercosureño, incluido el Protocolo de Ushuaia (CANEPA, 2015: pp. 171-173).

Finalmente, el 13 de julio de 2013 se levantó la suspensión que pesaba sobre Paraguay, tras verificarse el pleno restablecimiento del orden democrático luego de celebradas las elecciones presidenciales previstas para aquel año, alcanzando la reincorporación total al bloque en diciembre de 2013.

b. Suspensión de la República Bolivariana de Venezuela.

La segunda aplicación de la llamada “cláusula democrática” se dio en el caso de la República Bolivariana de Venezuela, suspendida en agosto de 2017 en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del Mercosur, de conformidad, nuevamente, con el Protocolo de Ushuaia.

La membresía de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur ya había sido discutida anteriormente, en septiembre de 2016. Allí, los socios

³ Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, 21/07/2012, “Laudo del tribunal permanente de revisión en el procedimiento excepcional de urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (Mercosur) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno”, Laudo n° 01/2012, Accesible en: https://www.tprmercotur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf.

fundadores –a excepción de Uruguay– acordaron que dicho país no ejercería la presidencia *pro tempore*, poniendo en duda su democracia y alertando su posible suspensión si no adaptaba sus normas internas a las normativas del bloque y cumplía con todos los compromisos de adhesión –relativos a los ámbitos comerciales y también de democracia y derechos humanos–. Para ello se le otorgó un plazo límite hasta el 1 de diciembre de dicho año (Diario El Mundo, 2016a).

Ante el “incumplimiento de la advertencia” –y pese a que Venezuela había comenzado a adecuar su normativa económica en el sentido pretendido (BORÓN, 2016a)–, en diciembre de 2016 los cuatro países fundadores del Mercosur comunicaron a dicho país que sus derechos inherentes a la condición de Estado Parte del Mercosur se suspendían (Diario El Mundo, 2016b; CALERO, 2016), perdiendo en consecuencia su membresía plena al Mercosur.

Finalmente, tras las crisis económica, social y política que venía asolando y asola a Venezuela, el 1 de abril de 2017 se consignó la ruptura del orden democrático mediante la “Declaración de los Estados Partes del Mercosur sobre la República Bolivariana de Venezuela”. Desde entonces, se celebraron consultas entre los Estados que tuvieron resultados infructuosos debido al rechazo por parte del gobierno venezolano a la celebración de las mismas en el marco del Protocolo de Ushuaia. Por último, la creación de la Asamblea Nacional Constituyente, cuestionada en su legitimidad, fue el detonante para la decisión de agosto de 2017 de suspender al Estado afectado, acudiendo a la cláusula democrática y por tiempo indefinido hasta tanto se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático en el país.

El gobierno venezolano sostiene que la aplicación del Protocolo de Ushuaia se fundamenta en falsos supuestos y presunciones ilegítimas (Diario BBC, 2017a), mientras que la ministra de Relaciones Exteriores de Venezuela, Delcy Rodríguez, catalogó a esta decisión como “un golpe de Estado en el seno del Mercosur” (GARCÍA MARCO, 2016). Por su parte, algunos países manifestaron su apoyo a Venezuela, como Bolivia, Nicaragua, China y Rusia, mientras que otros acompañaron la decisión del Mercosur, entre ellos, Panamá, Perú, Brasil,

Chile, Suiza y Estados Unidos (PARDO, 2017), país este último que ha impuesto un bloqueo económico contra la República Bolivariana de Venezuela.

Dado que la fragilidad democrática del Estado en cuestión continúa hasta nuestros días, dirimiéndose entre los gobiernos de Nicolás Maduro y del autoproclamado presidente Juan Guaidó, consideramos fundamental para la real aplicación de la cláusula democrática, el avance en lo señalado por los Estados Partes del Mercosur en la misma decisión de suspensión, cuando se comprometen a trabajar en favor del restablecimiento del orden democrático en dicho país y en la búsqueda de una solución negociada y duradera para el bienestar y el desarrollo del pueblo venezolano.

c. Observaciones y debates en torno a la cláusula democrática.

Como vimos hasta aquí, la cláusula democrática fue aplicada en dos casos concretos. A partir del breve análisis realizado sobre cada uno de ellos, podemos destacar la necesidad de solucionar, respecto de los Protocolos de Ushuaia I y II, el concepto de “ruptura del orden democrático”, ya que ninguno de ellos establece pautas para definir qué se entiende por el mismo (CANEPA, 2015: p. 173).

Si analizamos el caso de Paraguay, podemos afirmar que el concepto no solo incluye a los clásicos atentados contra un Estado democrático, sino también a otras situaciones que podrían configurarlos mediante la utilización de canales distintos a las fuerzas armadas de un país, como, por ejemplo, el procedimiento de juicio político (BORÓN, 2016b). Pero ello lleva a preguntarnos por qué no se aplicó la cláusula democrática en el caso de *impeachment* contra Dilma Rousseff en Brasil, pese a que también fue visto por parte de la opinión pública interna e internacional como un “neogolpe” al estilo paraguayo u hondureño, o “golpe blando”, como también se le llama (GUTIERREZ SANCHEZ, 2019: pp. 1-9). Aunque existieron manifestaciones realizadas en marzo de 2016 por el alto representante-general del Mercosur, previendo la posibilidad de aplicar el Protocolo de Ushuaia en caso de efectivizarse la destitución de Rousseff, él mismo admitió hablar en su calidad de ciudadano dado que el bloque no mostraba signos de querer reunirse para siquiera considerarlo (GUTIERREZ

SANCHEZ, 2019: p. 8). Al golpe parlamentario contra Dilma, le siguió la persecución judicial contra Lula da Silva y su posterior condena y proscripción como candidato presidencial en las elecciones de 2019, que llevaron al triunfo del actual presidente Jair Bolsonaro (GUTIERREZ SANCHEZ, 2019: p. 9).

Entonces, insistimos: ¿qué es lo que hizo que en este caso la aplicación de la cláusula democrática ni siquiera se discuta? ¿será que estaba justificado el juicio político? ¿o será que los gobiernos de turno no se encontraban alineados ideológicamente para aplicar contra Brasil la cláusula que fuera aplicada contra Paraguay? Y si alguien creyera que lo incorrecto fue aplicar el Protocolo en el caso de Paraguay, entonces volvemos al punto de origen: necesitamos límites precisos de aplicación del mismo, que eviten su manipulación político-partidaria. Veamos otro ejemplo: Bolivia. Las elecciones presidenciales del 20 de octubre de 2019, que mostraron un amplio triunfo de Evo Morales, dieron lugar a una escalada de violencia opositora y presión internacional que derivó en la decisión de los militares de alto rango y de la policía boliviana de quitarle su apoyo al mandatario electo, aun cuando había afirmado que convocaría a nuevas elecciones en respuesta a lo que se convertía en una demanda violenta contra el supuesto fraude electoral. A pesar del anuncio, las fuerzas “piden” al presidente electo que renuncie, quien, acorralado, acata (VASSALLO, 2019).

La realidad es que la intervención de las Fuerzas Armadas pone en duda que este golpe encuadre en la modalidad “blanda”, por aproximarse a las más tradicionales formas de golpe de estado (PAREDES, 2019). Como sea, el atentado a la democracia boliviana merecía una toma de posición cierta del Mercosur, en especial mediante manifestaciones vinculantes por parte de sus órganos con poder decisorio, en relación a la aplicación de la cláusula democrática.⁴

En noviembre de 2019, el Parlamento del Mercosur rechazó el “golpe cívico-militar” en Bolivia, “así como la estrategia de violencia política extrema instrumentada por milicias privadas con la complicidad de mandos militares y policiales contra integrantes del gobierno y sus familias” (Declaración Parlasur 64/2019; Diario El País, 2019), solicitando a la comunidad internacional la

⁴ Si bien el Estado de Bolivia no es un Estado Parte del Mercosur, sí adhirió al Protocolo de Ushuaia y por tal motivo pueden aplicarse sus cláusulas a dicho país.

protección de la vida del presidente depuesto y de los integrantes de su gobierno. Al mismo tiempo reiteró su “pleno apego a la vigencia del Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático” y encomienda a la Comisión de Ciudadanía y Derechos Humanos del Parlamento del Mercosur “a realizar el seguimiento permanente de la situación”. En diciembre de 2019, un comunicado de prensa de dicha Comisión alerta y expresa su enérgica condena por la grave situación que atraviesan los derechos humanos en el país andino.

Finalmente, se reúne el Consejo del Mercado Común, el cual mediante comunicado de prensa (n° 133/2019) alude al quiebre institucional y ruptura del orden democrático en Bolivia en los términos del artículo 3 del Protocolo de Ushuaia, por lo que se solicitó a la Presidencia Pro Témpore que se activen los mecanismos previstos en el Protocolo a fin de comenzar las consultas tendientes a analizar las medidas a adoptarse.

Lo siguiente, fue la Opinión Parlamentaria de agosto de 2020, expresada por el presidente del Parlasur, Oscar Laborde, donde se habla de un golpe de estado y del intento del gobierno emergente del mismo de evitar el retorno a la democracia mediante elecciones libres, con un alto costo de tiempo y de vidas. Además, sostiene que no puede imputarse de fraude al proceso electoral de octubre de 2019, del cual participó el Observatorio de la Democracia del Parlasur.

Como vemos, en este caso la cláusula democrática se invocó, pero no se aplicó, situación muy alejada de la velocidad con la que se actuó en casos anteriores. Afortunadamente, Bolivia comienza a recuperar su democracia tras las elecciones generales del 18 de octubre de 2020, que llevaron al amplio triunfo de Luis Arce, es decir, al partido político de Evo Morales.

Podemos afirmar que la cláusula democrática no es en sí misma buena o mala. Su mayor falencia es que su amplitud, que podría ser una ventaja en otros espacios de integración, facilita en el Mercosur que sea aplicada de acuerdo a las conveniencias políticas de los gobiernos de los Estados Partes, que, como sabemos, son los que “arman y desarman” al bloque, dado que no han cedido cuotas partes de su soberanía a una entidad que pueda, verdaderamente,

defender la democracia y los derechos humanos de todos y todas las habitantes del mismo más allá de los intereses particulares de los Estados.⁵

Superar la inseguridad jurídica a partir de una definición más cierta y fortalecer el rol del Tribunal Permanente de Revisión al respecto, podrían ser medios útiles para una correcta aplicación de la cláusula en cuestión, la cual debe funcionar como una protección a los retrocesos democráticos en el plano interno de los Estados partes (CONCI Y GUILHERME, 2016: p. 4).

ii. Opinión Consultiva 21/14.

En el año 2011, una iniciativa sin precedentes se registró en la región cuando los cuatro Estados Partes del Mercosur, reconociendo una problemática común, firmaron y presentaron conjuntamente ante la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes migrantes, con motivo de la grave situación de vulnerabilidad que sufre dicho grupo (ABRAMOVICH, 2012: p. 10; RIESCO, 2017: p. 10). La solicitud de Opinión Consultiva fue elaborada con la asistencia técnica del IPPDH; luego, este documento fue discutido al interior de la Comisión Permanente Iniciativa Niñ@sur y aprobado por la RAADH en el mes de abril de 2011 (ABRAMOVICH, 2012: p. 11).

Ya en la Corte IDH, la solicitud dio lugar a un proceso consultivo en el cual participaron organizaciones internacionales y de la sociedad civil, Estados e instituciones académicas (RIESCO, 2017: pp. 3-4), y que derivó en la Opinión Consultiva n° 21/14⁶, la cual es parte integrante del bloque de convencionalidad

⁵ “Los órganos con poder decisorio en el Mercosur, es decir, el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio son de carácter eminentemente *intergubernamental*, puesto que están compuestos sólo por representantes gubernamentales y deciden por consenso. Todo ello permite a los gobiernos nacionales mantener el control del proceso. (...) Por lo expuesto, los órganos del Mercosur no pueden ser denominados técnicamente comunitarios, puesto que no media renuncia ni transferencia de atribuciones y potestades soberanas. Estas instituciones no tienen poderes propios ni autónomos; por el contrario, al estar compuestos por representantes de los Estados parte, tienen dependencia orgánica y funcional con respecto a éstos, y por ello expresan la voluntad y el interés nacional del Estado al que representan”. (NEGRO, 2013: p. 98).
A mayor abundamiento, véase la definición del concepto de “supranacionalidad” en NEGRO, 2013: p. 48-49.

⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 21-14 solicitada por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de

americano y funciona como standard jurídico, especialmente en el Mercosur (CONCI Y GUILHERME, 2016: p. 8).

Los Estados Partes del Mercosur acuden a la intervención de la Corte IDH a los efectos de profundizar y precisar los estándares y principios que han sido sentados en sus precedentes sobre niñez y migraciones, para fijar un piso mínimo y un marco conceptual a ser reconocido por los países de la región, que les sirva de referencia insoslayable en el ajuste y revisión de las leyes y las políticas públicas en esta materia y en el fortalecimiento del diálogo entre los distintos gobiernos. Además, la iniciativa de consulta reconoce objetivos de carácter político que van más allá del tema concreto de la misma y que se refieren al fortalecimiento del Mercosur como bloque (ABRAMOVICH, 2012: p. 14). Consideramos que este antecedente tiene una importancia mayúscula en lo que a derechos humanos respecta. En primer lugar, por ser la primera vez que los cuatro Estados fundadores se presentan ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en relación a un tema sumamente relevante para la protección de los derechos en el territorio (RIESCO, 2017: p. 10). A su vez, por la utilización de los canales institucionales existentes en el esquema Mercosur a los efectos de realizar una presentación de este tipo, promoviendo el fortalecimiento del diálogo entre el bloque y el sistema interamericano, diálogo que sin dudas sería valioso seguir afianzando.

Todo lo dicho contribuye a consolidar al Mercosur como un proceso de integración social y político, y no sólo económico-comercial, al mismo tiempo que afirma a los derechos humanos como un tema de identidad común del bloque, sobre lo cual deben adoptarse ciertos conceptos, visiones y estrategias comunes.

V. Sobre déficits y desafíos.

Es cierto que existe un sólido compromiso democrático en el proceso de integración mercosureño y a la vez un amplio desarrollo de organismos y

protección internacional, Opinión Consultiva de 19 de agosto de 2014. Accesible en <https://www.refworld.org/es/docid/54129da94.html>

mecanismos relativos a la defensa de los derechos humanos. Pese a ello, existen algunos déficits que caracterizan al Mercosur, que se extienden a toda su organicidad y que en definitiva obstaculizan la concreción del bloque como un lugar desde el cual mejorar la calidad de vida de sus habitantes.

Una primera cuestión que podemos identificar es que no existe en el derecho mercosureño una Carta o Tratado Fundamental de Derechos Humanos, que haya sido adoptado por los órganos con poder decisorio y que sirva para la protección de la persona humana contra los excesos u omisiones del bloque regional en la materia. Por el contrario, la normativa existente tiene un carácter disperso y no vinculante, al menos en los casos en los que no fue dictada por los órganos decisorios.

En línea con lo anterior, pese a la importancia que tuvo la creación de órganos especializados en la defensa y promoción de los derechos humanos, estos no tienen capacidad decisoria en el espacio mercosureño, ni pueden comprometer la responsabilidad de los Estados Partes. Su carácter meramente consultivo o de concertación obstaculiza la efectividad material de los derechos que declaran reconocidos.

Por su parte, cuando el Protocolo de Ushuaia y el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Protección y Promoción de los Derechos Humanos del Mercosur afirman la defensa del orden constitucional y los derechos humanos, lo hacen refiriéndose específicamente a los “derechos humanos del Mercosur”. Lo cierto es que no queda claro el alcance de esta expresión ni los derechos que busca proteger, dada la inexistencia de esta Carta Fundamental a la que nos referíamos o de una adhesión por parte del bloque a los instrumentos regionales de protección, como la Convención Americana de Derechos Humanos o la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (MARTÍNEZ Y OLIVERA, 2014: p. 115).

Luego, pensar en la adopción de una Carta Fundamental no es una tarea sencilla en el esquema mercosureño. En primer lugar, debido al carácter intergubernamental de los órganos que lo conforman, que implica que estén compuestos por representantes gubernamentales y tomen decisiones solamente por consenso, permitiendo que los gobiernos nacionales mantengan el control

del proceso en cuestión. Así, todos los representantes de los Estados Partes tienen igual derecho a vetar una normativa, pudiendo paralizar el funcionamiento del bloque (NEGRO, 2013: p. 98).

En caso de que finalmente lleguemos a la aprobación de una Carta Fundamental, su entrada en vigencia en los Estados Partes es un camino lento y engorroso (NEGRO, 2013: p. 99) y aunque es cierto que los Estados Partes del Mercosur se encuentran obligados a incorporar a su derecho interno las normas de derecho derivado, en la práctica esto queda supeditado a la buena voluntad estatal y sometido a demoras injustificadas, volviéndose necesaria la existencia de disposiciones que establezcan reglas y plazos claros, vinculantes y eficientes en punto a la internalización del derecho mercosureño, siendo que, hasta hoy, el sistema previsto es laxo y ampliamente incumplido (RICHARD, 2015: p. 5).

En otro orden de ideas, a la hora de pensar los déficits normativos dentro del Mercosur, no podemos dejar de considerar el peso o valor que los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados Partes. En este sentido, Brasil y Uruguay no jerarquizan a los tratados internacionales frente a sus constituciones y/o leyes internas, lo que conduce a asimetrías entre los socios del bloque (ABRAMOVICH, 2012: p. 15). Así, no solo no hay normativa vinculante y común en la materia, sino que al interior de los Estados tampoco existen criterios compatibles que puedan “salvar” dicho déficit.

Por último, merece una breve mención el sistema de solución de controversias que emerge del Protocolo de Olivos,⁷ el cual no ofrece un Tribunal de Justicia que “vele por el sistema jurídico propio del Mercosur, que sea asimismo el último intérprete de la normativa derivada y guardián de su cumplimiento y compatibilidad con el ordenamiento jurídico de los Estados Partes” (MARTÍNEZ Y OLIVERA, 2014: p. 114), ni mucho menos existe un Tribunal

⁷ El protocolo define un procedimiento para dirimir las controversias suscitadas en el bloque por medio de negociaciones directas; luego, si no se alcanza un acuerdo o si la controversia es solucionada solo parcialmente, las partes pueden acudir por mutuo acuerdo al Grupo Mercado Común, o iniciar directamente un proceso arbitral, ante Tribunales Arbitrales Ad Hoc o ante el Tribunal Permanente de Revisión (MARTÍNEZ Y OLIVERA, 2014, pp. 99-151).

con competencia exclusiva en materia de derechos humanos, todo lo cual obstaculiza la protección de los derechos fundamentales vulnerados.

Pese a este déficit, alguna doctrina entiende que, tras lo resuelto por el Tribunal Permanente de Revisión en la suspensión de Paraguay, este podría entender en materias distintas a lo estrictamente comercial, como por ejemplo en los casos de ruptura del orden democrático o en materia de derechos humanos. Así, si existiera una Carta Fundamental en este aspecto, el Tribunal Permanente de Revisión sería competente para entender en las disputas relativas a su aplicación (CANEPA, 2015: pp. 171-173). Pero aun en este caso, es igualmente necesario adecuar el sistema vigente y los mecanismos establecidos por el Protocolo de Olivos, que se originaron frente a la necesidad de homogeneizar la interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos normativos del Mercosur y en el que sólo tienen potestad de iniciativa los Estados. La adecuación debería orientarse a la creación de mecanismos que ofrezcan una tutela efectiva de los derechos de los particulares, en forma ágil y oportuna (RICHARD, 2015: p. 4).

Como vemos, la deficiencia normativa y orgánica del Mercosur repercute en su funcionamiento como bloque no sólo económico sino también social y político, por lo que se vuelve esencial tomar medidas destinadas a profundizar los esfuerzos realizados y asegurar la efectividad los mismos, para así afirmar esta fase del proceso de integración mercosureño, pensada como la construcción de una comunidad política regional comprometida en la defensa de la democracia y los derechos humanos.

VI. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos abordado la faz política y social del Mercosur, demostrando que ha sido muy activo en el desarrollo de tales aspectos, a través de la producción de diversa normativa y la creación de organismos especializados en la defensa y promoción de los derechos humanos y de la democracia de sus Estados Partes.

Asimismo, vimos cómo funcionan estos aspectos en la práctica, mediante el análisis de casos concretos y la adopción una mirada crítica hacia ciertos institutos, normativas, características y déficits del bloque, que limitan su eficiencia.

Lo estudiado nos permite concluir que el Mercosur, pese a la letra de su Tratado Constitutivo, es mucho más que un bloque económico y comercial. Considerando este amplio potencial es que creemos necesario y conveniente fortalecerlo en todas sus dimensiones, con el objetivo de constituirlo en un agente verdaderamente capaz de mejorar la calidad de vida de sus habitantes y preservar la democracia en los Estados de la región.

VII. Bibliografía

ABRAMOVICH, V. (2012). *Los derechos humanos en el marco del proceso de integración regional en el cono sur. Sobre la creación del Instituto de Políticas en Derechos Humanos del Mercosur*. Revista Derecho Público, año I, n° 2, pp. 187-208. Accesible en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120157-abramovich-derechos_humanos_en_marco.htm

BONOMETTI, P. Y RUIZ SEISDEDOS, S. (2010). *La democracia en América Latina y la constante amenaza de la desigualdad*. Revista Andamios, vol. 7, n° 13, pp. 11-36. Accesible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632010000200002.

BORÓN, A. A. (2016a). *El espurio ataque a la Venezuela Bolivariana*. Accesible en: <https://atilioboron.com.ar/el-espurio-ataque-la-venezuela/>.

— (2016b). *Guía para el 'golpe blando'*. Accesible en <https://atilioboron.com.ar/guia-para-el-golpe-blando/>.

CALERO, CÉSAR G. (2 de diciembre de 2016). La suspensión de Venezuela del Mercosur abre una crisis política en Sudamérica. *Diario El Mundo*. Accesible en

<https://www.elmundo.es/internacional/2016/12/02/5841b7a7468aeb737b8b45f0.html>.

CANEPÀ, M. (2015). *Los derechos humanos en el Mercosur*. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente, año 3, n° 6, pp. 161-177. Accesible en http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000600161.

CONCI, A. Y GUILHERME, L. (2016). *Mercosur, integración regional y derechos humanos en un proceso multinivel*. Revista Estudios constitucionales, año 13, n° 2. Extraído de la base de datos de Thomson Reuters (CL/DOC/398/2016).

GINZBURG, C. (2012). *Actualidad en Derecho Comunitario*. Revista RDCO. Extraído de la base de datos de Thomson Reuters (AR/DOC/6542/2012).

GARCÍA MARCO, D. (2 de diciembre de 2016). *¿Qué consecuencias reales tiene para Venezuela la suspensión de Mercosur?*. Diario BBC. Accesible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-38190988>.

GUTIERREZ SANCHEZ, O. (2019, noviembre). *El impeachment contra Dilma Rousseff ¿Golpe de Estado en Brasil?* Ponencia presentada en XIX Jornadas de investigación y docencia de la escuela de historia de la Universidad Nacional de Salta, Salta, Argentina. Accesible en <https://www.aacademica.org/osvaldo.gutierrez.sanchez/6.pdf>.

MARIANELLO, P. A. (2017). *La justicia constitucional y los derechos humanos*. En P. A. MARIANELLO (dir.), *Derechos humanos. Perspectiva y actualidad*, Tomo I. (pp. 13-70). Buenos Aires: Editores Información Jurídica. Extraído de la base de datos de Lejister (IJ-DXXXVI-888).

MARTÍNEZ, S. Y OLIVERA, S. (2014). *Los tribunales en un espacio integrado*. En M. LISZCZYNSKI (dir.), *Derechos fundamentales, estados e integración*. (pp. 99-151). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.

Mercosur bloquea a Venezuela y amenaza con su suspensión. (14 de septiembre de 2016a). *Diario El Mundo*. Accesible en <https://www.elmundo.es/internacional/2016/09/14/57d97e09268e3ee7538b4582.html>.

Mercosur suspende a Venezuela por no cumplir las obligaciones de adhesión. (02 de diciembre de 2016b). *Diario El Mundo*. Accesible en <https://www.elmundo.es/internacional/2016/12/02/5840cc22ca474119608b45e0.html>.

Mercosur suspende a Venezuela por tiempo indefinido y exige a Maduro que desmantele la Asamblea Constituyente. (5 de agosto de 2017). *Diario BBC*. Accesible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40839629>.

NEGRO, S. C. (2013). *Derecho de la Integración* (2ª ed.). Buenos Aires: BdeF.

O'DONNELL, G. (s/f). *Acerca del Estado en América Latina Contemporánea. Diez tesis para discusión*. Accesible en <http://www.unsa.edu.ar/histocat/instituciones/odonnell.pdf>.

PARDO, D. (31 de julio de 2017). ¿Qué implica que grandes países desconozcan la Constituyente de Maduro en Venezuela? *Diario BBC*. Accesible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-40772187>.

PAREDES, N. (13 de noviembre de 2019). Evo Morales: ¿hubo un golpe de Estado en Bolivia? BBC Mundo consultó a 6 expertos. *Diario BBC*. Accesible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50375002>.

Parlamento del Mercosur rechazó “golpe cívico- militar en curso” en Bolivia. (11 de noviembre de 2019). *Diario El País*. Accesible en <https://www.elpais.com.uy/mundo/parlamento-mercosur-rechaza-golpe-civico-militar-curso-bolivia.html>.

RICHARD, S. (2015). *El derecho del Mercosur, como derecho de la integración, desde la perspectiva de cada uno de los estados partes*. Publicado en “Biblioteca de tesis de la academia nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba – La marca en el Acuerdo sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio desde la perspectiva del Mercosur”. Extraído de la base de datos de Lejister (IJ-DXXXVI-210).

RIESCO, R. (2017). *El delito de tráfico y trata de niños y niñas desde un enfoque de derechos en el Mercosur*. *Revista iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, n° 6. Extraído de la base de datos de Lejister (IJ-CCCLXXV-941).

VASSALLO, G. (11 de noviembre de 2019). Qué pasó en Bolivia: cronología del golpe de Estado. *Diario Página 12*. Accesible en <https://www.pagina12.com.ar/230374-que-paso-en-bolivia-cronologia-del-golpe-de-estado>.

WOJCIECH, S. *Ni una lágrima por el Mercosur*, “Jurisprudencia Argentina”. Extraído de la base de datos de Thomson Reuters (0003/401203)

YUSSEF, N. (s/f). *Neogolpismo: el caso paraguayo*. Accesible en http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/39912/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Comentarios a Jurisprudencia/

**LAS EXPULSIONES COLECTIVAS EN EL CASO “N. D. Y N. T. VS. ESPAÑA”
DE LA GRAN SALA ¿UN GIRO INEXPLICABLE?¹**

Anabel Soledad Papa²

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 10 de enero de 2021

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo analizar la sentencia del caso “N. D. y N. T. vs. España” de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros y, especialmente, las denominadas “devoluciones en caliente” que se realizan en la frontera hispano-marroquí en Melilla, un enclave español rodeado por Marruecos, al noroeste de África.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, devoluciones en caliente, migraciones y refugiados.

Title: Collective expulsions in the judgment of the case “N. D. and N. T. v. Spain” of the Grand Chamber. An inexplicable change?

Abstract

The aim of this article is to analyze the judgment in the case “N. D. and N. T. v. Spain” of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, the prohibition of collective expulsion of aliens and, especially, the so-called “push-

¹ Este trabajo fue realizado en el marco del Seminario *online* “Corrientes migratorias y protección de refugiados en los procesos de integración regional” (a cargo del Dr. Calogero PIZZOLO, Director académico) organizado por el Centro de Excelencia *Jean Monnet* IR&DH y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, durante el mes de junio de 2020.

² Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina) y en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Palermo, Argentina). Integrante de proyectos de investigación UBACyT y DeCyT (Universidad de Buenos Aires, Argentina.) La autora presta funciones en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

backs” carried out in the Spanish-Moroccan border in Melilla, a Spanish exclave surrounded by Moroccan territory, in the northwest of Africa.

Keywords: European Court of Human Rights, prohibition of collective expulsions of aliens, “push-backs”, migration and refugees.

I. Introducción

Recientemente se cumplieron cinco años de la muerte de Alan Kurdi, el niño sirio de tres años que fue encontrado sin vida en la playa de Turquía. Esa imagen dio la vuelta al mundo y se convirtió en el símbolo de la crisis humanitaria desatada por la guerra de Siria y de la crisis migratoria del continente europeo de 2015.

El número de personas migrantes que arriban a las fronteras europeas ha disminuido en comparación a lo ocurrido hace cinco años. No obstante, el problema persiste toda vez que las situaciones que impulsan dichos desplazamientos humanos continúan.

Un breve vistazo a las cifras actuales permite conocer el panorama del que hablamos. Según datos actualizados del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, principal órgano del sistema universal encargado de salvaguardar los derechos y el bienestar de dicho colectivo) hacia finales de 2019 al menos 79.5 millones de personas en todo el mundo se habían visto obligadas a huir de sus hogares. Esta cifra ha aumentado sustancialmente en los últimos diez años. Entre dichas personas, casi 26 millones son refugiados y más de la mitad son menores de 18 años. A ello cabe agregar los millones de personas apátridas a quienes se les ha negado una nacionalidad y, en consecuencia, el acceso a derechos básicos como la educación, salud, empleo y libertad de movimiento. Todo ello significa que el 1% de la población mundial es desplazada, es decir, se vio obligada a huir de sus hogares como resultado de los conflictos y la persecución. El 80% de esas personas desplazadas en el mundo se encuentran en países o territorios afectados por grave inseguridad

alimentaria y malnutrición; y el 40% de los desplazados en el mundo son niñas y niños³.

Además de los diversos conflictos y obstáculos que las personas migrantes deben afrontar en la búsqueda de un lugar donde vivir sin violencia, con seguridad y respeto siquiera a sus derechos más básicos, en el que ponen en riesgo su propia vida, al tocar el suelo de *la tierra prometida*, se enfrentan a otros tantos problemas. Uno de ellos consiste en las expulsiones colectivas, conocidas también como *devoluciones en caliente*. Como se verá a continuación, esta práctica, que se ejerce al margen del derecho internacional de los derechos humanos, tiene lugar en diferentes puntos del mundo. Uno de los sitios donde son habituales es Melilla que, junto con Ceuta, constituyen dos enclaves españoles en territorio marroquí; una zona donde *chocan* África y Europa. Sus fronteras, las más fortificadas de la Unión Europea, se encuentran valladas con tres estructuras cada vez más altas, que otrora tenían concertinas o alambres de cuchillas que han causado heridas graves y hasta mutilaciones en quienes trataban de saltarlas⁴. Aun conscientes del peligro que representa ello, para muchos migrantes Melilla y Ceuta, al ser una entrada terrestre al suelo europeo desde África, son la única chance de una mejor vida ante el peligro, la violencia o la inseguridad que viven en sus países de origen.

En diferentes oportunidades, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o Tribunal de Estrasburgo) se ha expedido sobre las expulsiones colectivas. Sus sentencias han mantenido cierto hilo conductor. No obstante, en la resolución del 13 febrero de 2020 del asunto “N. D. y N. T. vs. España” la Gran Sala analizó los hechos del caso a partir de un llamativo criterio que no ha pasado inadvertido: *el examen o test de la conducta culpable de los*

³ Accesible en <https://www.acnur.org/datos-basicos.html> (fecha de consulta: 08/01/2021).

⁴ Según información reciente de diferentes portales de noticias internacionales, las concertinas fueron reemplazadas por *tubos anti trepado* ubicados en la cúspide de las vallas que separa los enclaves con Marruecos. Accesible en <https://elpais.com/espana/2020-06-19/interior-sustituye-las-concertinas-en-ceuta-y-melilla-por-una-estructura-de-barrotes.html>; <https://www.elmundo.es/espana/2019/12/03/5de66b7121efa0b7628b45bc.html> (fecha de consulta: 08/01/2021).

demandantes. En virtud de ello, convalidó el accionar del estado español y castigó a los demandantes.

En este contexto, el objetivo de este trabajo consiste en analizar la sentencia “N. D. y N. T. vs. España” de la Gran Sala del TEDH. Antes de adentrarnos en su estudio, abordaremos la prohibición de expulsiones colectivas a partir de su encuadre normativo y jurisprudencial, en especial en el ámbito europeo. De esta forma se podrá contar con un marco teórico que permita encarar el análisis crítico de la sentencia que, se adelanta, parece omitir las grandes penurias que viven las personas migrantes. Finalmente, se compartirán algunas conclusiones personales.

II. Las expulsiones colectivas

i. Encuadre normativo y jurisprudencial

A lo largo de la historia de la humanidad, existieron múltiples procesos de movilidad humana que respondieron a diversos y variados factores. También han sido distintas las respuestas de los estados, aunque se han destacado en su gran mayoría las políticas centradas en el control migratorio. En los últimos años, dichas políticas se han endurecido y ello se tradujo en rechazos en frontera, expulsiones, criminalización, ejercicio del control migratorio más allá de la frontera territorial, entre otras. En el caso puntual de España, en tono con diversos países de la Unión Europea, se ha señalado que las gestiones de las migraciones “*están direccionadas en la lógica securitaria y alejadas de la protección de los derechos humanos*” (HERNÁNDEZ BOLOGNA, 2020: p. 1).

Es sabido que, según el derecho internacional, los estados tienen la facultad soberana de regular la entrada de personas no-nacionales a su territorio; es decir, de ejercer el control de los flujos migratorios. Ahora bien, esa competencia, para que sea legítima, debe ser ejercida en cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos asumidos voluntariamente por esos mismos estados.

En el ámbito europeo, la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros está prevista en el Protocolo nro. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales –más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos; en adelante, CEDH– suscrito el 16 de septiembre de 1963 en Estrasburgo⁵. Este Protocolo fue el primer instrumento internacional que se refirió a las expulsiones colectivas que no habían sido receptadas por el CEDH.

Sin omitir el rol sustancial del criterio de interpretación dinámica y evolutiva de los derechos humanos, es importante tener en consideración el contenido de dos documentos vinculados con el artículo 4 del Protocolo nro. 4. Por un lado, los trabajos preparatorios de dicho Protocolo, donde se señala que el término *aliens* (extranjeros) de su artículo 4 “*se interpretará como todos aquellos que no tienen derecho real a la nacionalidad en un estado, ya sea que estén de paso por un país o residan o estén domiciliados en él, sean refugiados o hayan ingresado al país por iniciativa propia, sean apátridas o posean otra nacionalidad*” (Council of Europe, 1976: p. 505, párr. 33)⁶. En otras palabras, esta disposición está destinada a ser aplicada a las personas migrantes independientemente de su condición jurídica. Por el otro lado, el informe explicativo del Protocolo nro. 4 señala que la finalidad de su artículo 4 fue prohibir formalmente las expulsiones colectivas de todo tipo que han ocurrido en el pasado reciente. Así, se acordó que ni la adopción del artículo 4 ni la del párrafo 1 del artículo 3 (esto es, la prohibición de expulsiones de nacionales), ambos del Protocolo nro. 4, pueden, en forma alguna, ser interpretadas como una manera de legitimar las expulsiones colectivas que tuvieron lugar en el pasado. Se

⁵ El Protocolo nro. 4 reconoce ciertos derechos y libertades que ya figuraban en el Título I del CEDH y en los arts. 1 a 3 del primer Protocolo adicional al Convenio firmado en París el 20/03/1952. Según lo dispuesto por el art. 6 del Protocolo nro. 4, “(l)as *Altas Partes Contratantes consideran los artículos 1 a 5 de este Protocolo como artículos adicionales al Convenio, y todas las disposiciones del Convenio se aplicarán en consecuencia*”. Accesible en https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

⁶ El texto en uno de sus idiomas de publicación dice así: “*This provision refers to collective expulsion of aliens. The term ‘aliens’ shall here be taken to mean all those who have no actual right to nationality in a State, whether they are passing through a country or reside or are domiciled in it, whether they are refugees or entered the country on their own initiative, or whether they are stateless or possess another nationality*”.

agrega allí que el propósito de esta norma es evitar que los estados que expulsen a los migrantes de su territorio sin antes examinar sus circunstancias personales y, consecuentemente, sin permitirles que expresen argumentos en contra de las medidas adoptadas por la autoridad competente (European Court of Human Rights, 2020: p. 5)⁷.

La prohibición de expulsiones colectivas constituye, de esta forma, una garantía procesal en favor de los migrantes. Su razón de ser es clara: cuando un estado, en el ejercicio de su poder de control migratorio, expulsa a un extranjero, aun si éste se encuentra en situación irregular, su decisión es legítima solo si reúne ciertos extremos: debe estar motivada; ser producto de un análisis previo de la circunstancia individual de la persona; evaluarse si su devolución no la coloca en riesgo de ser sometida a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes; explicarle los motivos de dicha decisión; y otorgarle la oportunidad para ejercer su defensa. Si la expulsión ocurre de manera precipitada y masiva, de forma tal que las personas sean apresadas y devueltas inmediatamente sin procedimiento alguno es fácticamente imposible cumplir todos los recaudos mencionados, y se la priva de su derecho a pedir de asilo y de oponerse a la decisión de la autoridad pública del país receptor; todo ello, en contravención con numerosas normas del derecho internacional⁸. De ahí que el artículo 4 del

⁷ El texto en su idioma original establece lo siguiente: “*Its explanatory report reveals that the purpose of Article 4 was to formally prohibit ‘collective expulsions of aliens of the kind which was a matter of recent history’. Thus, it was ‘agreed that the adoption of [Article 4] and paragraph 1 of Article 3 (prohibition of expulsion of nationals) could in no way be interpreted as in any way justifying measures of collective expulsion which may have been taken in the past’ (...). 2. The core purpose of the Article is to prevent States from being able to remove a certain number of aliens without examining their personal circumstances and, consequently, without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority*”.

⁸ Al respecto, el TEDH definió al derecho al asilo como una libertad fundamental cuyo corolario es precisamente el derecho de la persona a solicitar el estatuto de refugiado, lo cual implica el derecho de los solicitantes a que se asegure una correcta evaluación por las autoridades nacionales de las solicitudes y del riesgo que pueda sufrir en caso de devolución al país de origen (TEDH, sentencia 26 de abril de 2007, caso “Gebremedhin vs. Francia”, asunto n° 25389/05.). También sostuvo que “(e)n opinión de la Corte, dado el carácter irreversible del daño que podría producirse si el riesgo de tortura o malos tratos supuestamente alegados se materializa y la importancia que atribuye al artículo 3 (del CEDH), la noción de un recurso efectivo bajo el artículo 13 (del CEDH) exige un escrutinio independiente y riguroso de una afirmación de que hay razones fundadas para temer un riesgo real de algún trato contrario al artículo 3 y la posibilidad de suspender la aplicación de la medida impugnada” (TEDH, sentencia de 11 de julio de 2000, caso “Jabari v. Turquía”, asunto n° 40035/98., párr. 50. La traducción me pertenece). A su turno, el Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa ha indicado “(l)os Estados deben garantizar que todos los ciudadanos extranjeros que solicitan asilo en sus países puedan de

Protocolo nro. 4 deba interpretarse conjuntamente con los artículos 3 (prohibición de la tortura) y 13 (derecho a un recurso efectivo), ambos del CEDH.

Las expulsiones no deben comprender a un número determinado de personas para considerarlas colectivas, sino que la cantidad de afectados es irrelevante para establecer si un estado ha incurrido en dicha actividad prohibida. *Expulsión colectiva* significa *expulsión de extranjeros en su conjunto*, sin una evaluación de cada uno, sin un procedimiento con garantías suficientes que les proporcione la oportunidad de presentar alegaciones individuales ante la autoridad competente en contra de dicha medida. Es decir que lo *colectivo* no está definido por el número de personas expulsadas en el mismo momento, sino por el hecho de que la expulsión no haya sido el resultado de un análisis individualizado de cada caso particular. Dicho análisis debe ser además razonable, adecuado, justo y respetuoso de las garantías legales (Hernández Bologna, 2020: p. 9).

En sintonía con los instrumentos mencionados, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –dirigida a las instituciones y órganos de la Unión Europea y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión, conforme su artículo 51– establece en el artículo 19 titulado “Protección en caso de devolución, expulsión y extradición” lo siguiente: “1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”. Esta norma debe interpretarse junto con el artículo 4 de la Carta relativo a la prohibición de tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes. Además, están los artículos 18 sobre el derecho de asilo y el artículo 47 sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

En el ámbito internacional existe incluso un Proyecto de articulado sobre expulsiones de extranjeros aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 69° período de sesiones en 2014 que establece una serie de disposiciones

hecho acceder a los procedimientos de asilo y beneficiarse de un examen minucioso, justo e individual de su reclamación” (Commissioner for Human Rights, 2010: p. 3).

de importancia para este trabajo. En este sentido, allí se definen los términos *expulsión* y *extranjero* (art. 2), se establece bajo qué circunstancias un estado tiene derecho a expulsar a un extranjero de su territorio (arts. 3 y 5), la obligación de los estados de respetar la dignidad humana y los derechos humanos del extranjero objeto de expulsión (art. 13) y la prohibición de tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes hacia los extranjeros (art. 17). El artículo 9 del proyecto dispone la prohibición de la expulsión colectiva en los siguientes términos: “1. A los efectos del presente proyecto de artículo, se entiende por expulsión colectiva la expulsión de extranjeros como grupo. 2. Queda prohibida la expulsión colectiva de extranjeros. 3. Un Estado podrá expulsar conjuntamente a los miembros de un grupo de extranjeros siempre que la medida de expulsión se adopte al término y sobre la base de una evaluación de la situación particular de cada uno de los miembros que integran el grupo de conformidad con el presente proyecto de artículos. 4. El presente proyecto de artículo se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional aplicables a la expulsión de extranjeros en caso de un conflicto armado en que participe el Estado expulsor” (Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución A/RES/69/119, 2014).

Estrechamente vinculado con la prohibición de expulsiones colectivas, nos encontramos con el principio de *non-refoulement* o de no devolución. Este principio –tradicionalmente reservado a solicitantes de asilo y refugiados, y considerado una norma de derecho internacional consuetudinario– puede ser definido como aquel en virtud del cual las autoridades de un país no deben hacer devoluciones de personas migrantes o refugiadas a un país donde éstas se enfrentan a graves amenazas a su vida o a su libertad personal. La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 receptó este principio en su artículo 33 según el cual “(n)ingún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas”. El texto de esta Convención se complementa con el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. Ambos instrumentos fueron ratificados por más de 145

estados, entre ellos España, que adhirió a ambos el 14 de agosto de 1978⁹. El ACNUR refirió que el principio de no devolución “*es un principio básico consagrado en el Convenio que no admite reservas. En muchos aspectos, el principio es el complemento lógico del derecho de solicitar asilo reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Se ha convertido en una norma del derecho consuetudinario internacional con carácter obligatorio para todos los Estados. Además, el derecho internacional de los derechos humanos ha establecido el de no devolución como un componente fundamental de la prohibición absoluta de tortura y de los tratos o las penas crueles, inhumanos o degradantes. También se reconoce que la obligación de no devolución afecta a los refugiados independientemente de su reconocimiento oficial y, por lo tanto, incluye a los solicitantes de asilo cuya situación todavía no se haya determinado. Abarca todas las medidas atribuibles a un Estado que puedan tener como consecuencia la devolución de un solicitante de asilo o a un refugiado a las fronteras de territorios en los que su vida o su libertad se encontrarían amenazadas o donde correrían el riesgo de ser perseguidos. Esto incluye el rechazo en la frontera, la interceptación y la devolución indirecta, tanto en casos individuales como en situaciones de afluencia masiva*” (Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, 2011: p. 6, párr. 16).

En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos recepta el principio de no devolución en los siguientes términos: “*(e)n 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*” (art. 22.8). Dicho instrumento también prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros (art. 22.9). Nuevamente, ambas normas deben ser estudiadas junto con su artículo 8.1 (garantía de debido proceso) y su artículo 5.1 (prohibición de torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes). La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha encargado

⁹ Información accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0506.pdf> (fecha de consulta: 08/01/2021).

de interpretarlas en su jurisprudencia¹⁰. En materia estrictamente de refugiados, la Declaración de Cartagena de 1984 señala en su quinta conclusión “*la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados*” y lo califica como un principio imperativo en cuanto a los refugiados, que “*debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de jus cogens*”. También contamos en la región con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura que receptó la prohibición de devolución en su artículo 13. Su par de Naciones Unidas, es decir, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes recepta el principio de no devolución en su artículo 3.

También en el ámbito de Naciones Unidas, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares –adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución Nro. 45/158 del 18 de diciembre de 1990–¹¹ dispone que los trabajadores migrantes o sus familiares no pueden ser objetos de medidas de expulsión colectiva, sino que cada caso debe ser examinado y decidido individualmente (art. 22.1). Al respecto, el Relator Especial sobre los Derechos Humanos señaló en uno de sus informes que “*la prohibición de la expulsión colectiva de los no nacionales es un principio reconocido del derecho internacional consuetudinario. De hecho, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus*

¹⁰ Sobre principio de no devolución, véase especialmente: 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; 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; y Corte IDH, Opinión Consultiva 21/2014, del 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21. Sobre prohibición de expulsiones colectivas, véase especialmente: 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; y 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.

¹¹ Este instrumento no fue ratificado por ningún estado de la Unión Europea, conforme información accesible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en (fecha de consulta: 08/01/2021).

familiares es el instrumento de la legislación internacional de derechos humanos que otorga una mayor protección a los migrantes irregulares, además de prever derechos adicionales, como una amplia protección individualizada contra la expulsión, que en otros instrumentos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está reservada a los migrantes que residan legalmente en el país” (Consejo de Derechos Humanos, 2008: nota a pie de pág. nro. 36).

Dentro del sistema de protección regional de derechos humanos africano encontramos el artículo 12.5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos que prohíbe las expulsiones masivas de extranjeros, y entiende como expulsión masiva *“aquella dirigida a un grupo nacional, racial, étnico o religioso”*.

Si bien el principio de no devolución difiere de la prohibición de expulsiones colectivas, tienen ciertos puntos de contacto. Ello pues, si a una persona migrante se la expulsa automáticamente como sucede con las expulsiones en caliente, se la despoja de su derecho a exponer su situación, a solicitar asilo, a que se le informen expresa y formalmente los motivos de su expulsión y a contar con la oportunidad de someter el caso a revisión ante la autoridad estatal competente; es decir, se viola el debido proceso y el derecho a un juicio justo.

Como se adelantó, el Tribunal de Estrasburgo ha interpretado en diferentes sentencias la prohibición de expulsiones colectivas de personas migrantes. Desde sus primeros pronunciamientos y hasta febrero de este año, puede observarse una tendencia en favor de la condena a los estados ejecutores de este tipo de expulsiones. A continuación, se hará una breve mención a las sentencias más representativas.

De esta forma, en la sentencia del caso “Conka y otros vs. Bélgica¹² el TEDH por primera declaró la responsabilidad estatal por expulsiones masivas de

¹²TEDH, sentencia de 5 de febrero de 2002, “Conka y otros v. Bélgica”, asunto nº 51564/99. El caso versa sobre un grupo de eslovacos de origen romaní que solicitaron asilo en Bélgica, cuya solicitud fue rechazada y fueron retenidos en una sala de tránsito cerca del aeropuerto de Bruselas a fin de ser expulsados. Según afirmaron los demandantes, habían huido de Eslovaquia luego de ser víctimas de ataques racistas y ante la actitud pasiva de las autoridades policiales. Sus solicitudes de asilo fueron rechazadas por Bélgica en primera y segunda instancia (marzo y

extranjeros, considerándolas contrarias al Convenio Europeo. En lo sustancial, resolvió que el estado demandado había vulnerado el artículo 4 del Protocolo nro. 4 en tanto el procedimiento de expulsión no había proporcionado garantías suficientes que demuestren que las circunstancias personales de cada persona se habían tenido en consideración de forma genuina e individual. También entendió que se habían violado otros derechos, como el derecho a la libertad y la seguridad y a apelar sobre la legalidad de la detención (arts. 5.1 y 5.4 CEDH) así como el derecho a un recurso efectivo (artículo 13 CEDH) tomado conjuntamente con el artículo 4 del Protocolo nro. 4¹³.

En caso “Hirsi Jamaa y otros vs. Italia”¹⁴ intervino la Gran Sala que dictó su sentencia el 23 de febrero de 2012. En ella se dispuso por primera vez que se violaba el principio de no devolución aun cuando las personas migrantes hayan sido interceptadas en fuera del territorio nacional (en el caso, en aguas internacionales), de manera tal que extendió la noción de jurisdicción más allá de lo meramente territorial¹⁵. También consideró por unanimidad que Italia había

junio de 1999 respectivamente) por la falta de credibilidad y de pruebas de su persecución en Eslovaquia, ante lo cual se les solicitó que abandonasen en territorio. Alegaron que fueron detenidos para ser expulsados al ser convocados a la estación de policía –presuntamente– para completar sus respectivas solicitudes de asilo.

¹³ Citando este caso, la Corte IDH ha indicado sobre las expulsiones colectivas lo siguiente: “*Este Tribunal ha considerado que el criterio fundamental para determinar el carácter ‘colectivo’ de una expulsión no es el número de extranjeros objeto de la decisión de expulsión, sino que la misma no se base en un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero. La Corte, retomando lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 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 con base en un examen razonable y objetivo de los casos particulares de cada extranjero del grupo’*” (Corte IDH, Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, 2014, párr. 361).

¹⁴ TEDH, sentencia de 23 de febrero de 2012, “Hirsi Jamaa y otros vs. Italia”, asunto n° 27765/09. En este caso, el TEDH analizó la situación de 24 personas (11 ciudadanos somalíes y 13 ciudadanos eritreos) que formaban parte de un grupo de aproximadamente 200 personas que abandonaron Libia a bordo de tres embarcaciones con el objetivo de llegar a la costa italiana. El 06/05/2009, cuando sus navíos se encontraban a una distancia de 35 millas náuticas al sur de Lampedusa (Agrigento), es decir, dentro del área de responsabilidad del Servicio de búsqueda y salvamento maltés, fueron interceptados por tres buques del Servicio de Vigilancia Aduanera de la policía italiana y de los Guardacostas, trasladados a buques militares italianos, devueltos a Trípoli (Libia, su punto de partida) y entregados a las autoridades libias. Durante dicha travesía, adujeron los demandantes, las autoridades italianas no les informaron que los devolvían a Libia, no los identificaron y, además, les confiscaron sus efectos y documentos personales.

¹⁵ Sobre este punto, es interesante citar textualmente una parte de la sentencia: “(e)l Tribunal observa que, en el presente asunto, los hechos tuvieron lugar exclusivamente a bordo de barcos de las fuerzas armadas italianas, cuyas tripulaciones estaban compuestas únicamente por personal militar italiano. Según el Tribunal, en el periodo de tiempo entre el momento en que

realizado una expulsión colectiva en violación del artículo 4 del Protocolo nro. 4, toda vez que las autoridades italianas se limitaron a trasladar a los requirentes a Libia sin realizar ningún tipo de examen de la situación individual de cada uno de éstos. Para analizar la violación del principio de no devolución y la responsabilidad de Italia, el Tribunal evaluó la situación en el país receptor a la luz de la prohibición de tortura del artículo 3 del CEDH (párr. 114 y 115 de la sentencia). Sobre este aspecto, el TEDH recordó en la sentencia el principio según el cual *“una expulsión indirecta de un extranjero deja intacta la responsabilidad a la Alta Parte Contratante, la cual está obligada, de acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal, a asegurarse de que el individuo en cuestión no correrá un riesgo auténtico de ser sometido a tratos contrarios al artículo 3 en caso de ser repatriado”* (párr. 146 de la sentencia). Así, de acuerdo con varios informes de organismos internacionales, durante el período en cuestión, en Libia no se observaban las normas atinentes a la protección de refugiados y toda persona que ingresaba al país ilegalmente estaba destinada a vivir en la clandestinidad, ser sistemáticamente arrestada y detenida en condiciones inhumanas e incluso torturada. Ello, además de correr el riesgo de ser devueltos a sus países de origen en cualquier momento y, en caso de recobrar su libertad, vivir en condiciones de gran precariedad como resultado de su condición irregular (párr. 150 y ss. de la sentencia). Ante ello, TEDH declaró, por unanimidad, que el estado había violado el artículo 3 del Convenio al someter a los demandantes al riesgo de recibir malos tratos en Libia, y de ser repatriados a Somalia y Eritrea; por unanimidad, que había violado el artículo 4 del Protocolo nro. 4; el artículo 13 en relación con el artículo 3, ambos del CEDH del artículo 4 del Protocolo nro. 4.

La Gran Sala también se expidió en el caso “Georgia vs. Rusia”¹⁶, donde resolvió que Rusia había incurrido en la violación del artículo 4 del Protocolo nro. 4 en cuestión. En lo sustancial refirió allí que las expulsiones de ciudadanos

embarcaron a bordo de los barcos de las fuerzas armadas italianas y en el que fueron entregados a las autoridades libias, los demandantes estuvieron bajo el control continuo y exclusivo, de jure y de facto, de las autoridades italianas” (Caso “Hirsi Jamaa y otros vs. Italia”, 2012: párr. 81).

¹⁶ TEDH, sentencia de 3 de julio de 2014, Georgia vs. Rusia, asunto n° 13255/07.

georgianos de Rusia durante el otoño de 2006 constituían una práctica administrativa realizada en contra de dicho artículo. Aun cuando se trataba de resoluciones de expulsión para cada uno de los extranjeros, entendió que no se había efectuado, como es exigible, un examen razonable y objetivo de la situación individual de cada uno de ellos. Para arribar a esa conclusión, tomó en consideración que, de acuerdo con el Comité de Supervisión de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa e informes de organizaciones internacionales, las expulsiones seguían un mismo patrón en diversos casos en todo el país, y que existía una coordinación entre sus poderes administrativos y judiciales, todo lo cual incluso continuó mientras se sustanciaba el caso. Esto había conllevado que, durante el periodo en cuestión, se hubiesen realizado miles de expulsiones de personas procedentes de Georgia¹⁷.

Por su parte, en el caso “Sharifi y otros vs. Italia y Grecia”¹⁸ el TEDH consideró que Italia había violado el artículo 4 del Protocolo nro. 4 con respecto a cuatro de los demandantes tras entender que las medidas a las que habían sido sometidas al arribar al puerto de Ancona implicaron expulsiones colectivas e indiscriminadas. Respecto a estas mismas personas, entendió el tribunal que Italia había violado el derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH) en relación con la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) y el artículo 4 del Protocolo nro. 4 mencionado debido a la falta de acceso al procedimiento de asilo o de cualquier otro recurso en el puerto de Ancona. Al devolver a estas personas a Grecia, Italia además había violado el mencionado artículo 3 del CEDH por exponerlos a riesgos derivados de la deficiencia en el procedimiento de asilo en dicho país. Resolvió también que Grecia había violado el artículo 13 en relación con el artículo 3 –ambos del CEDH– ante la falta de acceso al procedimiento de asilo y al riesgo de expulsión a Afganistán, donde los actores podían sufrir tratos inhumanos y degradantes. Además, el tribunal insistió en que

¹⁷ Rusia también fue condenado por violar el art. 4 del Protocolo 4 en otros asuntos como: “Berdzenishvili y otros vs. Rusia” (TEDH, sentencia de 26 de diciembre de 2016, asuntos n° 14594/07, 14597/07, 14978/07, 15221/07, 16369/07 y 16706/07) y “Shioshvili y otros vs. Rusia” (TEDH, sentencia de 26 de diciembre de 2016, asunto n° 19356/07). En dichos casos el tribunal europeo insistió en la obligación del estado de realizar un examen individual de cada demandante, con plena vigencia de la garantía procesal de acceso a un recurso efectivo.

¹⁸ TEDH, sentencia de 21 de octubre de 2014, caso “Sharifi y otros vs. Italia y Grecia”, asunto n° 16643/09.

las Reglas de Dublín¹⁹ deben aplicarse de forma que sea compatible con el Convenio Europeo. Es decir que las devoluciones colectivas e indiscriminadas no pueden justificarse en virtud de dichas reglas, en tanto el estado que las realiza debe asegurarse que el país de destino ofrece garantías suficientes en su política de asilo a fin de prevenir que las personas sean trasladadas a su país de origen sin que se lleve a cabo una evaluación de los riesgos que enfrentan.

Finalmente cabe mencionar la sentencia de la Gran Sala en el caso “Khlaifia y otros vs. Italia”²⁰. Si bien en esta oportunidad el Tribunal consideró que el estado no había violado el artículo 4 del Protocolo nro. 4, allí se señaló lo que debe entenderse por expulsión colectiva, esto es, toda medida que compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que dicha medida se toma al término y en base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que forman parte de dicho grupo (párr. 237 y ss. de la sentencia).

ii. El caso “N.D. y N.T. vs. España” (Asunto nros. 8475/15 y 8697/15)²¹

Como se adelantó, el caso en cuestión trata sobre una de las situaciones expuestas al comienzo de este trabajo: las devoluciones en caliente en Melilla, un enclave español ubicado en territorio marroquí. Este caso se originó a partir de la demanda iniciada por N. D, nacional de Malí, y N. T., nacional de Costa de Marfil, contra España ante el TEDH. Ambas personas denunciaron la devolución inmediata a Marruecos ejecutada por las autoridades españolas el 13 de agosto

¹⁹ El Convenio de Dublín se firmó en 1990 y posteriormente fue ratificado por los estados miembros de la Unión Europea. En 2003 fue actualizado y sustituido por el reglamento Dublín II. Su última versión, Dublín III, fue aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea en 2013. Este Convenio establece una serie de reglas que determinan qué estado miembro de la Unión Europea es responsable de examinar un pedido de asilo realizado en uno de los estados miembros por un nacional de un tercer estado. Sobre los problemas del Sistema de Dublín, puede consultarse: ZAMPEDRI, 2018: p. 31.

²⁰ TEDH, sentencia de 15 de diciembre de 2016, Khlaifia y otros vs. Italia, asunto n° 16483/12. El caso se refiere a la detención de un centro de acogida en Lampedusa y luego en barcos amarrados en el puerto de Palermo, así como la repatriación a Túnez de migrantes clandestinos que habían desembarcado en Italia en 2011 durante los hechos vinculados a la Primavera Árabe.

²¹ TEDH, sentencias de 3 de octubre de 2017 y de 13 de febrero de 2020, caso “N. D. y N. T. vs. España”, asuntos n° 8475/15 y 8697/15.

de 2014 cuando intentaban entrar al territorio español trepando las vallas ubicadas alrededor de Melilla. Los demandantes alegaron que habían sido víctimas a una expulsión colectiva sin que se les hubiese permitido identificarse, alegar sus circunstancias personales y, por lo tanto, sin que las autoridades españolas hubiesen evaluado su situación individual, ni alertar sobre los malos tratos a los que corrían riesgo de ser sometidos de ser devueltos a Marruecos. Mucho menos habían sido sometidos a un procedimiento, gozado del derecho de impugnar la medida mediante la presentación de un recurso efectivo con efecto suspensivo para impugnar la decisión que dispuso su regreso inmediato a Marruecos, ni contar con asistencia legal o médica. En este contexto, invocaron la violación del artículo 4 del Protocolo nro. 4, y los artículos 3 y 13 del CEDH.

Conforme se desprende de la sentencia, N. D. y N. T. decidieron intentar ingresar a Melilla junto con un grupo de subsaharianos, luego de estar varios meses en el campamento no oficial de migrantes de Monte Gurugú, en situación de extrema precariedad. El primer demandante dejó su pueblo en Mali por causa del conflicto armado del año 2012, llegó a Marruecos en marzo de 2013 y vivió dos años en el campamento del Monte Gurugú, cercano a la frontera española de Melilla, donde fue objeto de varias redadas por parte de las fuerzas del orden marroquí. Por su parte, el segundo demandante llegó a Marruecos a finales de 2012 y vivió en dicho campamento no oficial un año y nueve meses. Todo ello hasta el 13 de agosto de 2014, en oportunidad en que *"salieron del campamento del Monte Gurugú y trataron de entrar en España junto con un grupo de subsaharianos a través del puesto fronterizo de Melilla. Este puesto fronterizo se caracteriza por tres vallas consecutivas, las dos exteriores de 6 metros de altura y la interior de 3 metros de altura. Un sistema de cámaras de vigilancia por infrarrojos y sensores de movimiento fue instalado. Los demandantes y otros inmigrantes treparon por la primera valla por la mañana. Dicen haber sido atacados mediante lanzamiento de piedras por parte de las Autoridades marroquíes. El primer demandante consiguió encaramarse a lo alto de la tercera valla y permaneció allí hasta la tarde sin recibir ninguna asistencia médica o jurídica. El segundo demandante dice haber sido alcanzado por una piedra cuando trepaba la primera valla y haber caído, pero consiguió después superar*

las dos primeras vallas. Entretanto, los demandantes habrían sido testigos de actos violentos cometidos por los agentes de la Guardia Civil española y por las fuerzas del orden marroquíes hacia inmigrantes subsaharianos. Hacia las 15 y las 14 horas, respectivamente, bajaron de la tercera valla con la ayuda de las fuerzas de seguridad españolas. En cuanto pusieron los pies en el suelo fueron detenidos por miembros de la Guardia Civil, quienes les esposaron y devolvieron a Marruecos. En ningún momento fueron objeto de procedimiento de identificación alguno. No tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos” (párrafo 12 de la sentencia de la Sala de la Sección Tercera, reiterado en términos similares en los párrafos 24 y ss. de la sentencia de la Gran Sala). En un segundo intento, el 9 de diciembre y el 23 de octubre de 2014, N. D. y N. T. respectivamente lograron entrar en territorio español por el puesto fronterizo de Melilla. Se iniciaron dos procedimientos contra ellos. N. D. fue devuelto a Mali el 31 de marzo de 2015 a razón de una orden de expulsión decretada contra él y la denegación administrativa de su solicitud de asilo. A su vez, N. T. fue objeto de una orden de expulsión en noviembre de 2014. Al momento del dictado de la sentencia de 2017, N. D. se encontraba en Koulikoro (Mali) mientras que se desconocía el paradero de N. T.

En este caso se expidió en primer término la Sala de la Sección Tercera y luego la Gran Sala del TEDH. En lo que sigue, me referiré a la primera como “la Sala” para diferenciarla de “la Gran Sala”.

El 3 de octubre de 2017 la Sala dictó su sentencia. En ella se condenó a España por su accionar, el que se interpretó como una expulsión colectiva de migrantes realizada en la frontera de Melilla con Marruecos, quienes fueron desprovistos de su derecho a un recurso efectivo con efectos suspensivos contra dicha decisión. En particular, falló por unanimidad que España había violado el artículo 4 del Protocolo nro. 4 del CEDH, y el artículo 13 del CEDH en relación con el artículo 4 del Protocolo mencionado. Para llegar a la conclusión de que se trató de una expulsión colectiva, la Sala destacó los siguientes aspectos: que los demandantes formaban parte de un grupo de entre 65 y 80 migrantes

subsaharianos; que se les había aplicado una medida de carácter general consistente en contener y rechazar sus intentos de rebasar ilegalmente la frontera; que las medidas de expulsión fueron tomadas en ausencia de cualquier decisión administrativa o judicial previa; que los demandantes no fueron objeto de procedimiento alguno; y que no hubo un examen de las circunstancias individuales de cada uno de ellos ni fueron sometidos a un procedimiento de identificación por las autoridades españolas (párr. 106 a 108 de la sentencia de la Sala).

A lo largo de su sentencia, la Sala cita varios de los precedentes referidos previamente en este trabajo (v. apartado II.1). A modo de ejemplo, usa la jurisprudencia del asunto “Hirsi Jamaa y otros vs. Italia” para considerar que los hechos del caso tuvieron lugar dentro de la jurisdicción del estado español. También la Sala recordó “*la soberanía de los Estados en materia de política de inmigración y (la) prohibición de recurrir a prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos en la gestión de flujos migratorios*” (párr. 101 de la sentencia de la Sala)²². Se indicó incluso que, en virtud de dicho rechazo o expulsión inmediata por las autoridades fronterizas, los demandantes no tuvieron acceso “*ni a un intérprete ni a agentes que pudieran aportarles las mínimas informaciones necesarias sobre el derecho de asilo y/o el procedimiento pertinente contra su expulsión (...) les han impedido acceder a ningún*

²² Este punto es relevante pues al momento del dictado de la decisión se encontraba ya vigente la Ley Orgánica 4/2015 del 30/03/2015 de protección de la seguridad ciudadana –conocida como *ley mordaza*– que legalizó las devoluciones automáticas de migrantes que llegan a Ceuta y Melilla. La disposición adicional décima añadida por ésta a la Ley Orgánica 4/2000 sobre el régimen especial de Ceuta y Melilla establece que: “1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional”. Si bien la Sala no se expidió sobre la legalidad de esta disposición, indicó expresamente que la política migratoria debe estar de conformidad con el CEDH y sus Protocolos, entre ellos, el Protocolo nro. 4 referido a lo largo de este trabajo. Huelga mencionar que recientemente el Pleno del Tribunal Constitucional de España avaló la constitucionalidad de la mencionada Ley Orgánica 4/2015 en lo relativo a la incorporación de la disposición décima de la Ley Orgánica 4/2000 (Tribunal Constitucional Español, en pleno, sentencia 172/2020, Recurso de inconstitucionalidad 2896/2015. Publicado en: BOE nro. 332, de 22 de diciembre de 2020, pp. 118585 a 118655, Referencia: BOE-A-2020-16819).

procedimiento nacional que cumpliera las exigencias del artículo 13 del Convenio". En definitiva, "se les ha privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja respecto del artículo 4 del Protocolo no. 4 y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución" (párr. 120 y 121 de la sentencia de la Sala).

En diciembre de 2017 el estado español solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala, el cual fue aceptado en tanto se plantea allí una cuestión grave sobre la interpretación o aplicación del CEDH o una cuestión grave de carácter general (de conformidad con el art. 43 CEDH y la regla 73 de su Reglamento). El 26 de septiembre de 2018 se celebró una vista pública en la que ambas partes manifestaron sus alegaciones. Finalmente, el 17 de febrero de 2020 la Gran Sala emitió su fallo. Mediante esta sentencia, la Gran Sala desautorizó la decisión de la Sala de la Sección Tercera y modificó su decisión. En lo sustancial, la Gran Sala declaró, por unanimidad, que el estado español no había violado el artículo 4 del Protocolo nro. 4 del Convenio ni el artículo 13 de éste, puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo nro. 4. Ello, bajo el argumento de que los demandantes se habían colocado ellos mismos en una situación irregular o ilegal cuando deliberadamente intentaron entrar a España el 13 de agosto de 2014 cruzando las vallas de protección fronteriza de Melilla junto con un grupo mayor de personas y en una ubicación no autorizada, aprovechando las ventajas del grupo de muchas personas y usando la fuerza.

En primer término, la Gran Sala consideró –sobre la base de antecedentes propios– que los hechos del caso corresponden a la jurisdicción española en el sentido del artículo 1 del CEDH (párr. 102 a 111 de la sentencia de la Gran Sala).

Luego el Tribunal procedió a abordar el fondo de la cuestión debatida en el caso. Si bien en uno de sus considerandos destacó "*los desafíos a los que se enfrentan los Estados europeos en materia de control de la inmigración como consecuencia de la crisis económica y de los recientes cambios sociales y políticos que han afectado particularmente a ciertas regiones de África y de Oriente Medio*" dijo que los problemas a enfrentar en la gestión de los flujos migratorios o en la recepción de demandantes de asilo "*no pueden justificar la*

utilización de prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos” (párr. 169 a 171 de la sentencia de la Gran Sala).

En oportunidad de analizar si en el caso había existido una expulsión colectiva según lo dispuesto por el artículo 4 del Protocolo nro. 4, la Gran Sala incorporó al estudio lo que podría denominarse *el test o examen de la conducta culpable del demandante*. Al respecto, indicó lo siguiente: “(l)a propia conducta del demandante es un factor relevante para evaluar la protección que se debe otorgar en virtud del artículo 4 del Protocolo n° 4. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal, no hay vulneración del artículo 4 del Protocolo n° 4 si la ausencia de una decisión individual de expulsión puede atribuirse a la propia conducta del demandante”. Para ello, citó los casos “Khlaifia”, “Hirsi Jamaa”, “M. A. vs. Chipre”²³, “Berisha y Haljiti”²⁴, y “Dritsas”²⁵ y, sobre estos dos últimos, señaló que “fue la falta de cooperación activa respecto al procedimiento disponible para evaluar individualmente las circunstancias de los demandantes lo que llevó al Tribunal a considerar que el Gobierno no podía ser considerado responsable de que no se llevara a cabo dicha evaluación” (párr. 200 de la sentencia de la Gran Sala).

Así, la Gran Sala refirió que para evaluar la situación con arreglo al artículo 4 del Protocolo nro. 4, “tendrá en cuenta esencialmente si, en las circunstancias del caso concreto, el Estado demandado proporcionó un acceso auténtico y efectivo a los medios legales de entrada, en particular procedimientos en la frontera. Siempre que el Estado demandado haya facilitado dicho acceso, pero un demandante no lo utilice, el Tribunal evaluará (...) si existen razones de peso para no hacerlo basadas en hechos objetivos de los que el Estado demandado sea responsable” (párr. 201 de la sentencia de la Gran Sala).

A partir de lo expuesto, y a la luz de los hechos del caso, la Gran Sala destacó los siguientes puntos:

a) que los demandantes intentaron entrar en territorio español cruzando una frontera terrestre de forma no autorizada y que se aprovecharon de su gran

²³ TEDH, sentencia de 23 de julio de 2013, caso “M. A. vs. Chipre”, asunto n° 41872/10”.

²⁴ TEDH, sentencia de 16 de junio de 2005, caso “Berisha y Haljiti v. la ex República de Yugoslavia de Macedonia”, asunto n° 18670/03.

²⁵ TEDH, sentencia de 1 de febrero de 2011, caso “Dritsas y otros vs. Italia”, asunto n° 2344/02.

número, en el contexto de una operación que había sido planificada con antelación (párr. 206 y ss. de la sentencia);

b) que al momento de los hechos existían procedimientos legales disponibles para entrar a España que garantizaban el derecho a solicitar protección, ya sea mediante solicitud de visado o de protección internacional, en el puesto fronterizo de Beni Enzar, o en representaciones diplomáticas y consulares de España en sus países de origen o de tránsito, o incluso en Marruecos (párr. 212 de la sentencia);

c) que no existían en el caso razones de peso para que los demandantes no se sometiesen a los procedimientos legales disponibles para entrar de forma legítima a España –en particular, lo procedimientos en el puesto fronterizo de Beni Enzar– basadas en hechos objetivos de los que el estado demandado era responsable.

Para llegar a esa conclusión, la Gran Sala echó por tierra los informes de los terceros que intervinieron en el proceso. Interpretó que, si bien en varios de ellos se sostuvo que acercarse físicamente al puesto fronterizo de Beni Enzar era en la práctica imposible o muy difícil para quienes procedían del África subsahariana y se encontraban en Marruecos, *“los diversos informes presentados a tal efecto (...) no son concluyentes en cuanto a las razones y las circunstancias de hecho en que se basan dichas alegaciones. En alguno de ellos se cita el perfil racial o un riguroso control de pasaporte en el lado marroquí. No obstante, ninguno de estos informes sugiere que el Gobierno español fuera de alguna manera responsable de este estado de cosas”* (párr. 218 de la sentencia)²⁶. Bajo esta inteligencia, desestimó también las conclusiones del

²⁶ A continuación, se destacan los puntos más salientes de los informes de los terceros intervinientes en el proceso. El ACNUR afirmó que *“en realidad, los migrantes del África subsahariana no podían acceder a los procedimientos de inmigración y asilo en el paso fronterizo autorizado de Melilla, ya que se les impedía sistemáticamente llegar a la frontera por el lado marroquí. Peor aún, el internamiento de los demandantes de asilo en centros de detención de migrantes en los enclaves de Melilla y Ceuta, la duración del procedimiento de asilo y las condiciones de los centros de detención, en concreto el problema del hacinamiento, desaniman a los extranjeros que actúan de buena fe a la hora de solicitar protección internacional en ese lugar”* (párr. 155 de la sentencia). La Comisión Española de ayuda al refugiado (CEAR) dijo que *“(e)n la práctica, desde 2013, la oficina de ACNUR en Rabat se ha ocupado de las demandas de asilo, mientras que la Oficina de Refugiados y Apátridas adopta las decisiones sobre el*

informe de 2018 del Embajador Tomáš Boček –Representante Especial del Secretario General para la migración y los refugiados– pues entendió que éstas se aplican solo a las personas que se acercaban a los cruces de frontera no autorizados para saltar las vallas, y que ello no ocurría en puntos fronterizos oficiales, incluyendo Beni Enzar (párr. 219 de la sentencia)²⁷.

Refirió el TEDH que los demandantes no alegaron en primer momento que hubieran intentado entrar en territorio español por medios legales, sino que aludieron a las dificultades mencionadas solo en abstracto, y únicamente en la vista ante la Gran Sala alegaron haber intentado acercarse a Beni Enzar y haber sido perseguidos por la policía marroquí. Ante ello, el Tribunal dijo “*no esta(r) convencido de que los demandantes tuvieran motivos de peso requeridos para no utilizar el puesto fronterizo de Beni Enzar en el momento de los hechos con*

reconocimiento de la condición de refugiado en Marruecos. Sin embargo, la mayoría de los migrantes que trataban de llegar a la oficina del ACNUR en Rabat fueron arrestados y detenidos, lo que les impidió solicitar protección. Del informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes se desprende claramente que los refugiados subsaharianos son objeto de graves violaciones y abusos sexuales en su camino hacia Ceuta y Melilla” (párr. 158 de la sentencia). El Centro AIRE, Amnistía Internacional, Consejo Europeo para Refugiados y Exiliados (ECRE por sus siglas en inglés), Consejo Neerlandés para los Refugios y la Comisión Internacional de Juristas, quienes actuaron de forma conjunta, señalaron que “*(l)os interventores sostuvieron que España era el Estado miembro de la UE con la mayor tasa de denegación de demandas de asilo. Indicaron que la policía marroquí impedía a ciertas nacionalidades acceder al paso fronterizo de Beni Enzar por motivos de raza, como lo demuestran varios informes de ONGs incluidas Amnistía Internacional y CEAR”* (párr. 163 de la sentencia). A su vez, los informes de otros terceros confirman las expulsiones colectivas en la zona en cuestión (v. Informe del Comité Europeo para la prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, párr. 50; Informe Anual de actividades de 2015 de Nils Muižnieks, Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa sobre la situación de los migrantes, párr. 57).

²⁷ En dicho informe, elaborado luego de la misión de investigación realizada por Tomáš Boček en 2018, se describe la situación en Ceuta y Melilla, donde muchas personas sufren lesiones físicas al saltar las vallas y que “*(p)oco después de recibir ayuda de la Cruz Roja Española son devueltos a Marruecos a través de puertas especiales (...). Los extranjeros no tienen acceso a intérpretes, abogados o a las oficinas de asilo situadas en los puntos fronterizos. Finalmente, son devueltos a Marruecos sin que se haya producido ninguna identificación o registro”*. Sobre el puesto fronterizo de Beni Enzar se señala que “*(e)n varios informes se ha subrayado que las autoridades marroquíes impiden efectivamente a las personas del África subsahariana acercarse a los puestos fronterizos habituales, en particular en Melilla. Por consiguiente, no tienen acceso al procedimiento de asilo. (...). Sin ninguna posibilidad de acceso legal y seguro al territorio español, las personas procedentes del África subsahariana, incluidas las mujeres y los niños pequeños, recurren a las redes de delincuencia organizada, escondiéndose en coches o embarcándose en balsas para acceder a las ciudades autónomas de Melilla y Ceuta, exponiéndose así a riesgo de tratos de seres humanos y abusos sexuales”* (párr. 58 de la sentencia de la Gran Sala).

el fin de alegar los motivos en contra de su expulsión de forma adecuada y legal” (párr. 220 de la sentencia).

d) que al momento de los hechos existían procedimientos para solicitud de protección internacional en embajadas y consulados españoles (previstos en el art. 38 de la Ley 12/2009) que facultaba a los embajadores españoles a promover el traslado a España de quienes acreditasen la necesidad de protección; y que no había indicios de que los demandantes, de haber utilizado dicho procedimiento y a la espera de su resultado, se hubiesen visto expuestos a riesgo alguno de maltrato en Marruecos. Se agregó que el consulado español de Nador está sólo a 13.5 km. de Beni Enzar y del lugar donde saltaron las vallas el 13 de agosto de 2014 y que, por lo tanto, los demandantes *“podrían haber viajado fácilmente hasta allí en caso de haber querido solicitar protección internacional. No dieron ninguna explicación al Tribunal sobre por qué no lo hicieron. De hecho, ni siquiera alegaron que se les hubiese impedido utilizar dichas posibilidades”* (párr. 226 a 228 de la sentencia).

En consideración de todo lo expuesto, la Gran Sala concluyó que los demandantes habían incurrido en una *conducta culpable* al eludir los procedimientos legales para entrar en su territorio y que España no había violado al artículo 4 del Protocolo nro. 4. Refirió que, aun cuando existieran dificultades para acceder al puesto fronterizo de Beni Enzar del lado marroquí, no había quedado demostrado que ello era responsabilidad del estado español. Hacia el final de la sentencia, dijo: *“Partiendo de estas observaciones, el Tribunal considera que, de hecho, fueron los demandantes quienes se arriesgaron al participar en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla el 13 de agosto de 2014, aprovechando el gran número de miembros del grupo y utilizando la fuerza. No hicieron uso de los procedimientos legales existentes para obtener la entrada legal al territorio español de acuerdo con las disposiciones del Código de Fronteras Schengen sobre normas para el cruce de fronteras exteriores del espacio Schengen. En consecuencia, (...), el Tribunal considera que la ausencia de resoluciones individuales de expulsión puede deberse al hecho de que los demandantes, si efectivamente deseaban hacer valer sus derechos en virtud del*

Convenio, no hicieron uso de los procedimientos formales de entrada existentes a tal efecto, lo que por tanto fue consecuencia de su propia conducta. Por consiguiente, no ha habido vulneración alguna del artículo 4 del Protocolo nro. 4” (párr. 231 de la sentencia de la Gran Sala, el destacado me pertenece). Paso seguido, aclaró que ello “no pone en tela de juicio el amplio consenso existente en la comunidad internacional en cuanto a la obligación y la necesidad de que los Estados contratantes protejan sus fronteras (...) de forma que se respeten las salvaguardas del Convenio y, en particular, la obligación del principio de no devolución” (párr. 232 de la sentencia de la Gran Sala).

Resulta interesante analizar de qué tratan los casos citados por la Gran Sala de donde toma la doctrina de la conducta culpable del demandante citados previamente y a los que se aluden en el párrafo 200 de la sentencia. En el primer caso citado –“Berisha y Haljiti”– los demandantes eran un matrimonio que denunció haber sido objeto de una expulsión colectiva cuando las autoridades habían tratado de forma conjunta sus solicitudes de asilo y emitido una sola decisión. El TEDH declaró inadmisibile la demanda por ser manifiestamente infundada, toda vez que el mero hecho de que las autoridades emitieran una única decisión para ambos, que eran esposos, era consecuencia de su propia conducta en tanto habían arribado juntos a la ex República Yugoslava de Macedonia, presentado su pedido de asilo conjuntamente, presentado las mismas prueba y apelaciones conjuntas. En el segundo caso –“Dritsas y otros vs. Italia”– el Tribunal declaró la inadmisibilidad del caso por ser manifiestamente infundado puesto que la falta de una decisión individual de expulsar a los demandantes no podía ser atribuida al estado italiano, sino que ésta se debió a que los solicitantes se habían negado a presentar sus documentos de identidad a fin de que se realizara la identificación individual de éstos.

Parece evidente que los hechos de los asuntos mencionados son bastante diferentes de los del caso “N. D. y N. T.”. Es claro que en estos dos asuntos hay una conducta voluntaria de los demandantes al presentar de forma conjunta la solicitud de asilo o al negarse a colaborar con las autoridades del estado receptor. Ahora bien, a sabiendas de que la libertad es uno de los elementos constitutivos de la voluntad, la pregunta es si efectivamente N. D. y

N. T. actuaron voluntariamente. Mi opinión es que no, pues creo que, al resolver en esos términos, la Gran Sala ignoró que en general los migrantes no tienen opciones. Al margen de casos excepcionales, en líneas generales éstos tienden a compartir ciertos aspectos comunes, como son la pobreza, el desempleo, los bajos niveles de educación, proceder de países menos desarrollados, etc. Son estas circunstancias las que los impulsan a poner en riesgo su vida, salud, integridad física y psíquica y la de sus familias en busca de algo mejor. Y cuando digo *algo mejor* me refiero a un lugar donde puedan vivir en paz y con seguridad, sin guerras, sin discriminación ni persecuciones, donde puedan acceder al menos a los derechos básicos. Es que justamente muchas de las personas migrantes como los demandantes de este proceso se encuentran en tal extrema situación de vulnerabilidad que los empuja a someterse a contextos de sumo peligro, como cruzar mares en embarcaciones precarias o saltar vallas de varios metros de altura. Sobre ello, se ha indicado que *“(d)esde un enfoque de derechos humanos, la vulnerabilidad en el contexto de la migración hace referencia a circunstancias definidas por la afectación de derechos básicos. Las causas que conducen a la migración y determinan cómo se migra –de manera irregular, precaria, riesgosa–, así como las condiciones de vida de migrantes en el país en el que transitan o residen, son las que crean o profundizan esa vulnerabilidad, mensurable por los derechos que efectivamente ejercen o, mejor dicho, que se les niegan o recortan. La vulnerabilidad no está en la persona, ni en cierta condición de cada una –nacionalidad, sexo, edad, origen étnico, etc.– sino en las restricciones en sus derechos humanos, muchas veces impuestas con base en esos factores”* (el destacado me pertenece) (CERIANI CERNADAS, 2016, p. 103).

Como vimos, migrantes como N.D. y N.T. pasan mucho tiempo hasta poder llegar al lugar *de la prosperidad*. En el camino, ponen en riesgo su vida. Llama la atención entonces que se piense que, si estas personas, al igual de los miles que intentaron cruzar alguna vez esas vallas, contaran con una vía legal verdaderamente factible y más segura que esa, no la hubiesen ejercitado. Ello puede demostrar, al menos a modo de indicio, que el procedimiento legal para solicitar protección internacional (en embajadas, consulados, o en el paso

fronterizo de Beni Enzar que señala la Gran Sala) no es en los hechos una alternativa viable para personas como N. D. y N. T.

Si nos preguntamos el *por qué* de una decisión como la presente, creo que un factor que tiene un impacto sustancial en el tratamiento que los estados brindan a los migrantes es, en muchos casos, la imagen social o el discurso que se construye en torno de ellos. Como suele suceder con *las otredades*, a la persona migrante se la discrimina, se la suele observar como una amenaza económica, cultural, de seguridad, o en el mercado de trabajo. Se tiene muchas veces un erróneo concepto de ésta; una suerte *demonización*. Se ha referido que es justamente eso lo que legitima, por ejemplo, la adopción de medidas cada vez más punitivas hacia las personas migrantes y solicitantes de asilo (CERIANI CERNADAS, 2016: p. 107)²⁸, así como el endurecimiento de las políticas migratorias y, dentro de éstas, de los controles fronterizos²⁹.

Como se destacó en alguna oportunidad en este trabajo, el derecho internacional reconoce a los estados la facultad soberana de regular la entrada de personas no nacionales a su territorio. Ahora bien, es importante tener presente que dicha competencia no es un cheque en blanco, sino que debe ser ejercida bajo estricto respeto por las normas internacionales de derechos humanos, a las que los propios estados se han sometido de forma voluntaria. Dictar leyes –en sentido amplio– al margen de dichos estándares conlleva a vaciar de contenido toda esa normativa internacional, tornarlas inoperantes y quitarles todo efecto práctico. Es así que, aun cuando el estado español haya alegado como defensa en este caso su responsabilidad por ser frontera exterior

²⁸ CERIANI CERNADAS destaca el importante rol que tienen los medios de comunicación en las políticas migratorias. Señala que “(d)iversos estudios han evidenciado su rol en la difusión de mensajes peyorativos, estereotipados o tergiversados sobre las migraciones, creando un imaginario social que luego incide en la propia definición o legitimación de la política migratoria. También se ha advertido acerca del papel de determinados medios de comunicación en ciertas instancias electorales, favoreciendo a partidos políticos conservadores o de extrema derecha caracterizados por su discurso antinmigración” (CERIANI CERNADAS, 2016: p. 108).

²⁹ A modo de ejemplo, en un documental reciente de la Deutsche Welle (DW) describe la ideología de los movimientos más extremistas en punto a los migrantes en diferentes países europeos como Italia, Hungría, Austria, Alemania, Francia. Algunos de los seguidos de dichos movimientos identitarios de extrema derecha describen a los migrantes como *parásitos*, utilizan frases xenófobas como *Alemania para los alemanes*, *Fuera extranjeros*, entre otras consignas que en cierta forma rememoran parte de la ideología totalitaria de la primera mitad del siglo XX. (Deutsche Welle, “Las raíces históricas de los nazis modernos”, DW documental. Accesible en: <https://www.youtube.com/watch?v=IZubgY5ZI5Y>).

del espacio Schengen y sus facultades soberanas para legislar y decidir en materia de migración, lo cierto es que todas esas competencias deben ejercerse con pleno respeto a los derechos y garantías prescriptos por los instrumentos de derechos humanos que lo obligan.

Hay otra cuestión que me parece relevante destacar de la sentencia de la Gran Sala en particular, y de la política migratoria en general. Como se indicó, en la resolución de febrero de 2020, el Tribunal refirió que si los demandantes hubiesen tenido alguna dificultad para acercarse al puesto fronterizo de Beri Eznar no era éste un hecho respecto del cual el estado español tenía que responder. Creo que es un punto interesante para destacar, pues ello pone de manifiesto los desafíos que plantea la gestión de los flujos migratorios, y los conflictos que conlleva querer solucionar un problema complejo y universal con respuestas nacionales y centradas en la soberanía estatal.

A modo de cierre, huelga resaltar que la pandemia de Covid-19 ha puesto en evidencia las fragilidades de las diferentes sociedades. Esta pandemia no distingue a la hora de contagiar, pero tiene un impacto diferenciado en los distintos grupos sociales. En este contexto, las personas migrantes han sido parte de las grandes afectadas. Por un lado, porque una de las primeras medidas adoptadas por los estados de todo el mundo tras la declaración de la pandemia en marzo de 2020, fue el cierre de sus fronteras³⁰. Si bien a lo largo del año los estados las han abierto nuevamente de forma progresiva, la emergencia de la denominada *segunda ola* conllevó a nuevas restricciones. Por el otro lado,

³⁰ Ante el cierre de fronteras en muchos estados a nivel global, el ACNUR dictó el 16/03/2020 las “Consideraciones Jurídicas sobre el acceso al territorio para las personas en necesidad de protección internacional en el contexto de la respuesta frente al Covid-19”, accesible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5e74e29a4.html> (fecha de consulta: 08/01/2021). A su turno, en la Declaración de la Corte IDH 1/2020 del 09/04/2020 sobre “Covid-19 y Derechos Humanos: problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos respetando las obligaciones internacionales” se establece que las medidas que se adopten en el marco de la pandemia que puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de los derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, razonables, estrictamente necesarias, proporcionales, etc., y se destaca la necesidad de tutelar los derechos a la vida, a la salud y garantizar los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de ciertos grupos sociales que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, entre ellos, las personas migrantes, refugiados y apátridas (Accesible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf (fecha de consulta: 08/01/2021)).

porque las condiciones de vida en los campamentos de refugiados son deplorables: la población vive hacinada, sin condiciones de higiene mínimas y carecen de elementos fundamentales para evitar el contagio del Covid-19, como el agua, jabón y un refugio donde aislarse correctamente. Por eso es que suele referirse a que esta crisis del Covid-19 agravó la situación de los migrantes, quienes ya se encontraban en un contexto de vulnerabilidad. Es la crisis dentro de otra crisis: a la crisis del desplazamiento se le sumó una crisis sanitaria mundial.³¹

III. Conclusiones

La redacción de este trabajo se desarrolló en el marco de la pandemia por el Covid-19. Los pronósticos sobre el futuro cercano, a nivel global, no son para nada alentadores. Se pronostica un gran impacto en la economía mundial como consecuencia de esta situación ciertamente extraordinaria. Esta circunstancia se suma a los problemas existentes en diferentes países como las guerras civiles, las persecuciones étnicas, religiosas, de género, políticas, atentados, golpes de estado, pobreza, y otros, que, como se dijo, son algunos de los motivos que provocan los desplazamientos humanos.

En este contexto, parece claro que el fenómeno migratorio no va a detenerse. Ante ello, se espera que la sentencia del Tribunal de Estrasburgo de febrero del corriente año en el caso analizado sea sólo una excepción y que dicha doctrina no persista en el tiempo. Es insoslayable que se comprenda que migrantes como los actores de ese caso son personas que carecen de opciones y que necesitan protección, no castigo; que son personas que escapan de la violencia, la inseguridad, del hambre y, en general, de la violación a sus derechos más fundamentales.

³¹ Charla-Debate: “Personas migrantes y refugiadas: la emergencia de sus derechos”, Facultad de Derecho de la UBA y UNLa, 25 de junio de 2020. Accesible en: <http://www.derecho.uba.ar/noticias/2020/personas-migrantes-y-refugiadas-la-emergencia-de-sus-derechos> (fecha de consulta: 08/01/2021).

IV. Bibliografía

ACNUR. (2020). Consideraciones jurídicas sobre el acceso al territorio para las personas en necesidad de protección internacional en el contexto de la respuesta frente al Covid-19, 16 de marzo de 2020. Accesible en: <https://www.refworld.org.es/docid/5e74e29a4.html>;

CERIANI CERNADAS, P. (2009). *Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos*. Sur, Revista internacional de derechos humanos, año 6, nro. 10, pp. 188-214. Accesible en: <https://sur.conectas.org/es/control-migratorio-europeo-en-territorio-africano>;

— (2016). *El lenguaje como herramienta de la política migratoria*. Sur, Revista internacional de derechos humanos, volumen 13, nro. 23, pp. 97-112. Accesible en: <https://sur.conectas.org/es/el-lenguaje-como-herramienta-de-la-politica-migratoria/>;

Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR. (2001). Nota sobre Protección Internacional. 52º período de sesiones, 13 de septiembre de 2001 (A/AC.96/951). Accesible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4acaf3ec2>;

Commissioner for Human Rights. (2010). Position Paper from the Council of Europe Commissioner for Human Rights. Positions on the right to seek and enjoy asylum. Estrasburgo, 24 de junio de 2010. Accesible en <https://rm.coe.int/16806db8ab>;

Consejo de Derecho Humanos (2008). Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre los derechos

humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. Séptimo período de sesiones, 25 de febrero de 2008, A/HRC/7/12;

Corte IDH. (2020). Covid-19 y Derechos Humanos: problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos respetando las obligaciones internacionales (Declaración 1/2020), 9 de abril de 2020. Accesible en:

http://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf;

Council of Europe (1976). Collected Edition of the ‘Travaux Préparatoires’ of Protocol nro. 4 to the Convention, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto. Strasbourg. Accesible en:

<https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P4-BIL2907919.pdf>;

European Court of Human Rights. (2020). Guide on article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights. Prohibition of collective expulsions of aliens. Last update 31/12/2020. Accesible en: https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_4_ENG.pdf;

HERNÁNDEZ BOLOGNA, A. C. (2020). *Expulsiones colectivas de personas migrantes en España*. Papeles el tiempo de los derechos, Red tiempo de los derechos (Huri-Age), nro. 17. Accesible en: <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2020/02/wp-huriage-expulsiones-colectivas-17-20.pdf>;

MARTÍN, M. (19 de junio de 2020). *Interior sustituye las concertinas en Ceuta y Melilla por estructuras de barrotes*. Accesible en: <https://elpais.com/espana/2020-06-19/interior-sustituye-las-concertinas-en-ceuta-y-melilla-por-una-estructura-de-barrotes.html>;

PIZZOLO, C. (2020). *Sistema interamericano: las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios*. Revista Integración Regional & Derechos humanos, año VIII, nro. 1, pp. 38 a 78. Accesible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica-integracion-regional-y-ddhh.php>;

SEMPERE, A. (03 de diciembre de 2019). *El Gobierno comienza a retirar las concertinas en la valla de Ceuta*. Accesible en: <https://www.elmundo.es/espana/2019/12/03/5de66b7121efa0b7628b45bc.html>.

ZAMPEDRI, V. (2018). *Un mundo con lugar y derechos... ¿para todos? La situación de los refugiados en la Unión Europea*. Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet, año VI, nro. 1, pp. 31 a 54. Accesible en: <http://www.derecho.uba.ar/internacionales/catedra-jean-monnet/ravista-digital-catedra-jean-monnet.php>;

**ANÁLISIS DEL CASO “NH C. ASSOCIAZIONE AVVOCATURA PER I DIRITTI LGBTI —
RETE LENFORD”**

María Gabriela Minaggia ¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 12 de enero de 2021

Resumen

En el presente artículo se realiza un análisis del caso NH contra Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford del TJUE Asunto C 507/18. En el caso de referencia se encuentran en pugna derechos como el acceso al trabajo, la libertad de expresión y el derecho a una vida libre de discriminación. Con respecto al acceso al trabajo, se estudiará la extensión del mismo, específicamente respecto de si es necesaria o no una convocatoria actual para que éste sea vulnerado. Se analizará el valor de las palabras en relación a la libertad de expresión y el alcance de las mismas. Asimismo, se analizará la situación del colectivo LGBTIQ+ en la Unión Europea.

Palabras clave: Unión Europea-LGBTIQ+-LGBTIQ- Acceso al Trabajo- Derecho al Trabajo-Libertad de Expresión-Discriminación

Title: Analysis of the Case NH contra Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford.

Abstract

The present article is an analysis of the Case NH v. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford del TJUE Case C 507/18. In this particular case there is a clash between different rights such as access to labour, freedom of speech and the right to a life free from discrimination. With regards to access to labour, its extent will be studied, specifically relating to whether a current job call is necessary or not for it to be violated. The value of words in respect of freedom of speech and its reach will be analysed. Moreover, the situation of the LGBTIQ+ people in the European Union will be analysed.

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesora para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (Universidad de Buenos Aires, Argentina).

Keywords: European Union-LGBTIQ+-LGBTIQ-Access to Labour-Right to Work-Freedom of Speech-Discrimination.

I. Hechos del caso

NH² –en el caso se han utilizado estas siglas para resguardar su identidad– es un abogado senior de un estudio de abogados que en un programa radial expresó que él jamás contrataría a un/a abogado/a homosexual y que tampoco contrataría los servicios de personas homosexuales. Es dable destacar que, al momento de la entrevista, en el estudio de NH no se estaba realizando búsqueda laboral alguna ni había vacantes laborales, entrevistas o procedimientos similares para la contratación de empleadas y de empleados. No obstante, la Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford (de ahora en adelante “la Asociación”), una asociación formada por abogadas/os cuyo objetivo es defender los derechos de las personas que pertenecen al colectivo LGBTI³ ante la justicia, y que ha participado de múltiples campañas a favor del matrimonio igualitario y del derecho de las personas trans a poder rectificar su partida de nacimiento sin necesidad de realizarse una intervención quirúrgica entre otras, demandó a NH solicitando una indemnización por daños inmateriales, que realice una publicación en un periódico y que se establezca un plan de acción para eliminar la discriminación en su estudio jurídico. La causa estuvo radicada en una corte distrital de Bérgamo, Italia. Allí NH fue condenado y se ordenó a que le pague a la Asociación diez mil euros como compensación por los daños y ordenó la publicación parcial de la sentencia en un periódico. Sin embargo, finalmente la causa fue recurrida y se radicó en la Corte Suprema di Cassazione. Fue ésta la que elevó dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante TJUE). Las cuestiones prejudiciales son las siguientes:

² TJUE, sentencia de 23 de abril de 2020, NH y Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI — Rete Lenford, C-507/18, EU:C:2020:289.

³ En el presente artículo se utilizarán de forma indistinta “LGBTI” y “LGBTIQ+” dado a que la Asociación de rito utiliza “LGBTI”.

1) ¿Debe interpretarse el artículo 9 de la Directiva 2000/78/CE⁴ en el sentido de que una asociación, compuesta por abogados especializados en la representación y defensa ante los tribunales de una categoría de personas de orientación sexual diversa y en cuyo estatuto se prevé el objetivo de promover la cultura y el respeto de los derechos de esta categoría, es automáticamente titular de un interés colectivo y puede actuar como una asociación sin ánimo de lucro con legitimación activa para entablar acciones judiciales, e incluso una pretensión indemnizatoria, por hechos que se consideran discriminatorios contra esta categoría?

2) ¿Está comprendida en el ámbito de aplicación de las normas antidiscriminatorias establecidas por la Directiva 2000/78/CE, a la luz de la interpretación exacta de sus artículos 2 y 3, una declaración en la que se manifiesta una opinión contraria al colectivo homosexual, mediante la cual, en una entrevista mantenida durante una transmisión radiofónica de entretenimiento, el entrevistado declaró que nunca contrataría ni recurriría a los servicios de estas personas en su despacho, si bien no hubiese programado proceso alguno de selección ni actual ni futuro convocado por el mismo?

II. Acceso al empleo. Discriminación y Libertad de Expresión.

En relación con el empleo, la abogada general Eleanor Sharpston⁵ (de ahora en adelante “la abogada general”) en sus conclusiones comienza transcribiendo artículos de la Directiva 2000/78 que versa sobre la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación. De esta manera, establece rápida y contundentemente que la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho. En relación al empleo, esta directiva establece que junto con la ocupación son elementos esenciales conectados con garantizar la

⁴ Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Fecha de publicación en el Diario de las Comunidades Europeas: 2.12.2000. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078&from=ES>

⁵ TJUE, Conclusiones de la Abogada General Eleanor Sharpston de 31 de octubre de 2019, C-507/18, EU:C:2019:922.

igualdad de oportunidades para todas y todos, y que se relaciona con la participación de las ciudadanas y de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como en su desarrollo personal (Dir. 2000/78). Así, se establece la importancia del empleo para un ejercicio pleno de la ciudadanía.

En relación con la segunda cuestión prejudicial es menester aclarar si la directiva de referencia, así como el derecho de la Unión Europea *in totum*, se pueden aplicar en un caso como el presente en el cual no hay una búsqueda laboral actual en el estudio jurídico ni tampoco a futuro. Consecuentemente, debe analizarse si existe una conexión suficiente entre los dichos de NH y el acceso al empleo de integrantes del colectivo LGBTIQ+. Asimismo, en la vista oral el Gobierno italiano expresó que se debía analizar el contexto en el cual las expresiones de NH habían sido dichas, por ejemplo, si fueron dichas en un programa serio en el cual participaron políticos y empresarios o si esto ocurrió en un programa irónico. Seguidamente, la abogada general aclara esto estableciendo que hay que analizar diferentes aspectos, en primer lugar, quién es el autor de estos dichos, su condición, si es un empleador con capacidad de contratación o si puede influir en las decisiones de contratación. Es dable destacar que NH es un abogado senior, no un pasante o un abogado junior. En segundo lugar, hay que dirimir si las frases de NH fueron dichas con la intención de discriminar, y, en tercer lugar, se debe tener en cuenta el carácter público o privado de las declaraciones y su posible difusión en los medios de comunicación y en las redes sociales (DJELASSI Y MERTENS, 2020: p. 3). Del mismo modo, hay que analizar si estas declaraciones pueden disuadir a abogadas/os de dicho colectivo de presentarse a una entrevista laboral en el estudio de abogados de NH luego de haber escuchado dichas declaraciones, viendo así cercenado su derecho al acceso al trabajo. De esta manera, la abogada general establece bases sobre las cuales el Tribunal Nacional italiano deberá evaluar si el vínculo entre las declaraciones realizadas y el acceso al trabajo es o no hipotético. En el mismo orden de ideas, la abogada general afirma que, teniendo en cuenta los dichos de NH, una persona homosexual que busque trabajo en el estudio jurídico de NH será tratada de manera desfavorable, o sea no será contratada. Será

tratada de forma desfavorable en relación a otra candidata o a otro candidato en análoga situación solamente por su orientación sexual.

En cuanto al término “acceso”, la abogada general va a establecer que éste tiene que ver con las condiciones, criterios, medios y la manera de conseguir un trabajo por cuenta ajena. De ello se desprende que, si un empleador decide no contratar a un candidato o a una candidata por su orientación sexual, establece un criterio de selección y contratación discriminatorio negativo para el acceso al empleo, encuadrando perfectamente en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78. En conexión con lo expresado anteriormente en relación al vínculo entre el empleo y la ciudadanía y el ejercicio de la ciudadanía plena de las personas, ella se va a remitir a las palabras del abogado general Poiares Maduro cuando afirma que el acceso al empleo y el desarrollo profesional, involucrando esta categoría nueva en este caso, revisten fundamental importancia para cada persona porque no sólo es un medio para ganarse la vida, sino que también es un modo de realizarse y de desarrollar sus potencialidades. En el mundo actual es fundamental de una forma integral para las personas poder acceder sin discriminación al empleo. Lo que sucede es que la vida de las personas discriminadas ya no depende de su propio esfuerzo o de las opciones y oportunidades para las que están preparadas, sino que depende de los prejuicios de otras personas.

Finalmente, en relación con el acceso al empleo, ya el TJUE ha determinado, en el Asunto Feryn⁶, que éste no se refiere únicamente a las condiciones previas al nacimiento de una relación laboral, sino que también incluye los factores que influyen sobre una persona frente a la aceptación o no aceptación de una oferta de empleo. Ese caso versaba sobre la contratación de instaladoras/es de puertas, en el aviso la empresa aclaraba que no podía contratar extranjeras/os dado a la reticencia de la clientela que temía que personas extranjeras entraran en sus domicilios privados. Hay un punto clave en el razonamiento del TJUE que es que no es necesario que haya una persona damnificada específicamente, sino que excluir a extranjeras/os apriorísticamente

⁶TJUE, sentencia de 10 de julio de 2008, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV, C-54/07, EU:C:2008:397.

en la contratación iba a generar que este colectivo directamente no se presentase a la convocatoria, por tanto, se excluiría, aunque sea parcialmente, del mercado laboral a este colectivo, sin necesidad de que existiese una o un damnificada/o que alegue haber sido víctima de tal discriminación. En relación con el poder que NH ostenta sobre las contrataciones en su estudio, la abogada general lo relativiza, remitiéndose al Asunto Asociația Accept⁷ en el cual se estudiaban las expresiones de un importante accionista del Club FC Steaua que había dicho que él no tomaría a un homosexual en el equipo, en relación al futbolista X. Ahora bien, el Club de Bucarest no estaba en tratativas para contratarlo y de hecho no lo contrató, pero se presumió que esto fue así debido a los dichos del accionista. No interesa si el empresario tiene o no capacidad de contratación, no se distanció de esos dichos, lo que hace suponer que existe una práctica discriminatoria, lo que es más, aunque él no sea quien reviste legalmente la capacidad de contratación, en los hechos sí tiene relevancia. Finalmente, el hecho de que el Club no hubiera entablado negociaciones para contratar a dicho futbolista no significa que no existan prácticas discriminatorias en él.

Por consiguiente, en relación al “acceso al empleo” del artículo 3, apartado 1, letra a) de la Directiva 2000/78, se deduce que es aplicable al presente Asunto.

En cuanto a la discriminación y a la libertad de expresión, la abogada general debe hacer una interpretación de ambos derechos que están interrelacionados. En primer lugar, la abogada general destaca el principio general de no discriminación que figura en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (de ahora en adelante “la Carta”). En cuanto a la Directiva 2000/78, ésta no establece el principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación, pero sí busca ser un marco para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, de hecho, menciona específicamente la igualdad de trato respecto de hombres y mujeres. Además, éste se puede desprender de los

⁷TJUE, Sentencia de 25 de abril de 2013, Asociația Accept y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, C-81/12, EU:C:2013:275.

considerandos 3 y 4 de la Directiva 2000/78, especialmente del 4 que realiza una remisión a diferentes instrumentos de Derecho Internacional Público que tratan sobre la prohibición de discriminación y la igualdad ante la Ley. La abogada general concluye diciendo que la Directiva 2000/78 no puede tener una interpretación restrictiva, su ámbito de aplicación no puede definirse de manera restrictiva. Aprovecha para destacar, una vez más, que el empleo y la ocupación son elementos esenciales para la igualdad de oportunidad de todas y de todos. (Dir. 2000/78).

Respecto a la interrelación de los derechos que atañen al presente caso, la abogada general no desconoce que los mismos están protegidos y reconocidos por la carta en los artículos 11, apartado 1, 15, apartado 1, y 21, apartado 1, respectivamente. La libertad de expresión es uno de los pilares fundamentales de la sociedad democrática, mas no es absoluta, y no está exenta de limitaciones. Justamente el artículo 52, apartado 1 de la Carta, permite que se le impongan limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades en ella reconocidos, siempre y cuando estén establecidas por la ley y respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de las y los demás. Ella entiende que esto está dado fácticamente en el caso de autos dado que la limitación a la libertad de expresión específica está dada por la Directiva 2000/78, esta limitación está justificada en tanto y en cuanto los objetivos de la misma son la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como el logro de un alto nivel de empleo y de protección social. Por tanto, limitaciones como la de los hechos de rito son necesarias para alcanzar estos objetivos. La igualdad de trato en el empleo y la ocupación es una expresión del derecho a la protección contra la discriminación que también es un interés general reconocido por la Unión Europea. Esto también se relaciona con la magnitud de la injerencia de la limitación del derecho, que la abogada general considera apropiada y puntual. También se respeta el principio de proporcionalidad dado que la Directiva 2000/78 en su artículo primero enumera los motivos de discriminación

prohibidos, mientras que en su artículo tercero define sus ámbitos de aplicación personal y material, y todo esto está relacionado a declaraciones que estén relacionadas a temas muy puntuales que son las que constituyen una discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación. Esto es taxativo, no meramente enunciativo, por consiguiente, hay límites y ámbitos de aplicación precisos.

La abogada general hace un diálogo de fuentes al remitirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante “CEDH”) y a fallos del Tribunal de Estrasburgo. Dicho Tribunal establece que la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades y el CEDH en su artículo 10 apartado 2 permite que haya ciertas injerencias siempre que su objetivo sea la protección de la reputación o de los derechos ajenos, que estén previstas por la ley y constituyan medidas necesarias para una sociedad democrática. De hecho, ella cita el Asunto *Vejdeland y otros c. Suecia*⁸, en el cual se condenó a un grupo de personas por distribuir folletos en una escuela en los que se expresaba menosprecio por los homosexuales. De igual modo, el Tribunal de Estrasburgo equiparó la discriminación basada en orientación sexual a la discriminación por raza, origen o color, estableciendo que es igual de grave que éstas. Se recalca que las personas no sólo tienen derechos y libertades, sino que también tienen obligaciones.

En relación con la primera cuestión prejudicial que se vincula con la legitimación, referida a la Asociación con arreglo al artículo 9, apartado 2 de la Directiva 2000/78, la abogada general se remite al asunto *Feryn* en el cual el TJUE sostiene que una organización no gubernamental tiene legitimación, siempre y cuando cumpla con determinados criterios que ella lista en sus conclusiones, pero destaca los principios de equivalencia y de efectividad. El primero está relacionado con la exigencia de que la norma controvertida se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho de la Unión, mientras que el segundo tiene que ver con el hecho de deducir si una

⁸ TEDH, 9 de febrero de 2012, *Vejdeland y otros c. Suecia*, CE:ECHR:2012:0209JUD000181307.

disposición nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión. Si esto es así, ésta debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, su desarrollo y sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales. Sucintamente ella lista los siguientes aspectos a tener en cuenta: i) la definición de asociaciones que tengan un interés legítimo es una cuestión reservada al Derecho nacional; ii) esas asociaciones hacen respetar los derechos y las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión, y iii) se han de aplicar, por lo tanto, los principios de equivalencia y efectividad. Los órganos jurisdiccionales nacionales son los únicos competentes para apreciar estos aspectos. En otro orden de ideas, ella establece que no importa si las abogadas, los abogados y las y los pasantes pertenecen al colectivo LGBTI, realizando un parangón con asociaciones que defienden la flora y la fauna, para establecer que no es necesario pertenecer al colectivo protegido para que una asociación tenga legitimación activa. Finalmente, establece que la determinación y la definición de asociaciones que tengan un interés legítimo en la cuestión es una competencia reservada al Derecho nacional, pero una asociación que tenga un interés legítimo, tiene legitimación activa, puede demandar e incluso puede pedir una indemnización, todo esto ciñéndose al Derecho nacional (BELAVUSAU, 2020: p. 6).

En cuanto a la sentencia del TJUE, ésta se alinea con las conclusiones de la abogada general. De igual modo, comienza tratando la segunda cuestión prejudicial primero, para luego analizar el *locus standi* respecto de la Asociación.

Es menester destacar que la Directiva 2000/78 no remite al Derecho de los Estados Miembros de la Unión Europea para que éstos definan las condiciones de acceso al empleo, como consecuencia, al no haber una remisión expresa, esto debe ser analizado y definido de forma uniforme y autónoma para estar en consonancia con el principio de igualdad. Debe interpretarse y aplicarse en toda la Unión Europea en base a este principio de igualdad.

En relación a la segunda cuestión prejudicial y al hecho de que no se estaba llevando a cabo entrevista o búsqueda laboral alguna, el TJUE ha dicho que eso no exceptuaba a las declaraciones de caer dentro de la esfera de la Directiva

2000/78, si bien hay que analizar que este vínculo no sea hipotético, mas eso debe ser apreciado por el órgano jurisdiccional nacional. Realiza, entonces, el TJUE una remisión a los criterios que elaboró la abogada general (BELAVUSAU, 2020: p. 7).

En su análisis sobre la libertad de expresión, el TJUE vuelve a establecer, en consonancia con las conclusiones de la abogada general, que las limitaciones a la libertad de expresión son precisas y específicas y que éstas deben respetar el principio de proporcionalidad. Por otra parte, las limitaciones que establece la Directiva 2000/78 son necesarias para garantizar sus objetivos y versan únicamente sobre temas atinentes a ellos.

Finalmente, en su análisis de la primera cuestión prejudicial, para determinar si la Asociación posee *locus standi* o no, el TJUE vuelve a establecer que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional permita que las asociaciones con objetivos pertinentes, como la del presente caso, justamente en base a su objeto y con independencia de su eventual ánimo de lucro, posean legitimación activa para entablar un procedimiento judicial destinado a exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 2000/78 incluso pudiendo obtener una reparación cuando se producen hechos discriminatorios contra una categoría o un colectivo de personas y no haya una persona perjudicada identificable.

III. La aplicación de la Odisea al presente caso.

La abogada general comienza sus conclusiones referenciando a La Odisea “Ἐπεα πτερόεντα, aladas palabras”, a las palabras se las lleva el viento, pero, también se diseminan rápidamente. Esto, quizás, podría relacionarse con la conocida frase atribuida a Cayo Tito “*Verba volant, scripta manent*”. Destacándose así la importancia de la palabra escrita, por sobre la oral. Quizás habría que recalcar se cree que La Odisea fue transmitida, en sus comienzos, de forma oral.

No obstante, hay que ponderar, y la abogada general lo hace, el hecho de que nos encontramos en una época con múltiples medios de comunicación y redes sociales. Por ende, unas palabras dichas en un programa no son simplemente llevadas por el viento, sino que realmente se disemina rápidamente.

En Grecia existía una noción de parresía, desarrollada por MICHEL FOUCAULT y que hoy, según Belavusau, la traducción más fidedigna sería “franqueza cuando se habla de la verdad”. En francés sería más parecido a *francparler*. Quien encuadra en esta situación “dice todo”. Esto no debería ser confundido con el concepto de isegoría que significaría que todos tienen el mismo derecho de voz en una democracia. La parresía se refiere a una forma de discurso no así a un derecho (BELAVUSAU, 2010: p. 176).

Nuevamente, es interesante destacar cómo la abogada general se vale del poema épico griego para comenzar a plantear una de las cuestiones principales del Asunto, la libertad de expresión y el valor de las palabras. Esto demuestra cómo La Odisea, como la literatura y las interpretaciones que le hemos dado a la misma, han sido formadoras de nuestra realidad. La Odisea expresa una suerte de proto derecho de gentes. Los mitos tienen significación normativa en tanto y en cuanto son una instancia normativa a la cual apela el orador al mismo tiempo que son una expresión de la realidad social (ASSENZA, 2016: p. 167).

A modo de conclusión, me gustaría resaltar que donde creo que más se relacionan los hechos del caso con La Odisea es en el valor de las palabras. Hay determinadas interpretaciones del texto que entienden que uno de sus mensajes es que las palabras y las acciones importan a la hora de convertirnos en quienes somos. Rechazando así la dicotomía entre el discurso y la acción y dándole igual importancia a las palabras. Con lo cual la defensa, en el caso concreto, de que no había ningún proceso de contratación, perdería fuerza porque las palabras ya tendrían suficiente fuerza para constituir una práctica discriminatoria respecto del acceso al trabajo. Este confort que nos da asumir que tenemos menos responsabilidad por lo que decimos que por lo que hacemos de vería desdibujado a la luz de este poema (CLARK, 2017: p. 135).

IV. Situación de la comunidad LGBTIQ+ en la Unión Europea en relación al empleo.

La Comisión Europea (de ahora en adelante “La Comisión”) ha destacado que el 76% de la ciudadanía europea encuestada estaba de acuerdo en que las personas integrantes del colectivo LGBTIQ+ debían tener los mismos derechos que las personas heterosexuales. Esto supone un incremento respecto del 71% del año 2015. No obstante, la Comisión también entiende que las personas pertenecientes al colectivo LGBTIQ+ pueden sufrir discriminación en diferentes ámbitos de sus vidas incluyendo y mencionando de forma conspicua la búsqueda laboral. Además, pueden enfrentarse a la incitación al odio, a la violencia y sentirse inseguras e inseguros en diferentes ámbitos incluyendo los lugares de trabajo. Igualmente, la Comisión menciona que en 2015 ella presentó una lista de acciones para mejorar la igualdad del colectivo LGBTIQ+ siendo el empleo uno de los pilares fundamentales.

En una inteligencia similar, la Comisión en su “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Unión de la Igualdad: Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025”⁹ afirma que en el ámbito laboral las personas pertenecientes al colectivo de referencia siguen sufriendo discriminación en el proceso de contratación, en el lugar de trabajo y al final de la carrera profesional. Menciona que muchas de estas personas tienen dificultades para conseguir un trabajo justo y estable, lo que las coloca en una mayor situación de vulnerabilidad dado a que aumentan el riesgo de caer bajo la línea de pobreza, ser excluidas/os socialmente y terminar en situación de calle.

De igual modo, me gustaría destacar es el hecho de que la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (de ahora en adelante “la

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Unión de la Igualdad: Estrategias para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020-2025. Fecha del comunicado: 12 de noviembre de 2020. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0698&from=EN>

Agencia”) destacó a la Directiva 2000/78 como uno de los avances para la igualdad del colectivo LGBTIQ+. Sin embargo, la Agencia cuando analizó una encuesta realizada para su informe del año 2020 obtuvo los siguientes resultados: 21% de las personas del colectivo LGBTIQ+ se sentían discriminadas en el trabajo, 10% mientras buscaban trabajo y un 26% ocultaba pertenecer al colectivo LGBTIQ+ en el trabajo. Asimismo, el informe tiene pequeños extractos de ciudadanas/os de la Unión Europea que relatan sus experiencias laborales en las que hay actos de discriminación (O’FLAHERTY, 2020: p. 31).

V. Conclusión personal.

Considero que este fallo es de vital importancia para la comunidad LGBTIQ+ ya que pone de manifiesto como en una sociedad hetero y cis normativa hay una plétora de situaciones cotidianas que quizás para quien las lleva a cabo son una nimiedad, como el presente caso, pero que tienen un profundo impacto para el colectivo de rito y que, como en el caso en particular, pueden impedir que accedan a determinadas oportunidades a las que otra persona en la misma situación que ellas, salvo por su orientación sexual o identidad de género, accedería sin mayores complicaciones.

Es importante que este colectivo sea reconocido y protegido por la Unión Europea y eso incluye al TJUE. Este fallo es muy concreto y certero en su objetivo que es que se aplique la Directiva 2000/78 que aboga por el acceso al trabajo de forma igualitaria y sin discriminación.

Asimismo, me parece importante destacar el análisis que realiza la abogada general en relación a la libertad de expresión, pero a que ésta puede estar limitada si ello implica proteger a determinado colectivo, siempre y cuando esa limitación sea proporcional. De igual modo, es central el rol que ella le da a las palabras del abogado en su análisis al respecto de si éstas son suficientes. Otro razonamiento que sigue los lineamientos del TJUE es el que especifica que no es necesario que haya una persona damnificada específicamente por las palabras de NH, sino que sus palabras ya constituían un detrimento ya que influían sobre el colectivo.

Finalmente, me gustaría destacar el diálogo de fuentes y también de interpretaciones que la abogada general realiza cuando se remite a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que el presente caso versa sobre los derechos humanos del colectivo LGBTQ+ y ella logra conjugar las interpretaciones de dicho Tribunal, que sería la quintaescencia de la interpretación de los Derechos Humanos en Europa, con los hechos del presente caso en la redacción sus conclusiones. En un modo similar, es de vital importancia vislumbrar cómo el acceso al trabajo es analizado en las conclusiones de la abogada general y en la sentencia del TJUE como un derecho humano o, por lo menos, un derecho que está en íntima relación con los derechos humanos, así como con el pleno desarrollo de la ciudadanía. Visto de este modo, se puede apreciar cómo hoy en día, del mismo modo como hay un diálogo de fuentes, también hay una interrelación de derechos. Se analiza cómo la vulneración de un derecho tiene incidencia en otros. Cada vez vivimos en un mundo más interconectado, creo que esa interconexión nos hace darnos cuenta de que una persona y sus circunstancias están atravesadas por una multiplicidad de elementos, dentro de los cuales están los derechos, y que éstos no son compartimentos estancos y aislados, sino que están en constante interacción.

VI. Bibliografía.

ASSENZA, C. (2016). La transmisión histórica de La Odisea desde el aspecto normativo del mito. *AURA. Revista de Historia y Teoría del Arte* – N° 4. pp. 160-169. Accesible en: <http://ojs.arte.unicen.edu.ar/>

BELAVUSAU, U. (2010). Judicial Epistemology of Free Speech Through Ancient Lenses. *International Journals for the Semiotics of Law*. VL. 23. pp. 165-183. Accesible en: <http://hdl.handle.net/1814/13512>

— (2020). The NH Case: On the “Wings of Words” in EU Anti-discrimination Law. *European Papers Journal*. Vol. 5. No. 2. pp. 1001-1020. Accesible en:

https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/nh-case-wings-of-words-in-eu-antidiscrimination-law#_ftn7

CLARK, S. Traducción de ALLORI, A. (2017). La Odisea de un abogado: conversaciones constitutivas en la Literatura y el Derecho. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Año 15. N° 1. pp. 155.174. Accesible en: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-15/Revista_Juridica_Ano15-N1_08.pdf

DJELASSI, A. y ROMAIN, M. (8 de junio de 2020). Déclarations publiques discriminatoires: la Cour de justice étend la protection contre les discriminations dans l’emploi. Accesible en: <https://www.iee-ulb.eu/blog/actualites/la-cjue-etend-la-protection-contre-les-discriminations-dans-lemploi/>

European Union Agency for Fundamental Rights (2020). *A long way to go for LGBTI equality*. Accesible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2020-lgbti-equality-1_en.pdf

Comisión Europea (2020). *En Portada. La UE y la igualdad de las personas LGBTI*. Accesible en: <https://op.europa.eu/webpub/com/factsheets/lgbti/es/>
— (2020). List of actions to advance LGBTI equality-2015-2019. Accesible en: https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025/list-actions-advance-lgbti-equality-2015-2019_en

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
(SALA TERCERA) 16 DE JULIO DE 2020.
ASUNTOS ACUMULADOS C-133/19; C-136/19 Y C-137/19**

Jazmín Blanchiman¹

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 15 de enero de 2021

Resumen

A partir del análisis de fallo se observan las carencias de los Tribunales Europeos al momento de hacer efectivos los estándares internacionales de Derechos Humanos contemplados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, a saber, derecho a ser oído y defensa técnica especializada de la niñez.

Palabras clave: Unidad familiar – derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos – defensa técnica de la niñez – política migratoria.

Title: Judgment of the Court of Justice of the European Union (third chamber), July 16, 2020. Joined cases C-133/19, C-136/19 and C-137/19.

Abstract

From the analysis of the judgment, the shortcomings of the European Courts are observed at the moment of making effective the international standards of Human Rights contemplated in the International Convention on the Rights of the Child, namely, the right to be heard and the specialized technical defense of children.

Keywords: Family unity - children's right to be heard - technical defense of children - migration policy.

¹Magistrada Titular por concurso del Juzgado de Familia Nro. 1 de Quilmes. Especialista en Administración de Justicia (Universidad Nacional de la Plata, Argentina).

I. Introducción

La jurisprudencia a analizar claramente pone a la postre uno de los temas que se encuentran en agenda en la actualidad la Unión Europea: Política Migratoria en materia de Derecho Familia con anclaje en una cuestión fundamental los niños, niñas y adolescentes, ante una clara ausencia de la defensa técnica especializada.

II. Análisis del caso: situación fáctica

El 20 de Marzo de 2012, B.N. M, quien resultó ser nacional de un tercer país beneficiario del estatuto del refugiado en Bélgica, presentó en representación de sus hijos B.S, B.M y B.M.O ante la Embajada en Bélgica en Conakry (Guinea) solicitudes de autorización, residencia de amparo y reagrupación familiar sobre la base del Art. 10, ap. primer párrafo, punto 4, tercer guión de la Ley 15 de Diciembre de 1980. Ambas solicitudes fueron denegadas.

Posteriormente, el 9 de Diciembre de 2013 B.N.M se presentó en la Embajada de Bélgica en Dakar (Senegal) donde solicitó nuevas solicitudes de autorización de residencia basada en la misma normativa.

Con tres resoluciones del 25 de Marzo de 2014, las autoridades competentes Belgas denegaron las solicitudes de autorización de residencia , ya que utilizaron información falsa o documentos falsos o falsificados. Sumado a ello, indicaron que B.N.M no había declarado en su oportunidad la existencia de su hijo B.M.O en su declaración de residencia, además de que había alcanzado la mayoría de edad.

Ante estas circunstancias interpusieron recursos ante el Consejo Contencioso de Extranjería, quien el 31 de Enero de 2018 declaró la inadmisibilidad de las pretensiones de las partes en ejercitar la acción, ya que consideran como requisito objetivo que este debe subsistir al momento de interponer el recurso y hasta que se dicte sentencia. Amplió formulando que ante estas condiciones no configura la reagrupación familiar.

La citada resolución fue apelada por el interesado ante el Consejo de Estado de Bélgica, alegando que la decisión tomada por el órgano inferior se contrapone con la directiva 2003/86 en cuanto al pleno goce del derecho a la reagrupación familiar y el derecho a la tutela judicial efectiva, además de utilizar un argumento procesal irrisorio por considerar la cuestión abstracta, ya que B.M.O había alcanzado la mayoría de edad.

Ante esta situación, el Consejo de Estado decidió suspender el proceso y formular la siguiente cuestión prejudicial:

En los asuntos C-133/19 y C-136/19:

1) Para garantizar la eficacia del Derecho de la Unión Europea y no hacer imposible el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar que, según la recurrente, le confiere el artículo 4 de la Directiva 2003/86, ¿debe interpretarse esta disposición en el sentido de que el hijo del reagrupante puede acogerse al derecho a la reagrupación familiar cuando alcance la mayoría de edad durante el procedimiento judicial contra la resolución por la que se le deniega dicho derecho y que se adoptó cuando aún era menor?

2) ¿Deben interpretarse el artículo 47 de la [Carta] y el artículo 18 de la Directiva 2003/86 en el sentido de que se oponen a que se declare la inadmisibilidad del recurso de anulación interpuesto contra la denegación del derecho a la reagrupación familiar de un hijo menor de edad por haber alcanzado la mayoría de edad durante el procedimiento judicial, ya que se le privaría de la posibilidad de que se resuelva el recurso interpuesto contra dicha resolución y se menoscabaría su derecho a la tutela judicial efectiva?

En el asunto C-137/19:

¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, [párrafo primero], letra c), de la Directiva 2003/86, en su caso en relación con el artículo 16, apartado 1, de dicha Directiva, en el sentido de que exige que los nacionales de terceros países, para ser considerados “hijos menores” en el sentido de esa disposición, no solo sean “menores” en el momento de la presentación de la solicitud de concesión de la residencia, sino también en el momento en el que la Administración se pronuncie en última instancia sobre dicha solicitud?

Por último, mediante decisión del Presidente del Tribunal de Justicia de 12 de marzo de 2019 se acumularon los asuntos C-133/19, C-136/19 y C-137/19 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento y de la sentencia.

III. Marco normativo: La directiva 2003/86 y el Derecho Belga

Recordemos que la directiva como normativa derivada del derecho originario de la Unión Europea obliga al estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios (ALONSO GARCÍA, 1989: p. 322).

Molina del Pozo, al respecto tiene dicho que son normas que realizan un compromiso entre el reconocimiento de poderes a las instituciones de la UE y el mantenimiento de ciertas competencias a nivel de los Estados. La inmediatez federal queda paralizada debido a la necesaria intervención del estado.

En resumidas cuentas, la directiva es una normativa derivada que no tiene alcance general y establece obligaciones de resultado a los Estados, debiendo estos realizar todos los esfuerzos necesarios a fin de dar cabal cumplimiento con la misma en el ordenamiento interno, ya que previamente se ha atribuido el ejercicio de competencias soberanas a las instituciones supranacionales.

En esta cuestión prejudicial se trató la Directiva 2003/86 sobre reagrupación familiar que consagró como principio fundamental lo siguiente: *“Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional. La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*

Sumado a lo expuesto, resulta terminante en materia de reagrupación al familiar al enunciar: *“La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia.*

Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado.”

Menciona también los requisitos necesarios: “Con el fin de garantizar la protección de la familia, así como el mantenimiento o la creación de la vida familiar, es importante fijar, según criterios comunes, las condiciones materiales para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.”

Por último en su Art. 4 define a los fines de la regulación pertinente que entiende por familia: Los Estados miembros autorizarán la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV y en el artículo 16, de los siguientes miembros de la familia:

a) el cónyuge del reagrupante;

b) los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos en virtud de una resolución adoptada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado miembro o que debe reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales;

c) los hijos menores, incluidos los adoptivos, del reagrupante, cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento;

d) los hijos menores, incluidos los hijos adoptivos, del cónyuge, cuando éste tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo. Los Estados miembros podrán autorizar la reagrupación de los hijos cuya custodia se comparta, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.

e) Los hijos menores citados en el presente artículo deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no estar casados.

Excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de la aplicación de la presente Directiva.

En cuanto al Derecho Belga, si bien recepta alguna cuestiones de la presente directiva, en su art. 4: *“los siguientes miembros de la familia de un extranjero admitido o autorizado, al menos doce meses antes, para residir por tiempo ilimitado en el Reino o autorizado, al menos doce meses antes, para establecerse en él. Este período de doce meses no será aplicable si el vínculo conyugal o la unión de hecho registrada existía antes de la llegada del extranjero reagrupante al Reino o si estas personas tienen un hijo común menor de edad, o si se trata de miembros de la familia de un extranjero a quien se ha concedido el estatuto de refugiado o de beneficiario de protección subsidiaria:*

– el cónyuge extranjero o el extranjero con el que se mantenga una unión de hecho registrada considerada equivalente al matrimonio en Bélgica, que venga a convivir con él, a condición de que ambos tengan más de veintiún años de edad. Sin embargo, esta edad mínima se reducirá a dieciocho años si la relación matrimonial o, en su caso, la unión de hecho registrada ya existía antes de que el extranjero reagrupante llegase al Reino.

– los hijos comunes que vengan a vivir con ellos antes de alcanzar la edad de dieciocho años y estén solteros;

– los hijos del extranjero reagrupante, de su cónyuge o de la pareja registrada mencionada en el primer guion que vengan a vivir con ellos antes de cumplir los dieciocho años de edad y estén solteros, siempre que el extranjero reagrupante, su cónyuge o dicha pareja registrada tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo, o, en caso de custodia compartida, siempre que el otro titular del derecho de custodia haya dado su consentimiento.”

IV. Política migratoria

Si bien la determinación de la política resulta una cuestión primordial para el Derecho de la Unión Europea, los derechos a la protección a la vida familiar y el respeto por la vida privada actúan como un claro límite de aquella facultad, y, ello ha sido reconocido tanto por la Corte Europea de Derechos Humanos, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En nuestro continente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la jurisprudencia de otros órganos de supervisión internacional; tal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; pueden aportar elementos constructivos para la interpretación y aplicación de derechos que son comunes a los sistemas regionales e internacionales de Derechos Humanos².

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que es propio de los Estados para mantener el orden público y, en particular, mediante el ejercicio de esa facultad, y por razones de derecho internacional y de las obligaciones que emergen de esas normas internacionales, controlar el ingreso y la residencia de los extranjeros.

Al respecto ha sostenido que, a fin de mantener el orden público, los Estados tienen el poder de autorizar o rechazar el ingreso de extranjeros, expulsarlos o deportarlos³, y, al momento de analizar la proporcionalidad de esas medidas, las autoridades nacionales gozan de un cierto margen de apreciación; tal como ha ocurrido en la especie⁴.

Sin embargo, el ejercicio de esta potestad estadual, de acuerdo a lo expuesto precedentemente, encuentra su límite en los valores fundamentales de las sociedades democráticas modernas. Las políticas migratorias deben garantizar una decisión individual fundada, con las garantías del debido proceso,

²CIDH, Informe 56-06 "Wayne Smith vs. Estados Unidos", 20 de julio de 2006, nota 33.

³TEDH, sentencia de 23 de Junio de 2008, "Maslov vs. Austria", asunto n° 1638/03.

⁴TEDH, sentencia de 21 de Junio de 1988, "Berrehab vs. Países Bajos", asunto n° 10730/84.

debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y mental, a la vida familiar y el derecho de los niños de obtener medios de protección especial; entre ellos, el derechos a ser oídos y gozar de una defensa técnica especializada.

En el caso en análisis, la definición del "concepto de hijo menor" resulta clave, teniendo en cuenta que es el padre quien acciona judicialmente en representación de sus hijos menores a fin de hacer valer sus derechos a la reagrupación familiar. Sobre este punto resulta necesario efectuar algunas precisiones en materia de derecho.

V. El derecho a ser oído y la defensa técnica internacional de la niñez

En el caso, B.M.M. padre de los niños menores B.S., B.M. y B.M.O., nacional de un tercer país beneficiario del estatuto de refugiado en Bélgica; y en nombre y representación de ellos, presentó en varias oportunidades ante las autoridades, una solicitud de reagrupación familiar en dicho Estado, las que fueron rechazadas. Frente a ello, interpuso recurso de casación ante el Consejo de Estado Belga.

En el Derecho internacional, la Convención sobre los Derechos de Niño establece en su art. 1 que "se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años de edad". Este es el parámetro utilizado en Europa para definir qué se entiende por niño. En el Derecho de la Unión Europea (en adelante UE) no existe una definición formal única de "niño" ni en los tratados, ni en el Derecho derivado, ni en la jurisprudencia. La definición de niño puede variar considerablemente dentro de la legislación de la UE, dependiendo del contexto regulador.

Así, la legislación de la UE que regula los derechos de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y sus familiares define a los "menores" como los "descendientes directos menores de 21 años o a cargo", atendándose a una noción biológica y económica opuesta a la basada en la minoría de edad

A modo de ejemplo, ciertos actos de la UE asignan diferentes derechos a los niños en función de su edad. La Directiva 94/33/CE, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, por ejemplo, regula el acceso de los niños al trabajo

formal en la Unión, distinguiendo entre jóvenes (un término global que incluye a todos los menores de 18 años), los adolescentes (los que van entre los 15 y 18 años) y los niños, es decir los menores de 15 años, a quienes les está prohibido trabajar.

Pero, volviendo al análisis del fallo, y más allá de que uno de los peticionantes alcanzó la mayoría de edad durante la tramitación del proceso, no se verifica en el caso que se hayan cumplido con las garantías del debido proceso especial, el que debió adaptarse a los actores en su calidad de niños.

Varias disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE prevén derechos básicos de acceso a la justicia que avalan las garantías de un proceso equitativo para adultos y niños.

El art. 47 trata en particular sobre el derecho a una tutela efectiva y a un juez imparcial; y establece requisitos de especial relevancia para los niños, tales como el derecho a ser oídos dentro de un plazo razonable y contar con asistencia jurídica especializada. Ningún operador administrativo y/o judicial del Estado oyó a los niños B.S., B.M. y B.M.O. involucrados en esta contienda y respecto de los cuales se estaba decidiendo su futuro. Simplemente, nadie les preguntó donde querían vivir.

La participación de los niños y adolescentes en las decisiones relacionadas a su vida personal obliga a los Estados a prever el modo de resolver los conflictos que puedan suscitarse frente a su intervención u opinión.

El derecho a ser oído tiene como contracara el deber de escuchar, por parte de quienes tienen el poder y la responsabilidad de tomar decisiones, respecto de las cuestiones que afectan al niño, niña y adolescente. Por lo tanto, y por la importancia de su injerencia, esta escucha debe ser activa, teniendo en cuenta su edad y grado de maduración.

Si bien el art. 8 de la CEDH no reconoce a los padres inmigrantes y a sus hijos un derecho absoluto a elegir dónde quieren vivir, ello no es óbice para el ejercicio pleno de los derechos inherentes a los peticionantes en su condición de niños. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto "Sen vs Países Bajos" confirmó que para encontrar un equilibrio entre los derechos

del niño y de la familia, y los intereses generales del orden público deben tenerse en cuenta tres factores claves: la edad del niño; su situación en el país de origen y su grado de dependencia efectiva de los padres.

El reconocimiento del derecho a una participación efectiva es un elemento clave de las Directrices del CE sobre una justicia adaptada a los niños. La justicia aplicada a niños debería ser accesible, adecuada a la edad, ágil, diligente, adaptada a las necesidades del niño; especialmente, el derecho a un juicio justo, a participar en el procedimiento y comprenderlo, al respeto de su vida privada y familiar; así como su integridad y dignidad.

En el Derecho Internacional, el niño tiene derecho a no ser separado de su familia, a menos que se considere que ello responde a su interés superior (art. 9 apartado 1 de la CDN). El art. 10 de la citada Convención establece que el niño cuyos padres residan en Estados diferentes podrá moverse entre esos países para mantenerse en contacto con ambos o reagruparse, con sujeción a la legislación nacional sobre inmigración.

El principio de interés superior, consagrado en el art. 3 de la CDN fundamenta todas las decisiones relativas a la reagrupación familiar.

El interés superior del niño se garantiza, en primer lugar, a partir de su escucha, lo que permite posicionarlo como sujeto de derecho. Para que el niño y/o adolescente ejerzan libremente su derecho a opinar, el Estado debe garantizar las condiciones de adecuada información y asistencia letrada.

En la práctica, la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, puede definirse al "interés 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. 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.

Asimismo, de acuerdo con UNICEF, en relación con las solicitudes de reagrupación del niño con su familia en el Estado de acogida, los tribunales nacionales deben garantizar también que los padres no se aprovechen de sus hijos para obtener permisos de residencia en ese país.

Se advierte que los organismos internacionales han establecido pautas que permiten abordar este tipo de casos estableciendo ciertos criterios; pero no ha avanzado en el modo adecuado de hacer efectivas las garantías procesales.

No se les ha garantizado la asistencia técnica especializada a B.S., B.M. y B.M.O. a fin de hacer valer sus intenciones como verdaderos sujetos de derecho. ¿Es posible afirmar que el reclamo del padre y la solución brindada por la autoridad contemplan el mejor interés de los niños? No lo sabemos porque los niños no ejercieron sus derechos inherentes a su calidad de personas y sujetos de derecho.

Ni el Estado ni el Tribunal indagaron al respecto en los asuntos C-133/19, C-136/19 y C-137/19.

Si bien excede el marco del presente trabajo, es clara la necesidad de crear y legislar la figura del Defensor del Niño Europeo que garantice inmediates y derecho a defensa, además de una adecuada representación que garantice sus intereses (Art. 12 CDN).

Por último, corresponde analizar el factor temporal en el presente caso, fenómeno inherente a la decisión judicial, máxime teniendo en cuenta que la petición se realizó a favor de tres niños menores de edad. La eficacia de la tutela judicial efectiva, como estándar internacional de Derechos Humanos, contempla las garantías fundamentales de acceso a la justicia, el plazo razonable para la determinación de los derechos y el derecho a la decisión oportuna. Es decir, las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo existencial de los seres humanos.

Al respecto, y con el fin de agilizar la tramitación de los asuntos que lo requieran, el artículo 23 bis del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea dispuso la creación de un Reglamento de Procedimiento, podrá establecer un procedimiento acelerado y, para las peticiones de decisión prejudicial relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, un procedimiento de urgencia. Para la UE, una de las razones que justifica la aplicación de este procedimiento de urgencia es el riesgo de deterioro de la relación paterno-filial; que bien podría haberse aplicado en el caso de marras teniendo en cuenta las similitudes que presenta. En el asunto *Aguirre Zarraga*⁵ planteó el Tribunal de Justicia diversas cuestiones relativas a la interpretación del artículo 42, titulado «Restitución del menor», del Reglamento n.º 2201/2003; Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (DO 2003, L 338, p. 1).

El TJUE advirtió la urgencia que reconoce un pronunciamiento en situaciones de traslado de un menor, suponiendo un riesgo de deterioro o menoscabo de las relaciones paterno-filiales y podría provocar un daño psíquico en el niño. Según el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, la tramitación de la petición de decisión prejudicial mediante el procedimiento ordinario podría menoscabar gravemente, incluso de manera irreparable, las relaciones entre padre e hijos, así como poner en mayor peligro la integración de esta en su entorno familiar y social .

En primer término, recordemos que el Tribunal de Justicia en la sentencia *Akerberg Fransson*⁶ dijo, en lo referente a la acción de los Estados miembros, que el ámbito de aplicación de la Carta se define en su artículo 51, apartado 1, según el cual las disposiciones de la Carta se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. A este respecto indicó que los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la

⁵ TJUE, sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga v. Simone Pelz*, [petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Celle (Alemania)], asunto C-491/10 PPU, EU:C:2010:828.

⁶TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2013 (Gran Sala), *Akerberg Fransson*, asunto C-617/10, EU:C:2013:2015

Unión están destinados a aplicarse en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, pero no fuera de esas situaciones. El Tribunal de Justicia puso de relieve que, por este motivo, no podía apreciar a la luz de la Carta una normativa nacional que no se inscribiera en el marco del Derecho de la Unión.

En cambio, cuando la normativa nacional estuviera comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, en el marco de una remisión prejudicial el Tribunal de Justicia debía proporcionar todos los criterios de interpretación necesarios para que el tribunal nacional pudiera apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuyo cumplimiento debe garantizar (apartados 17 a 23). Ahora bien, expuesta la normativa interna aplicada al caso, de acuerdo al texto del fallo me detendré específicamente en una norma. El art. 12 bis ap 7 de la Ley 15 de diciembre de 1980 sobre la entrada en el territorio nacional, residencia, establecimiento y expulsión de extranjeros dispone que "al examinar la solicitud, se deberá tener en cuenta el interés superior del menor"

VI. La cuestión prejudicial y la técnica de cohabitación.

Nuevamente la jurisprudencia de Luxemburgo traza un diálogo interjurisdiccional con el Sistema Europeo de Derecho Humanos.

No debemos olvidarnos de que la cuestión prejudicial tiene por objeto colocar al TJUE en la posición de marcar pautas comunes a tener en cuenta por jueces y tribunales nacionales a la hora de velar por un correcto y uniforme desenvolvimiento del Derecho de la UE (ALONSO GARCÍA, 2014: p. 189).

En palabras del propio TJUE, la cuestión prejudicial es un mecanismo fundamental del derecho de la UE que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales de los estados miembros los medios para que la interpretación y la aplicación de este derecho sean uniformes en la Unión.⁷

⁷ TJUE, 2012/C338/01. Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales.

Por otro lado claramente la jurisprudencia del TEDH es unánime en materia de protección de niñez y conlleva a utilizar la técnica de cohabitación, justificando en este caso la autocontención por parte del TJUE ya que la protección garantizada por el o los otros ordenadores es equivalente (no idéntica) (PIZZOLO, 2017: p. 154).⁸

No se trata de una solución interpretativa sino una solución procedimental o procesal. El intérprete renunciante ejerce no un control sustantivo en profundidad, sino un control limitado a la constatación de las condiciones exigidas.

A nivel supranacional, la técnica de cohabitación es defendida y promovida por el TEDH frente a las interpretaciones que sobre los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH desarrollan los jueces del TJUE.

VII. La resolución del caso.

Finalmente, el TJUE resolvió conforme la pautas del TEDH, por lo tanto se debe hacer lugar a la petición del Sr. B:N.M, teniendo en cuenta la edad de sus hijos al momento de realizar la petición, por más que hayan adquirido la mayoría de edad durante la sustanciación del proceso.

VIII. Conclusión.

Existe claramente una deuda pendiente en el TJUE en materia de Defensa Técnica de Niños, Niñas y Adolescentes, resultando necesario adecuar los parámetros de procedimiento a las pautas que establece el TEDH y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Así como la cuestión prejudicial es una herramienta necesaria para obtener una pauta de interpretación unánime, la inmediatez del Juez con un niño,

niña o adolescentes debería ser vinculante y obligatoria en todo proceso ante este organismo.

IX. Bibliografía

ALONSO GARCÍA R. (1989). *Derecho Comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*". Madrid. Civitas.

ALONSO GARCÍA, R. (2014). *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 4ta edición. Madrid: Civitas.

PIZZOLO, C. (2017). *Comunidad de Interpretes Finales. Relacion entre tribunales Suparanacionales constitucionales y Supremos*. Buenos Aires: Ediar.

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA A LA LUZ DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sofía Tonelli¹

Fecha de recepción: 19 de diciembre de 2020

Fecha de aceptación: 31 de enero de 2021

Resumen

El principio de igualdad de trato y el de no discriminación son fundamentales para la Unión Europea y hoy cuentan con un amplio desarrollo normativo. En el presente trabajo se analizará la normativa europea sobre libertad religiosa, trato igualitario y no discriminación, específicamente la Directiva 2000/78 sobre la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo o la ocupación.

Asimismo, analizaremos tres sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que por primera vez se abordó la temática de igualdad de trato y libertad religiosa en el ámbito laboral y en las que este Tribunal tuvo que establecer la forma en la que debe aplicarse e interpretarse la Directiva 2000/78.

En conclusión, el objetivo final de este trabajo es establecer cuál es el criterio de interpretación que tiene el Tribunal de Justicia sobre estos derechos, como así también, poder concluir en qué casos entiende que existe discriminación en el empleo por cuestiones religiosas.

Palabras Clave: Derechos fundamentales, libertad religiosa, igualdad de trato en el empleo, no discriminación, Directiva 2000/78.

Title: The principle of non-discrimination and the right to freedom of religion in the light of the judgments of the Court of Justice of the European Union.

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Jefa de Trabajos Prácticos de la materia Derecho de la Integración (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Abstract

The principle of equal treatment and the principle of non-discrimination are fundamental to the European Union and are now widely developed in legislation. This paper will analyse European legislation on religious freedom, equal treatment and non-discrimination, specifically Directive 2000/78 on combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation in the field of employment or occupation.

We will also analyse three judgments handed down by the Court of Justice of the European Union in which, for the first time, the issue of equal treatment and religious freedom in the field of employment was addressed and in which the Court had to establish the way in which Directive 2000/78 should be applied and interpreted.

In conclusion, the final objective of this paper is to establish the Court of Justice's interpretation of these rights, as well as to be able to conclude in which cases it considers that there is discrimination in employment on religious grounds.

Keywords: Fundamental rights, freedom of religion, equal treatment in employment, non-discrimination, Directive 2000/78.

I. Introducción

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) dictó cuatro sentencias en las que analizó la normativa vigente en la Unión Europea (en adelante, UE) sobre discriminación, trato igualitario y libertad religiosa. Se trata de las sentencias dictadas en los asuntos Samira Achbita (C-157/15), Asma Bougnaoui (C-188/15), Vera Egenberger (C-414/16) e IR y JQ (C-68/17).

Durante los últimos años, el TJUE se ha dedicado a abordar temas como la libertad religiosa y de convicción, la utilización de símbolos y la discriminación. Con anterioridad, el TJUE se ha expedido sobre ellos, pero estas sentencias marcan la tendencia actual del TJUE sobre libertad religiosa y no discriminación.

El derecho a la libertad de conciencia y de religión se encuentra plenamente amparado en el ordenamiento jurídico europeo, como también se encuentra establecida la prohibición de discriminar y el derecho al trato igual. Desde la entrada en vigencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante, la Carta), en el año 2009, no hay dudas que estos preceptos deber ser garantizados, interpretados y aplicados por todos los jueces de la Unión, siendo el TJUE quien tiene la última palabra.

Cumpliendo su función principal de intérprete final de todo el ordenamiento jurídico europeo, el TJUE, dictó estas sentencias y estableció la forma en la que debe aplicarse la normativa europea sobre no discriminación por creencias religiosas.

Las sentencias en análisis llegan al TJUE a través de una cuestión prejudicial² en donde el objeto de interpretación es la Directiva 2000/78³ sobre la lucha contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo o la ocupación. En particular, debe decidir sobre la forma en la que se aplican e interpretan el artículo 2, que define el concepto de discriminación directa e indirecta, y el artículo 4, que define los casos en los cuales estaría permitido hacer una diferencia de trato.

En los dos primeros casos, se trata de trabajadoras de distintas empresas que fueron despedidas por la utilización de vestimenta o símbolos religiosos, en supuesta violación a la Directiva 2000/78.

Las trabajadoras entendían que los despidos habían sido discriminatorios y que se las había despedido por exhibir signos de la religión que profesaban y el argumento de las empresas para llevar adelante los despidos era la neutralidad. Se trata de empresas que quieren mostrarse neutrales frente a sus clientes y, por tal motivo, no permiten que ninguno de sus empleados exhiban o manifiesten sus creencias religiosas.

² Dice PIZZOLO sobre la cuestión prejudicial: "... la cuestión prejudicial tiene por finalidad primordial colocar a una institución de la Unión, el TJUE, en la posición de marcar las pautas comunes a tener en cuenta por jueces y tribunales nacionales a la hora de velar por un correcto y uniforme desenvolvimiento del Derecho de la UE..." (PIZZOLO, 2010: p. 96).

³ DO L 303, de 2 de diciembre de 2000.

Los otros dos tratan de casos en donde hay discriminación de una aspirante a un empleo y de un empleado debido a sus confesiones religiosas.

En uno de ellos, la aspirante a un trabajo, la Sra. Vera Egenberger, no es tenida en consideración por la empresa Evangelisches Werk, por no profesar ningún culto. La oferta de trabajo especificaba que uno de los requisitos que debían cumplir los aspirantes era pertenecer a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en las comunidades de trabajo en las Iglesias de Alemania.

Y en el último de los casos, un médico empleado como jefe de un servicio de un hospital propiedad de la sociedad IR (sociedad que desempeña funciones de caritas) es despedido luego de divorciarse y volverse a casar, por supuesta infracción a los deberes que le incumbían en virtud del contrato laboral, el que se basaba en el Reglamento del Servicio Eclesiástico.

El denominador común de todos los casos, es la discriminación que alega una de las partes en el ámbito del trabajo por cuestiones religiosas. Por ello, en las cuestiones prejudiciales que plantean los tribunales nacionales en cada uno de estos asuntos se solicita al TJUE que determine la forma en que debe interpretarse y aplicarse la Directiva 2000/78 sobre no discriminación por razón de las convicciones y la religión en el ámbito del empleo.

El presente trabajo tiene la finalidad de analizar la normativa europea sobre no discriminación en el ámbito laboral a la luz de los argumentos del TJUE en las sentencias más arriba mencionadas y de esta forma concluir cuales son los estándares actuales del TJUE sobre esta temática.

II. Normativa europea sobre libertad religiosa y no discriminación

i. El TFUE y la Carta de Derechos Fundamentales

En los asuntos en estudio se encuentra en pugna el derecho a la libertad religiosa y la no discriminación, preceptos que están plasmados en distintas normas del ordenamiento jurídico europeo. Se encuentran, por ejemplo, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en normativa derivada.

El artículo 10 de la Carta, que entró en vigencia en el año 2009 y adquirió carácter jurídico vinculante, establece que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Continúa diciendo que este derecho implica la libertad de manifestar la religión o las convicciones, de forma individual o colectiva, de forma privada o pública, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de ritos.

La dificultad que plantea el análisis de este artículo, como sucede con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Básicas (en adelante CEDH), siendo normas que tienen el mismo sentido y alcance, es que no define el concepto de religión. Precisar el alcance del concepto reviste importancia, sobretudo, en el ámbito de la UE porque estamos en presencia de veintisiete Estados miembros donde cada uno de ellos tiene su cultura, su tradición, su religión y su propia manera de relacionarse con esta.

No cabe duda que este concepto abarca la libertad de tener o aceptar una religión o creencia como la libertad para cambiar de religión y también la libertad de no tener o pertenecer a ninguna, como es el caso de los ateos o agnósticos. Asimismo, este artículo protege la libertad de manifestar la religión o convicciones, que sería el aspecto externo, que podría hacerse a través de la enseñanza, el culto, prácticas y observación de ritos, formas que son meramente ejemplificativas ya que no se trata de un listado taxativo (MANGAS MARTIN, 2000: pp. 263-264.).

En palabras de RAFAEL PALOMINO LOZANO “En la interpretación de este derecho fundamental, el TEDH ha distinguido una dimensión interna (fórum internum, libertad de elección religiosa o creencias) y una dimensión externa (fórum externum, libertad de manifestar la propia religión o creencias). La dimensión externa es limitable, conforme a las condiciones del art. 9.2 CEDH⁴, mientras que la dimensión interna de la libertad religiosa es absoluta, no se puede limitar.” (PALOMINO LOZANO, 2020: p. 42).

⁴ Este artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, prevé que la libertad de manifestar la religión no puede ser objeto de más restricciones que las establecidas por ley, restricciones que deben ser necesarias para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o la moral pública o la protección de los derechos y libertades de las personas.

Por lo tanto, según este autor, lo que puede limitarse y restringirse, es solamente el aspecto externo, el de la manifestación, pero solo por los motivos que establece el artículo 9 segundo párrafo del CEDH, a saber: seguridad pública, orden público, salud o la moral pública o la protección de los derechos y libertades de las personas.

Y el TFUE, en el artículo 17, sobre la religión y las convicciones dice que la UE respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas; que la UE respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales y que la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones.

Este artículo establece la relación entre iglesia y poderes públicos en el ámbito de la UE e insta a que se mantenga un dialogo abierto entre la UE y estas organizaciones.

En relacion con las normas sobre discriminación en la UE, son normas que fueron sancionadas para dar una respuesta a la necesidad que había en la UE de ampliar el alcance de la legislación comunitaria contra la discriminación y permitir que las personas puedan desarrollar todo su potencial en el mercado laboral.

La finalidad de todas las normas de la UE que se encargan de prohibir la discriminación y velar por la igualdad de trato, principio fundamental de la UE, es la de ofrecer a todas las personas posibilidades equitativas y justas de acceder a oportunidades sociales (Agencia de los derechos Fundamentales de la UE, 2011: p. 21) .

El artículo 19 TFUE (antiguo artículo 13 TCE), que está hoy vigente, dispone que el Consejo podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Sobre el principio de no discriminación en los Tratados, dice Mangas Martin: “En los propios Tratados se contienen y explicitan muchos contenidos de derechos y libertades fundamentales, si bien con un sesgo funcional o especial

vinculado a los fines y objetivos de la Unión. Así, en las propias disposiciones de aplicación general del TFUE se establecen objetivos que conectan con el mundo de los derechos y libertades: la eliminación de la desigualdad entre hombres y mujeres, conseguir niveles elevados de empleo, educación, formación, salud y definir y ejecutar acciones contra todo tipo de discriminación y luchar contra la exclusión social (arts. 7 a 10 TFUE) o los principios de no discriminación o los derechos de los ciudadanos (arts. 18 a 25 TFUE)...” (MANGAS MARTIN, 2016: p. 133).

Asimismo, la Carta en su artículo 21 proclama la prohibición general y prohíbe toda discriminación por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, nacionalidad. Esta enumeración que hace el artículo es meramente enunciativo, no puede considerárselo como un *numerus clausus* o una enunciación taxativa.

La enumeración que realiza la Carta es más amplia que la que realiza el TFUE. Al respecto Mangas Martín ha escrito: “... el artículo 19 TFUE, reformado en Lisboa, como el artículo 13 del TCE (tal como se reformó en Ámsterdam), es algo más restringido, no solo porque no tiene por finalidad establecer la prohibición, sino porque al dar competencia normativa la limita a algunas discriminaciones, es decir, no la extiende a ámbitos que si se prohíben en el art. 21, como es el color, los orígenes sociales, características genéticas, lengua, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio o nacimiento.”(MANGAS MARTÍN, 2000: p. 400).

En este mismo sentido, en las Explicaciones sobre la Carta, en relación a este artículo 21, se señala que no hay contradicción o incompatibilidad entre el artículo 19 TFUE o el artículo de la Carta ya que el primero tiene el objetivo de conferir competencias a la Unión para adoptar actos legislativos con el fin de combatir determinadas formas de discriminación que se enumeran de forma taxativa en el artículo y las disposiciones del artículo 21 de la Carta no confieren competencias sino que se refiere a las discriminaciones por parte de las instituciones y organismos de la Unión en ejercicio de las competencias que le

confieren los Tratados y por parte de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la UE.⁵

Y así también lo entiende Millán Requena Casanova cuando dice: “El artículo 21.1 de la Carta de la UE enuncia en una lista abierta una serie de motivos por los que se prohíbe la discriminación. En cambio, la descripción de los motivos discriminatorios prohibidos por el artículo 19 TFUE es exhaustiva, sin que sea posible una ampliación por analogía a otros motivos no expresamente enumerados.” (REQUENA CASANOVA, 2011: p. 771).

Por lo tanto, el TFUE y la Carta, ambas normas con valor jurídico vinculante, en cuanto al principio de no discriminación, son normas que se complementan y no se contradicen. El primero determina la competencia legislativa del Consejo para dictar toda la normativa necesaria para que los Estados miembros luchan y combatan la discriminación y la segunda, la Carta, establece la prohibición general de no discriminación por los motivos que menciona y por cualquier otro motivo.

Es en virtud del artículo 19 del TFUE que es dictada la Directiva 2000/78, sobre discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, Directiva que debe ser analizada por el TJUE en los casos que nos ocupan.

ii. La Directiva 2000/78

Esta Directiva fue sancionada en el año 2000 y tiene como finalidad establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de la edad, o de orientación sexual en el ámbito del empleo, a fin de que los Estados miembros de la UE apliquen el principio de igualdad de trato. Supone una manifestación más del real interés por avanzar que tiene la Unión en el principio de igualdad consagrado como derecho fundamental de todos los ciudadanos (CONTRERAS MAZARIO, 2017, pp. 585-586).

El objetivo de esta Directiva 2000/78 es obligar a los Estados a que exista una igualdad de trato entre las personas en el ámbito del empleo, esto significa

⁵ Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, DO 2007, C 303.

que las personas en su trabajo deben obtener un trato igual, carente de discriminación por los motivos enumerados en el artículo primero. Así como también, prohíbe distintas formas de discriminación: directa e indirecta, acoso, mandato de discriminación y victimización y exige a los Estados miembros que dispongan de herramientas y recursos eficaces para combatirla y sanciones para los casos en que se incumpla.

El primero de los artículos que el TJUE debe interpretar es el artículo 2, que define el concepto de discriminación, y el que expresamente dice:

“1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.”

Según este artículo habrá discriminación directa cuando una persona pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en una situación análoga, es decir, cuando haya diferencia en el trato. Por ejemplo: percepción de diferentes remuneraciones, abusos verbales o violencia, prohibición de portar

determinados signos religiosos. Al tratarse de un trato diferente en situaciones similares es más perceptible y fácil de determinar que la discriminación indirecta.

En cambio, la discriminación indirecta consiste en una disposición, criterio o práctica, es decir, una regla o requisito, aparentemente neutro, que afecta o pone en desventaja a una persona o grupo en relación a otra. Es decir que la discriminación indirecta deriva o es consecuencia de la aplicación de una medida neutra que desfavorece en mayor medida a una persona o grupo, injustificadamente.

Siendo la discriminación directa evidente, no hay lugar a dudas cuando estamos en presencia de ésta; en cambio, en la discriminación indirecta, al ser menos precisa hay numerosos casos o ejemplos en los que podría llegar a existir una práctica neutra que ocasione una verdadera discriminación y es en estos casos, en los que hay mayor vaguedad, que corresponde a los sistemas jurisdiccionales o administrativos de cada Estado determinar la existencia o no de una discriminación indirecta (Agencia de los derechos Fundamentales de la UE, 2011, p. 30).

El artículo tercero de la Directiva se refiere al ámbito personal de aplicación y no hay dudas de que la Directiva se aplica a todas las personas, al sector público o privado y a los organismos públicos, siendo entonces su ámbito de aplicación muy extenso, ya que obliga a todas las empresas, sean públicas o privadas, y a todas las administraciones o entidades de carácter público.

El artículo 4, otro de los artículos que debe interpretar el TJUE, dice: *“Requisitos profesionales: 1. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado...”*

Este artículo establece los casos en los cuales está permitido que exista una diferencia de trato en el empleo. La directiva solo lo permite cuando la

naturaleza de la actividad o el contexto en el que se lleva a cabo la actividad constituyan un requisito profesional esencial. En todos los casos, las excepciones siempre deben ser proporcionadas.

Por otro lado, y en concordancia con la finalidad que se propone esta norma, del análisis de su artículo 8 podemos inferir que la Directiva 2000/78 es una norma de mínimos, puesto que su aprobación no justifica en ningún caso que un Estado miembro pueda reducir su nivel de protección contra la discriminación en caso de que éste superara el umbral delimitado por la Directiva, lo que dispone el artículo 8 es que el Estado adapte o mantenga disposiciones más favorables a las que la Directiva contempla.

Finalmente, la directiva dispone en su artículo 9 que son los Estados los encargados de velar por su cumplimiento a través de la existencia de procedimientos judiciales o administrativos y, agrega, que pueden ser también procedimientos de conciliación los que exijan su cumplimiento. Y son, también, los Estados los encargados de establecer el régimen de sanciones para los casos en que haya un incumplimiento a las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva.

En conclusión, se trata de una norma derivada de la UE por la que se exige que los Estados adopten las medidas legales, administrativas o reglamentarias necesarias para poner fin a la discriminación en el ámbito laboral.

Si bien ya fue traspuesta por los veintisiete Estados miembros de la Unión, su aplicación, sin embargo, sigue planteando inconvenientes, debiendo entonces el TJUE resolver en caso de duda, como sucede en los casos que analizamos.

III. Las sentencias del TJUE

i. Hechos

Para un mejor análisis a las sentencias dictadas por el TJUE, las podemos dividir en dos: las dos primeras que se refieren a la utilización de vestimenta y símbolos religiosos en el ámbito del trabajo; y las otras dos sentencias sobre discriminación a empleados con motivo de sus confesiones religiosas.

El primero de los asuntos versa sobre un conflicto que se plantea entre una empresa, G4S, y una empleada Samira Achbita. G4S es una empresa privada que presta servicios de vigilancia, seguridad y de recepción y acogida a clientes del sector público y privado. Para mantener una política de neutralidad tenían una norma no escrita que establecía la prohibición en el ámbito del trabajo, de exhibir signos visibles de las convicciones políticas, filosóficas y religiosas. Años más tarde, se modifica el reglamento interno de la empresa y se incorpora al mismo esta regla.

La Sra. Achbita era empleada de la empresa desde el año 2003 y trabajaba como recepcionista. En 2006 le comunicó a su superior que tenía la intención de llevar pañuelo islámico durante las horas de trabajo, pues era de confesión musulmana. La empresa no le permitió el uso de pañuelo islámico debido a que estaba prohibida la exhibición de signos religiosos en el ámbito laboral y era contrario a la neutralidad que la empresa perseguía.

Luego de un periodo de baja por enfermedad, Samira Achbita se reincorporó a su lugar de trabajo e informó que iba a utilizar el pañuelo islámico. Tras insistir en llevar el pañuelo en el lugar de trabajo en contradicción a lo que establecen las normas internas de la empresa, la Sra. Achbita es despedida.

Con motivo del despido inicia acciones legales por considerarlo discriminatorio. El caso llega al Tribunal de Casación de Bélgica, que teniendo que resolver sobre la correcta interpretación de una Directiva de la UE, decide suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Mediante la cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Casación belga le solicita al TJUE que resuelva si el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que impide de forma general el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo constituye una discriminación directa prohibida por esta Directiva.⁶

⁶TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2017, Samira Achbita c. G4S, C-157/15, EU:C:2017:203, considerando 22.

En el segundo de los asuntos, Asma Bougnaoui trabajaba para la empresa Micropole SA, desde el año 2008 como ingeniera de proyectos. La Sra. Bougnaoui, musulmana, asistía a su trabajo utilizando pañuelo islámico y así también visitaba a sus clientes.

En 2009 fue despedida debido a que un cliente al que visitó se había visto molesto por la utilización del pañuelo y la empresa ya le había manifestado que era su intención mantener la neutralidad y la discreción en lo que respecta a la expresión de las opiniones personales de los empleados y por lo tanto no siempre iba a poder utilizar el pañuelo.

Entendiendo que el despido fue discriminatorio, la Sra. Bougnaoui inició acciones ante el Tribunal Laboral Paritario de Paris, tras varias apelaciones el asunto llega al Tribunal de Casación. Este Tribunal decide suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al TJUE.

Mediante la cuestión, el Tribunal de Casación solicita al TJUE que interprete el artículo 4 de la Directiva 2000/78 y manifieste si debe entenderse en el sentido de que el deseo manifestado por un cliente de una empresa de consultoría informática de que, en lo sucesivo, los servicios informáticos contratados no sean prestados por una asalariada de dicha empresa, ingeniero de proyectos, que usa un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo.⁷

Por otro lado, el primero de los casos sobre discriminación con motivo de una confesión religiosa es el de Vera Egenberger. La empresa Evangelisches Werk había publicado una oferta de trabajo en la que uno de los requisitos era la pertenencia a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania, requisito que debía constar en el *curriculum vitae* del aspirante.

La Sra. Egenberger, sin confesión alguna, se postula al empleo. Luego de pasar la primera selección, no es convocada para una entrevista. Considerando que la candidatura había sido rechazada por carecer de confesión presentó una

⁷TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui c. Micropole SA, C-188/15, EU:C:2017:204, apartado 19.

demanda ante el Tribunal Laboral de Berlín, Alemania, solicitando el pago de una indemnización. Al llegar el caso al Tribunal Supremo en lo Laboral, este suspende el procedimiento y plantea una cuestión prejudicial a fin de que se interprete el artículo 4 de la Directiva y determine si una cierta confesión religiosa puede constituir un requisito profesional.

Finalmente, el último de los casos, la empresa IR es una sociedad de responsabilidad limitada que tiene como objeto el desempeño de funciones de Caritas y se dedica a la gestión de hospitales. Un jefe de servicio de uno de sus hospitales, el Sr. JQ, de religión cristiana, se divorcia en el año 2008 y, ese mismo año, contrae matrimonio civil con su nueva pareja.

Al tomar conocimiento del nuevo matrimonio, IR lo despide por entender que su nuevo matrimonio era nulo y, entonces, incumplía el contrato laboral, el que se basaba en el Reglamento de Servicio Eclesiástico.⁸ JQ inicia una demanda en el Tribunal Laboral de Alemania, que llega al Tribunal Supremo de lo Laboral que es el Tribunal que plantea la cuestión prejudicial.

La cuestión planteada tiene por objeto dilucidar la forma en que se interpreta el artículo 4 de la Directiva 2000/78. En particular decir si el artículo 4 debe interpretarse en el sentido de que la iglesia puede decidir imperativamente que una organización como la parte demandada debe diferenciar, al exigir a los trabajadores con responsabilidades directivas una actitud de buena fe y de lealtad, entre los que pertenecen a esa iglesia y los que pertenecen a otra iglesia o a ninguna.

Vistos los hechos de cada uno de los asuntos, analicemos ahora la forma en que resuelve el Tribunal de Luxemburgo estas cuestiones y sus argumentos.

⁸ El artículo 5 punto 3 del Reglamento dice: "...la celebración de un matrimonio nulo conforme a la fe y al ordenamiento jurídico de la Iglesia, [...]. (3) Cuando sea cometido por [trabajadores] que ejerzan responsabilidades directivas [...], todo comportamiento que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2, pueda considerarse con carácter general motivo de despido excluye que dicho trabajador pueda conservar su trabajo. En casos excepcionales podrá renunciarse al despido cuando existan motivos graves en el caso concreto que hagan que el despido resulte excesivo.»

ii. Argumentos del TJUE

En el caso *Samira Achbita* el TJUE debe resolver si la prohibición que impuso la empresa de exhibir signos políticos, filosóficos o religiosos en el ámbito del empleo configura o no una discriminación directa en los términos de la Directiva 2000/78, y, agrega una cuestión que, si bien no fue formulada por el Tribunal remitente, entiende que es oportuno responder y es si la prohibición configura o no una discriminación indirecta en los términos de la Directiva

Responde entonces a estas dos cuestiones de la siguiente manera: en cuanto a la primera concluye que la norma interna de la empresa que prohíbe exhibir signos políticos, filosóficos o religiosos, no configura una discriminación directa por motivos de religión o convicciones en el sentido de la Directiva, es decir, no hay discriminación directa; y en relación a la segunda cuestión, responde argumentando que puede llegar a haber discriminación indirecta si, luego de analizados los hechos por el Tribunal de Bélgica, la obligación aparentemente neutra ocasiona una desventaja particular a las personas que profesan una determinada religión, salvo que la empresa pueda justificar objetivamente que la finalidad de la medida es legítima y que los medios son adecuados y necesarios.

En el caso *Asma Bougnaoui* la cuestión a resolver es si configura un requisito profesional esencial y determinante en los términos del artículo 4 de la Directiva que un cliente de la empresa solicite que los servicios informáticos contratados no sean prestados por una empleada que utiliza pañuelo islámico.

La respuesta del TJUE es que el deseo del cliente de que el servicio informático no sea prestado por una empleada que lleva pañuelo islámico no es un requisito profesional en los términos de la Directiva.

Los argumentos del Tribunal en los dos casos sobre discriminación en virtud de discriminación por la utilización de símbolos o vestimenta religiosa son claros.

En ambos casos, lo primero que hace el Tribunal es analizar el concepto de religión. Este concepto no está definido en la Directiva pero en los considerandos se hace alusión a los derechos fundamentales tal y como son

protegidos por el CEDH y este Convenio garantiza, en su artículo 9, los derechos de libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, como también al derecho a manifestar su religión o sus convicciones de forma individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

Este derecho se encuentra también reconocido en el artículo 10 de la Carta, la que debe ser interpretada con el mismo alcance y sentido que la primera, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 52, apartado 3.

Concluye el Tribunal, en el apartado 28, que ambos instrumentos establecen una concepción amplia del concepto de religión, lo que incluye un aspecto interno, tener una convicción, y también un aspecto externo, que consiste en poder manifestar de forma pública esa convicción.

Para resolver la primera cuestión, en el asunto de Samira Achbita, el Tribunal considera que hay que analizar si la norma interna de la empresa G4S ocasiona una diferencia de trato, núcleo de la discriminación directa (Agencia de los derechos Fundamentales de la UE, 2011, p. 23), en función de las convicciones o religión entre los trabajadores y, si esta diferencia, se encuadra dentro del concepto de discriminación directa de la Directiva.

En este sentido, dice expresamente el TJUE en el apartado 30, “La norma interna controvertida en el litigio principal tiene por objeto el uso de signos visibles de convicciones políticas, filosóficas o religiosas y, por lo tanto, atañe indistintamente a cualquier manifestación de tales convicciones. Por consiguiente, debe considerarse que dicha norma trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos.”⁹

Por lo tanto, el TJUE afirma que la norma interna de G4S prohíbe cualquier manifestación religiosa o de convicciones, no hace diferencia entre religiones, es decir que trata por igual a todos los trabajadores de la empresa y les exige neutralidad en la indumentaria, lo que se opone a la exhibición de signos y,

⁹TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2017, Samira Achbita c. G4S, C-157/15, EU:C:2017:203, apartado 30.

también, dice que al no haber demostrado que la norma interna de la empresa se haya aplicado de forma diferente en cualquier otro trabajador, no es contraria a la Directiva 2000/78 y no configura una discriminación directa en los términos del artículo 2, apartado a), letra a)¹⁰.

En conclusión, el Tribunal analiza el concepto de diferencia de trato y entiende que la norma interna de la empresa no ocasiona un trato desfavorable en detrimento de una persona o religión por cuanto se aplica de igual manera para todos los trabajadores.

El Tribunal al resolver la segunda cuestión analiza también si la norma en cuestión configura una discriminación indirecta tal como es definida en el artículo 2, apartado a), letra b) de la Directiva y mira de forma objetiva si la medida tiene una finalidad legítima y si los medios empleados para cumplir el fin son adecuados y necesarios. Es decir que hace un juicio de la proporcionalidad de la medida.¹¹

En relación al primero, el fundamento de la norma interna de la empresa que prohíbe la exhibición de signos políticos, filosóficos o religiosos es la neutralidad. El TJUE, en concordancia con lo expuesto por la Abogada General¹², entiende que es legítimo que una empresa persiga la neutralidad política, filosófica y religiosa frente a los clientes. Se basa en el derecho fundamental a

¹⁰En igual sentido se había expresado la abogada general del caso, Kokott. En el apartado 51 de sus conclusiones expuso: “En efecto, se ha de tener en cuenta que una norma de empresa como la de G4S no se limita a una prohibición de llevar signos visibles de una convicción religiosa, sino que al mismo tiempo prohíbe también expresamente llevar signos visibles de convicciones políticas o filosóficas. Por lo tanto, dicha norma es expresión de una política de empresa de carácter general y uniforme de neutralidad religiosa y de convicciones.”

¹¹El juicio de proporcionalidad de la medida consiste en constatar que se cumplan los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, en otros términos, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. (MONEREO PÉREZ y ORTEGA LOZANO, 2018: p. 353).

¹²La Abogada General en las conclusiones se refirió a la neutralidad de la empresa como una fin legítimo: “En el presente caso, la prohibición del velo es concreción de la política de neutralidad religiosa y de creencias, que G4S se ha impuesto a sí misma, y tal política de neutralidad no excede los límites del margen de apreciación empresarial, máxime tratándose de una empresa que, en particular, presta servicios de vigilancia y seguridad, pero también de recepcionista, a los más diversos clientes tanto del sector público como del privado, y sus trabajadores deben poder atender a todos esos clientes con flexibilidad.” Conclusiones del abogado general en el caso Samira Achbita c. G4S, apartado 93.

la libertad de empresa, garantizado en el artículo 16 de la Carta y continúa diciendo que perseguir la neutralidad de la empresa permite restringir y limitar la libertad de religión.

Este argumento es tomado de dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en la sentencia del 15 de enero de 2013, *Eweida y otros c. Reino Unido*¹³ y en la sentencia del 1 de julio de 2014, *S.A.S. c. Francia*¹⁴. En el primero de los casos, en el apartado 94, el TEDH consideró que el deseo del empresario de transmitir una determinada imagen de la empresa era “indudablemente legítimo”.

En segundo lugar, y en relación a si los medios utilizados para cumplir con el fin de la medida son adecuados, el TJUE sostiene que la prohibición de exhibir signos políticos, filosóficos y de religión son medios aptos siempre y cuando dicho régimen se persiga de forma congruente y sistemática. En este caso, corresponderá al Tribunal de Casación de Bélgica comprobar si la empresa G4S había establecido un régimen general e indiferenciado de prohibición de uso visible de signos políticos, filosóficos o religiosos para los miembros del personal que estaban en contacto con clientes.¹⁵

Y, finalmente, en cuanto al carácter necesario de la prohibición, el Tribunal remitente deberá comprobar si la prohibición de uso del pañuelo islámico o cualquier prenda que represente o se identifique con alguna convicción política, filosófica o religiosa, perjudica únicamente a los trabajadores que se encuentran trabajando en atención al público y, en este caso, la medida resulta ser estrictamente necesaria para alcanzar la meta perseguida, que es la neutralidad. Así como también, deberá comprobar, si la empresa, en lugar de despedirla, podría haberle ofrecido a la Sra. Samira Achbita un puesto de trabajo que no implicara un contacto visual con los clientes.¹⁶

¹³ TEDH, *Eweida y otros c. Reino Unido*, no. 48420/10, ECHR 2013

¹⁴ TEDH, *S.A.S. v. Francia* [GC], no. 43835/11, ECHR 2014

¹⁵ TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2017, *Samira Achbita c. G4S*, C-157/15, EU:C:2017:203, apartado 41.

¹⁶ TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2017, *Samira Achbita c. G4S*, C-157/15, EU:C:2017:203, apartado 43

Por lo tanto, en TJUE resuelve que este caso no hay discriminación directa y que tampoco hay una discriminación indirecta, en los términos del artículo 2 de la Directiva 2000/78.

Para resolver la única cuestión planteada en el asunto de Asma Bougnaoui, el TJUE analiza en qué consiste el requisito profesional esencial y determinante y los requisitos para que este proceda. Así, dice que lo que debe constituir un requisito profesional no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica relacionada con dicho motivo, y así lo viene diciendo en numerosas sentencias.¹⁷

Asimismo, el Tribunal analiza la letra de la Directiva, la que, en el considerando 23, indica que la religión o las convicciones en muy pocas situaciones pueden constituir un requisito profesional y que, la religión, para constituir un requisito profesional, depende de la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, conforme el artículo 4.

Concluye el TJUE que de la Directiva se desprende que el concepto de requisito profesional esencial y determinante es un requisito objetivo que depende de la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que se lleva a cabo y no puede cubrir consideraciones subjetivas, como es la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos de los clientes.¹⁸

Por estos motivos, el TJUE resuelve que la voluntad de la empresa de tener en cuenta los deseos de los clientes de que los servicios empresariales no sean prestados por una trabajadora que lleva pañuelo islámico no es un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de la Directiva 2000/78.

Respecto de los otros dos asuntos, sobre discriminación por motivos de religión o convicción, el TJUE debe determinar, también, el alcance del artículo 4 de la Directiva 2000/78.

¹⁷TJUE, sentencia de 12 de enero de 2010, Wolf, C-229/08, EU:C:2010:3, apartado 35; sentencia de 13 de septiembre de 2011, Prigge y otros, C-447/09, EU:C:2011:573, apartado 66; sentencia de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, EU:C:2014:2371, apartado 36, y sentencia de 15 de noviembre de 2016, Salaberría Sorondo, C-258/15, EU:C:2016:873, apartado 33.

¹⁸ TJUE, sentencia de 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui c. Micropole SA, C-188/15, EU:C:2017:204, apartado 40.

En el asunto Vera Egenberger, la cuestión prejudicial se refiere a si un empleador puede determinar por sí solo de forma vinculante que la confesión de un candidato constituye un requisito profesional esencial, legítimo y justificado. En caso de respuesta negativa, debe responder dos cuestiones más: 1) si debe dejarse de aplicar una disposición de derecho nacional conforme a la cual se admite una diferencia de trato basada en la religión en el marco del empleo por las comunidades religiosas, y 2) cuáles son los requisitos que han de cumplir la naturaleza de las actividades o el contexto en que estas se desarrollan como requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización, conforme a la Directiva.

El TJUE responde las tres cuestiones. Entiende que es necesario, para que la religión constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado, que esa alegación de la empresa pueda ser objeto de un control judicial efectivo que exija garantizar que se cumplen los requisitos que requiere la Directiva. Continúa diciendo que el requisito profesional no puede amparar consideraciones ajenas a la ética o al derecho a la autonomía de esa iglesia y debe atenerse al principio de proporcionalidad, y, a la tercera cuestión, dice que los tribunales nacionales deben garantizar siempre la aplicación del derecho de la UE y dejar de aplicar, si es necesario, el derecho nacional que lo contradiga.

En el caso IR y JQ, el TJUE debe resolver si la iglesia puede decidir imperativamente si una organización como la sociedad demandada debe diferenciar a los trabajadores entre los que pertenecen a esa iglesia y los que no pertenecen a esa o a ninguna. En caso de que la respuesta fuese negativa, el TJUE debe responder dos cuestiones más: 1) si debe excluirse la aplicación del derecho nacional que justifica la diferencia en el trato en virtud de la pertenencia de un trabajador a una religión y, 2) cuáles son los requisitos que deben cumplirse, de acuerdo al artículo 4 de la Directiva, para que pueda exigirse a los trabajadores de una iglesia una actitud de lealtad y buena fe hacia la ética de la organización.

Y la respuesta del Tribunal es que el artículo 4 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una iglesia no puede decidir imponer a los trabajadores que ejerzan una responsabilidad directiva exigencias relativas a

una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética que son distintas en función de su religión o irreligión sin que la decisión pueda ser objeto de control judicial efectivo. Asimismo, establece que la diferencia de trato en lo que atañe a las exigencias de buena fe y lealtad hacia la ética, entre los trabajadores en función de la religión no es conforme con la Directiva, salvo que el tribunal nacional considere en el caso, que la religión y la confesión constituyen un requisito profesional esencial, legítimo y justificado.

La segunda cuestión es resuelta de la misma forma que en el caso anterior, afirmándose que el tribunal nacional debe siempre garantizar protección jurídica a los justiciables y, por lo tanto, dejar inaplicable, cuando sea necesario, cualquier disposición nacional contraria.

Veamos los argumentos del TJUE en estos casos, que son muy similares.

En el primero de los asuntos, el TJUE remarca que es objetivo de la Directiva, en el artículo 4.2, garantizar el equilibrio entre el derecho a la autonomía de las iglesias y demás organizaciones cuya ética se basa en la religión, derecho reconocido en el artículo 17 del TFUE, y el derecho de los trabajadores a no ser objeto de una discriminación basada en la religión o en las convicciones.¹⁹ Y señala que la ponderación debe ser pasible de control judicial y los Estados no pueden eludir dicho control.

En relación al artículo 17 TFUE, igual interpretación a la que hace en el asunto IR con JQ, dice que este artículo expresa la neutralidad de la Unión respecto de la organización por parte de los Estados miembros de sus relaciones con la iglesia y este artículo no puede dispensar, de forma alguna, el control judicial efectivo del respeto a los criterios señalados en la Directiva.²⁰

Por estos argumentos, el TJUE concluye que “cuando una iglesia u otra organización cuya ética se basa en la religión o las convicciones alega, en apoyo de un acto o de una decisión como el rechazo de una candidatura a un empleo en su ámbito, por la naturaleza de las actividades de que se trate o por el contexto en que hayan de desarrollarse, que la religión es un requisito

¹⁹ TJUE, 17 de abril de 2018, Vera Egenberger c. Evangelisches Werk, C-414/16, EU:C:2018:257, apartado 51.

²⁰ TJUE, 17 de abril de 2018, Vera Egenberger c. Evangelisches Werk, C-414/16, EU:C:2018:257, apartado 58.

profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de dicha iglesia u organización, es necesario que esa alegación, llegado el caso, pueda ser objeto de un control judicial efectivo que exija garantizar que, en ese caso concreto, se cumplen los criterios señalados en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78.”²¹

En relación a la pregunta sobre los requisitos, tercera cuestión, el TJUE precisa, que no corresponde a los tribunales nacionales expedirse sobre la ética como tal, pero si deben determinar en cada caso, si se cumplen los criterios de que el requisito sea legítimo, esencial y justificado.²²

Es decir que los tribunales nacionales deben comprobar si el requisito invocado es necesario y está dictado de forma objetiva, atendiendo a la ética de la iglesia por la naturaleza o las circunstancias en que se desarrolle la actividad profesional en cuestión y, además, este requisito debe atenerse al principio de proporcionalidad, lo que significa, ser apropiado y no exceder de lo necesario para alcanzar el fin previsto.

Finalmente, respecto de la segunda cuestión, el TJUE recuerda a los tribunales nacionales que están obligados a garantizar una protección jurídica efectiva a los justiciables y también, garantizar la plena eficacia de todas las normas del derecho de la Unión, dejando de aplicar, si es necesario, cualquier norma de derecho interno que se le contradiga.

El Tribunal entiende que cuando resulte imposible interpretar el Derecho nacional aplicable (en este caso, la Ley general alemana sobre igualdad de trato) de conformidad con la Directiva contra la discriminación, el tribunal nacional que conozca de un litigio entre dos particulares deberá dejar inaplicado el Derecho nacional.

Por los argumentos expuestos, el TJUE resuelve: “1) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78/CE ... debe interpretarse en el sentido de que, cuando una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o las convicciones alegue, en apoyo de un acto o decisión como el rechazo de una

²¹ TJUE, 17 de abril de 2018, Vera Egenberger c. Evangelisches Werk, C-414/16, EU:C:2018:257, apartado 55.

²² TJUE, 17 de abril de 2018, Vera Egenberger c. Evangelisches Werk, C-414/16, EU:C:2018:257, apartado 64.

candidatura a un empleo en su ámbito, que, por la naturaleza de las actividades de que se trate o por el contexto en que hayan de desarrollarse, la religión es un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de dicha iglesia u organización, es necesario que esa alegación, llegado el caso, pueda ser objeto de un control judicial efectivo que exija garantizar que, en ese caso concreto, se cumplen los criterios señalados en el artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva; 2) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el requisito profesional esencial, legítimo y justificado que en dicho precepto se contempla implica un requisito necesario y objetivamente dictado, respecto de la ética de la Iglesia o de la organización de que se trate, por la naturaleza o las circunstancias en que se desarrolle la actividad profesional en cuestión, y no puede amparar consideraciones ajenas a dicha ética o al derecho a la autonomía de esa iglesia o de esa organización. Este requisito debe atenerse al principio de proporcionalidad. 3) Un tribunal nacional, al conocer de un litigio entre dos particulares, cuando no puede interpretar el Derecho nacional aplicable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78, está obligado a garantizar, con arreglo a sus atribuciones, la protección jurídica que se deriva para los justiciables de lo establecido en los artículos 21 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como la plena eficacia de esos preceptos, dejando sin aplicar, si es necesario, cualesquiera normas nacionales que los contradigan.”²³

Para resolver las dos cuestiones en el asunto JQ con IR, el TJUE utiliza idénticos argumentos que en el caso anterior.

El TJUE entiende que debe poder someterse a un control judicial efectivo la decisión de una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o las convicciones y que gestione centros hospitalarios constituidos como sociedades de capital de Derecho privado de imponer a empleados que ejerzan responsabilidades directivas el requisito de mantener una actitud de buena fe y

²³ TJUE, 17 de abril de 2018, Vera Egenberger c. Evangelisches Werk, C-414/16, EU:C:2018:257, apartado 83.

lealtad hacia dicha ética, cuando dicho requisito se gradúe en función de si esos trabajadores no tienen ninguna religión o de cuál es esa religión.²⁴

Al igual que en el asunto de la Sra. Egenberger, el TJUE exige que la medida pueda someterse a un control judicial efectivo por parte de un tribunal nacional. Y, en este caso, agrega que el tribunal nacional debe asegurarse de que, teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate o del contexto en que se ejerzan, la religión o las convicciones constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado habida cuenta de la ética en cuestión.

Al analizar si se cumplen los requisitos exigidos, el TJUE entiende que la medida tomada por la sociedad IR no se trataría de una condición esencial ni legítima. No es esencial por cuanto la pertenencia a una religión debe resultar necesaria debido a la importancia de la actividad profesional en cuestión para la afirmación de la ética de esa religión, situación que no ocurre en estos hechos y tampoco la considera legítima debido a que el requisito de pertenencia a una religión no sirve para promover un objetivo ajeno a la ética de la iglesia o al ejercicio del derecho de autonomía por parte de esa iglesia.²⁵

Para justificar que la medida tomada por IR no puede constituir un requisito profesional, el Tribunal dice que se han ocupado puestos de trabajos similares al de JQ con trabajadores que no pertenecen a la religión católica por lo que no están sujetos a la misma exigencia de observar una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética de IR.²⁶

Por lo tanto, concluye el TJUE: “que una iglesia u otra organización pública o privada cuya ética se base en la religión o en las convicciones no puede tratar

²⁴ TJUE, sentencia de 11 de septiembre de 2018, IR c. JQ, C-68/17, EU:C:2018:696, apartado 43.

²⁵ TJUE, sentencia de 11 de septiembre de 2018, IR c. JQ, C-68/17, EU:C:2018:696, apartados 51 y 52.

²⁶ Así también lo ha entendido el Abogado General en el apartado 67 de sus conclusiones cuando dice “ese requisito no está vinculado en absoluto con la actividad profesional de IR y de JQ, es decir, la prestación de servicios sanitarios y de cuidados a los enfermos. Prueba de ello es que la pertenencia a la Iglesia Católica no es condición para ocupar el cargo de jefe de servicio de medicina interna y que IR contrata a no católicos para ocupar puestos de responsabilidad médica y les encomienda funciones directivas. Por otro lado, al referirse a la vida privada y familiar de JQ, el requisito de que se trata no guarda ningún tipo de relación con las tareas administrativas que le incumben en su condición de jefe del servicio de que se trata. No se trata, por tanto, de un auténtico requisito profesional.”

de distinto modo, en lo que atañe a la exigencia de una actitud de buena fe y lealtad hacia dicha ética, a aquellos de sus trabajadores que ocupan puestos con responsabilidades directivas en función de su pertenencia o no a la religión o de su adhesión o no a las convicciones de esa iglesia u organización, excepto cuando, dada la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate o el contexto en el que se desarrollen, la religión o las convicciones constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de dicha ética.”²⁷

La segunda cuestión que resuelve el Tribunal en este asunto es la posibilidad de inaplicar, si fuera necesario, una norma de derecho nacional que no puede interpretarse de acuerdo a la Directiva 2000/78.

Esta cuestión es resuelta con los mismos argumentos que en el caso anterior. Y el TJUE concluye que con el fin de garantizar una protección jurídica eficaz a los justiciables y garantizar la plena eficacia de todo el ordenamiento jurídico de la Unión es posible, cuando fuese necesario, inaplicar cualquier norma de derecho nacional que este en contradicción.

IV. Consideraciones finales

Las sentencias en análisis pusieron a reflexionar al TJUE sobre la legislación de la Unión en relación al derecho de libertad religiosa y no discriminación y marcan la tendencia actual de este Tribunal sobre estas materias.

De su lectura, y en concordancia con lo expresado por Palomino Lozano, podemos extraer dos conclusiones relevantes.

Primero, la forma en la que el TJUE entiende el concepto de neutralidad. Por un lado, interpreta la neutralidad que trae el artículo 17 del TFUE, el que establece una neutralidad respecto a la organización por parte de los Estados miembros de sus relaciones con la iglesia y asociaciones o comunidades religiosas. Y, por otro lado, la neutralidad de la empresa privada, admitiéndola

²⁷ TJUE, sentencia de 11 de septiembre de 2018, IR c. JQ, C-68/17, EU:C:2018:696, apartado 55.

como un fin legítimo frente a la no discriminación por motivos religiosos y frente a la libertad religiosa.” (PALOMINO LOZANO, 2020: p. 71).

Segundo, el TJUE en todas las sentencias estudiadas se muestra respetuoso frente a todas las religiones y decide definir este concepto, cubriendo así el vacío legal, pero solo lo hace en cuanto a lo protegido por la libertad religiosa, no en cuanto al contenido de este derecho, pues solo explica la distinción entre el aspecto interno y el aspecto externo, como lo hace en las dos primeras sentencias (PALOMINO LOZANO, 2020: p. 72).

Finalmente, es de destacar cómo el TJUE deja en manos de los tribunales nacionales el análisis de si las decisiones tomadas por las empresas constituyen o no un acto discriminatorio en los términos de la Directiva 2000/78. Pierde así la oportunidad de abordar en profundidad las condiciones que permiten limitar la libertad religiosa de forma legítima ya que con el análisis realizado no quedan certezas respecto de las medidas de restricción (CONTRERAS MAZARIO, 2017: p. 610).

V. Bibliografía

Agencia de los Derechos Fundamentales De La UE (2011). *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Luxemburgo. Oficina de publicaciones de la Unión Europea. Accesible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf.

CONTRERAS MAZARIO J. M. (2017). *El TJUE no prohíbe el uso del velo islámico. Comentario a las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2017, asuntos C-157/15 y C-188/15*. Revista de Derecho Comunitario Europeo. N° 57, pp. 577-613.

MANGAS MARTIN A. (2000). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comentado artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA.

— (2016). *Instituciones del Derecho de la Unión Europea*, 9º ed., Madrid: Tecnos.

MONEREO PEREZ J. L. - ORTEGA LOZANO POMPEYO G. (2018). *Prohibición de discriminación*. *Revista Temas Laborales*, N° 145, pp. 327-370.

PALOMINO LOZANO R. (2020). *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 65, pp. 35-77.

PIZZOLO C. (2010). *Derecho e integración regional – Unión Europea, Mercosur, SICA y CAN*. Buenos Aires: Ediar.

QUESADA SEGURA R. (2007). *La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*”, N° 3 Extra, pp. 53-75.

REQUENA CASANOVA M. (2011). *La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la unión europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios*. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 40, pp. 767-793.

JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TJUE EN MATERIA DE GARANTÍAS PROCESALES.

COMENTARIO A LAS SENTENCIAS RECAÍDAS EN LOS ASUNTOS

C-659/18; C-615/18; C-187/19 Y C-634/18.

Jeremías Brusau¹ y Rocío E. Buosi²

Fecha de recepción: 16 de enero de 2021

Fecha de aceptación: 31 de enero de 2021

Resumen

En este trabajo se analizan cuatro decisiones recientes del TJUE sobre garantías procesales. En particular, se expone el criterio del tribunal sobre el derecho a la asistencia de letrado en procesos penales, el derecho del acusado a recibir información sobre la acusación, el derecho a ser oído en el marco de un procedimiento administrativo, los derechos de igualdad ante la ley y de no discriminación y el principio de legalidad en materia penal.

Palabras Clave: debido proceso – derecho de igualdad ante la ley y de no discriminación – principio de legalidad – procedimientos administrativos

Title: Recent case law of the Court of Justice of de European Union on due process. Commentary on the judgments in cases C-659/18; C-615/18; C-187/19 and C-634/18.

Abstract

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Especialista y Maestrando en Derecho Penal (Universidad Torcuato di Tella, Argentina). Ayudante de Primera de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, y Ayudante de Segunda de Elementos de Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesor Adjunto de Derecho Penal (Instituto Superior de Seguridad Pública, Argentina).

² Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Maestranda en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella, Argentina). Ayudante de Segunda de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal, y de Garantías Constitucionales en la Adquisición, Práctica y Valoración de la Prueba en el Proceso Penal (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesora Adjunta de Derecho Penal (Instituto Superior de Seguridad Pública, Argentina).

This paper analyzes four recent CJEU decisions on procedural guarantees. In particular, it sets out the Court's views on the right to counsel in criminal proceedings, the right of the accused to be informed about the accusation, the right to be heard in administrative proceedings, the rights to equality and non-discrimination and the principle of legality in criminal matters.

Keywords: due process - rights to equality and non-discrimination - principle of legality - administrative proceedings

I. Introducción

En este artículo comentaremos una selección de fallos recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), con el objetivo de presentar los últimos desarrollos de ese tribunal en la interpretación de las garantías procesales. En primer lugar, veremos el pronunciamiento de fecha 12 de marzo de 2020 en el asunto C-659/18³, sobre el derecho a la asistencia de letrado en procesos penales. Seguidamente, nos concentraremos en la sentencia de fecha 14 de mayo de 2020 en el asunto C-615/18⁴, sobre el derecho del acusado en un proceso penal a recibir información sobre la acusación. A continuación, estudiaremos el fallo de fecha 4 de junio de 2020 recaído en el asunto C-187/19⁵, sobre el derecho a ser oído en el marco de un procedimiento administrativo. Finalmente, analizaremos la sentencia de fecha 11 de junio de 2020 en el asunto C-634/18⁶, sobre los derechos de igualdad ante la ley y de no discriminación y sobre el principio de legalidad en materia penal.

II. Asunto C-659/18: derecho a la asistencia de letrado ante la incomparecencia del acusado en un proceso penal.

³ TJUE, Sentencia de 12 de marzo de 2020, VW, C-659/18, EU:C:2020:201.

⁴ TJUE, Sentencia de 14 de mayo de 2020, UY, C-615/18, EU:C:2020:376.

⁵ TJUE, Sentencia de 4 de junio de 2020, De Loecker, C-187/19, EU:C:2020:444.

⁶ TJUE, Sentencia de 11 de junio 2020, C-634/18, EU:C:2020:455

En este caso, el TJUE se expidió sobre el alcance de las excepciones autorizadas al derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales en el marco de la Directiva 2013/48 y declaró que esa norma se opone a la jurisprudencia nacional española que autorizaba la suspensión del disfrute de ese derecho en razón de la incomparecencia del sospechoso, hasta la ejecución de la orden de detención dictada a su respecto. Como veremos, esta interpretación es concordante con pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y se vincula con asuntos anteriores resueltos por el TJUE.

El pedido de decisión prejudicial fue presentado por el Juzgado de Instrucción Nº 4 de Badalona (España), en el marco de un caso en el que, en un control de carretera, un conductor había presentado un permiso de conducir albanés aparentemente falso. Ello motivó el inicio de una investigación, con fecha 20 de abril de 2018, por los delitos de conducción sin permiso y falsificación de documento público. Asimismo, con fecha 11 de junio de 2018, el mencionado juzgado decidió tomar declaración al imputado, le asignó un defensor de oficio y dispuso su citación que, luego de sucesivos intentos infructuosos para dar con él, derivó en la emisión de una orden de detención con fecha 27 de septiembre de 2018.

El 16 de octubre de ese mismo año, una abogada se presentó en las actuaciones en nombre del investigado, adjuntando un escrito de designación suscrito por él y el acuerdo de la letrada designada anteriormente de oficio.

En este punto, a fin de comprender el conflicto del caso, es menester recordar las disposiciones de Derecho Europeo y de derecho local que debían ser aplicadas por el Juzgado, y que motivaron la petición de la decisión prejudicial.

En primer lugar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 47, segundo párrafo, establece que *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.”* A su vez,

el artículo 48.2 garantiza “a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.” Estas disposiciones en conjunto constituyen la base principal del derecho de defensa en juicio en materia penal, que abarca, como veremos, el derecho a la asistencia letrada.

La Directiva 2013/48 constituye un desarrollo de este derecho y, según sus considerandos, responde al objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia. Para ello, como sabemos, resulta central la confianza mutua entre los Estados en miras al reconocimiento de sus sentencias. Por esa razón, esta directiva se enmarca en un plan de trabajo de la Unión para reforzar los derechos penales de los sospechosos y acusados en los procesos penales.

Pues bien, el artículo 3 de esta norma se ocupa específicamente del derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales, mientras que el art. 8 establece las condiciones generales para la aplicación de excepciones temporales a tal derecho.

Así, el art. 3.1 establece que “Los Estados miembros velarán por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva.”

En cuanto al momento en que debe hacerse efectivo el goce del derecho, el art. 3.2 aclara que debe ser “sin demora injustificada” y “a partir del momento que antes se produzca de entre los que se indican a continuación: a) antes de que el sospechoso o acusado sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales; b) en el momento en que las autoridades de instrucción u otras autoridades competentes realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas con arreglo al apartado 3, letra c); c) sin demora injustificada tras la privación de libertad; d) con la suficiente antelación antes de que el sospechoso o acusado citado a personarse ante el tribunal competente en materia penal se presente ante dicho tribunal.”

Concordantemente con ello, en el derecho nacional español, el art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que “Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo

en las actuaciones, desde que se le comuniquen su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos: (...) d) Derecho a designar libremente abogado, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 a) del artículo 527.” Esta última norma establece que, cuando exista una necesidad urgente de limitar este derecho para evitar comprometer de manera grave el proceso penal, podrá privarse al acusado del derecho de designar un abogado de su confianza.

Pero la clave del asunto se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español acerca de la interpretación de esas normas del derecho interno. Es que la situación de este caso constituía, según esos precedentes, una de las circunstancias excepcionales en las que podía limitarse temporalmente el derecho a la asistencia letrada del acusado. A continuación, reseñaremos los fundamentos de esa toma de postura.

En el caso STC 87/1984 del 27 de julio de 1984⁷, la Sala Primera debió decidir si el procesado por la comisión de un delito que se encontraba en situación de rebeldía tenía derecho a presentarse en el proceso a través de un letrado y, de manera general, a intervenir en el sumario con los medios legales que estimara convenientes para su defensa. La primera observación efectuada en esa oportunidad fue que los procesos ordinarios por la comisión de delitos están basados en el principio de “sujeción del acusado al procedimiento”, que implica, según este tribunal, que la comparecencia personal del acusado en el proceso penal es un deber jurídico y no un derecho o una carga. En el caso concreto, el acusado pretendía actuar en el proceso sin comparecer personalmente, a través de su defensor, pero los tribunales requerían que, previo a actuar en el sumario, aquél se presentara personalmente.

El Tribunal Constitucional explicó que la finalidad del límite que se pretendía imponer al derecho del acusado era hacer cumplir su deber de presencia personal en el proceso, no solo para posibilitar la ejecución de la pena

⁷ Tribunal Constitucional de España, Sala Primera, 27/07/84, Boletín Oficial de España Núm. 403, de 24/08/1984.

sino también porque su presencia es necesaria para el esclarecimiento de los hechos y la continuación del proceso –ya que en el derecho español no se admite la condena en ausencia–. En palabras del Tribunal, por lo tanto, “*no parece, en estas circunstancias, que el requisito de comparecencia personal para poder ejercer el derecho de defensa sea irrazonable o desproporcionado.*”

Más recientemente, en el caso STC 24/2018 del 5 de marzo de 2018⁸, la Sala Primera del Tribunal Constitucional mantuvo su postura en términos generales, aunque diferenció ese caso concreto. A partir de un análisis de su jurisprudencia anterior sobre la cuestión, recordó el principio de sujeción del acusado al procedimiento. Asimismo, afirmó que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, incluyendo el derecho a contar con un defensor, y que éstos pueden ceder si existen otros intereses contrapuestos. Así, a criterio del tribunal, “*debe reputarse en principio razonable y justificada una interpretación judicial de las normas procesales encaminada a disuadir de la incomparecencia injustificada del investigado o acusado*”.

Pero en este fallo, el Tribunal Constitucional incorporó a su fundamentación de este límite pretoriano un examen de proporcionalidad, que consiste del juicio de idoneidad (si la medida restrictiva contribuye a conseguir el objetivo propuesto), del juicio de necesidad (si no existe otra medida más moderada para el logro de ese objetivo) y del juicio de proporcionalidad en sentido estricto (si de ella se derivan más ventajas o beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores). En el caso puntual, entendió que no se había cumplido con el juicio de necesidad, toda vez que el tribunal había omitido toda consideración sobre las razones que el acusado había presentado para justificar su incomparecencia, ya que, a través de su abogado, había declarado residir en Rusia y estar dispuesto a comparecer al proceso por videoconferencia.

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional imponía al Juzgado de Instrucción N° 4 de Badalona demorar la intervención de la abogada hasta tanto el acusado compareciera personalmente al juicio. Ante esta

⁸ Tribunal Constitucional de España, Sala Primera, 05/03/18, Boletín Oficial de España Núm. 90, de 13/04/18.

situación, decidió suspender el proceso y plantear la cuestión prejudicial en los siguientes términos: “*¿Deben interpretarse el artículo 47 de la [Carta] y, en especial, el artículo 3.2 de la Directiva [2013/48] en el sentido de que el derecho a ser asistido por letrado puede ser demorado justificadamente en cuanto el sospechoso o acusado no comparece a la primera citación del Tribunal y se dicta orden nacional, europea o internacional de detención, demorando la asistencia de letrado y su comparecencia en la causa hasta que se verifiquen y el sospechoso sea conducido por la fuerza pública hasta el Tribunal?*”⁹.

La primera cuestión tratada, tanto en el pronunciamiento del TJUE como en las conclusiones del Abogado General, es la aplicabilidad de la Directiva 2013/48 al caso. Para decidir este punto, resultaba central su art. 2 en cuanto establece la aplicación de la norma “*desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro hayan puesto en su conocimiento [del acusado], mediante notificación oficial u otro medio, que son sospechosos o que se les acusa de haber cometido una infracción penal (...)*”. La posición del gobierno español era que, al no haberse logrado citar al acusado, las autoridades no habían puesto en su conocimiento la acusación, por lo que la garantía no resultaba aún técnicamente aplicable. El Abogado General, en un razonamiento que fue tomado por la Corte, afirmó que este argumento no podía ser admitido. Es que la Directiva no exige un medio determinado para que la acusación sea puesta en conocimiento del imputado. Por el contrario, según su opinión, la disposición busca que los Estados puedan disponer de un tiempo razonable para la investigación, asegurando que la garantía en cuestión se torne efectiva cuando las autoridades decidan informar al acusado de su condición. Una vez que esta decisión fue tomada formalmente, no importa ya el medio por el que la persona tome conocimiento de ella.

Un asunto que no fue tratado en el fallo del TJUE pero sí en las conclusiones del Abogado General es el alcance del derecho a la asistencia letrada. Es que el Gobierno español había objetado que los contornos de ese derecho no estaban definidos con claridad en la Directiva, sino que quedaban

⁹ Ver considerando 19.

regidos por el derecho nacional, y que sólo se exigía en cuanto a ciertas actividades procesales enumeradas en el art. 3.3, que no habían sido cumplidas en el caso. El Abogado General, luego de dejar sentado que, a su criterio, la mención en el apartado b) de ese inciso de la presencia de un abogado en el momento del interrogatorio abarcaba a este caso, aclaró que no se trataba de una enumeración taxativa. Ello, a partir de la interpretación del considerando 12 de la Directiva, según el cual el acusado debe poder “*obtener toda la gama de servicios que se asocian específicamente con la asistencia letrada*”. Así, la enumeración que España tomaba como límite de su obligación no era sino una ilustración de los supuestos que cubre el derecho a la asistencia de letrado.

En este punto, el Abogado General citó a su favor la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a que el hecho de que un imputado no comparezca, a pesar de haber sido citado debidamente, no justifica que se lo prive de su derecho a la asistencia de un defensor. Esta jurisprudencia se basa en el art. 6.3.c del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, que reconoce el derecho de un acusado a defenderse a sí mismo o a recibir asistencia jurídica. Así, por ejemplo, en el caso “*Pelladoah v. Países Bajos*” (1994)¹⁰, el tribunal de Estrasburgo entendió que, si bien el interés público en la realización regular de los procesos penales es de vital importancia, también lo es el derecho de defensa del acusado, que impone autorizar la intervención del defensor a pesar de la incomparecencia del acusado¹¹.

Si bien el TJUE no se refirió a esta cuestión en su pronunciamiento, sí citó como precedente el asunto C-612/15¹². En ese caso, refiriéndose a la Directiva 2013/48, el TJUE había aclarado que “*obliga a los Estados miembros a velar por que los sospechosos y acusados tengan derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva*.” Además, recordó que la finalidad de esta norma es promover los derechos garantizados por la Carta de Derechos

¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 22 de septiembre de 1994, caso “*Pelladoah v. Países Bajos*”.

¹¹ Ver también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 21 de enero de 1999, caso “*Geyseghem v. Bélgica*”.

¹² TJUE, Sentencia de 5 de junio de 2018, Kolev, C-612/15, EU:C:2018:392.

Fundamentales de la Unión Europea en el art. 47, párrafo segundo, y 48, apartado 2 –que ya hemos mencionado en este comentario–. A la vez, este último artículo coincide, según la Corte, con el art. 6, apartado 3, del Convenio Europeo.

A continuación, el TJUE analizó las normas relativas a los límites que los Estados pueden fijar al derecho a la asistencia de letrado. Se trata de las situaciones contempladas en el artículo 3, apartado 5 (lejanía geográfica del acusado que imposibilite el ejercicio del derecho sin demora injustificada), el artículo 3, apartado 6, letra a) (necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona) y el artículo 3, apartado 6, letra b) (situaciones en las que se da una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades para evitar comprometer de modo grave el proceso penal), todos ellos de la Directiva 2013/48. Según el criterio del TJUE y las conclusiones del Abogado General, estos límites sí son taxativos y deben ser interpretados de manera estricta.

En rigor, el único límite legítimo que podría entrar en consideración es el previsto en el art. 3, apartado 6, letra b de la Directiva. Sin embargo, este argumento es cuidadosamente examinado y descartado en las conclusiones del Abogado General. En efecto, él toma los ejemplos que proporciona el considerando 32 de esa norma en cuanto al concepto de “comprometer de modo grave” el proceso, en particular la destrucción de pruebas esenciales y la manipulación de testigos, y afirma que no pueden equipararse a la mera dilación. Lo que resulta particularmente desconcertante –en sus propios términos– para el Abogado General es que se sostenga la importancia de obtener la declaración del acusado para el esclarecimiento de los hechos como un objetivo legítimo de la restricción cuando, al mismo tiempo, el sistema constitucional local garantiza su derecho de negarse a declarar. Concluye que la jurisprudencia española tiene como objetivo real operar como “*moneda de cambio*” para “*forzar la comparecencia ante el tribunal*”, o bien, ser una “*recompensa*” para “*sospechosos cooperativos*”¹³. Por ello, este límite no resulta compatible con la

¹³ Ver considerando 60 de las conclusiones del Abogado General.

interpretación restrictiva que debe darse a las excepciones a los derechos reconocidos en la Directiva.

En consecuencia, el Tribunal respondió que la Directiva 2013/48 debe interpretarse, a la luz del artículo 47 de la Carta –tutela judicial efectiva– en el sentido de que se opone a una normativa nacional según la cual, durante la fase de instrucción, el derecho a la asistencia de letrado puede demorarse por razón de la incomparecencia del sospechoso o acusado tras habersele practicado la citación para comparecer ante el juzgado, hasta la ejecución de la orden de detención dictada contra él.

III. Asunto C-615/18 sobre el derecho a la información de una persona acusada en un procedimiento penal en un estado miembro de la Unión Europea distinto del cual es residente.

En este ocasión, el TJUE tuvo oportunidad de expedirse nuevamente en relación con el derecho a la información que se le reconoce a toda persona acusada de haber cometido una infracción penal, en el marco de la Directiva 2012/13/UE, que establece normas mínimas comunes de aplicación en lo que se refiere a la información sobre los derechos y la acusación que se habrá de proporcionar a las personas sospechosas o acusadas, con vistas a mejorar la confianza recíproca entre los Estados miembros de la Unión¹⁴.

En particular, la petición de decisión prejudicial tuvo por objeto la interpretación del art. 6 de la Directiva 2012/13/UE, que dispone que: *“Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada reciba información sobre la infracción penal que se sospecha ha cometido o está acusada de haber cometido. Esta información se facilitará con prontitud y con el grado de detalle necesario para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa.”*

La cuestión prejudicial fue planteada por el Tribunal en lo Civil y Penal de Kehl, Alemania, en el marco de un procedimiento penal seguido contra UY, un

¹⁴ Ver considerando 14 de la Directiva 2012/13/UE.

conductor profesional de camiones con residencia habitual en Polonia, que se vio implicado en julio de 2017 en un accidente de circulación en Alemania. A pedido de la Fiscalía, y en cumplimiento del art. 132.1.2 de la Ley de Procedimiento Penal alemana (en adelante StPO)¹⁵, el acusado nombró a un empleado del órgano jurisdiccional como su apoderado para recibir las notificaciones del proceso. En el marco de aquel litigio, en agosto de 2017, se dictó un auto penal¹⁶ por abandono indebido del lugar del accidente, y se le impuso una multa y la inhabilitación para conducir por el plazo de tres meses. Esta decisión fue notificada a su apoderado quien, a su vez, envió el auto penal al conductor por correo ordinario, sin existir constancias de que efectivamente haya recibido la comunicación en su país de residencia.

Cabe aclarar que, conforme al art. 410 de la StPO, el acusado tenía derecho a formular una oposición contra el auto penal de imposición de pena por un plazo de dos semanas a partir de su notificación, luego del cual la sentencia queda firme. Sin embargo, este plazo comienza a correr desde la notificación al apoderado, y no así al interesado. En el caso, el auto penal no fue recurrido, por lo que quedó firme en septiembre del mismo año. En diciembre de 2017, UY fue sometido a un control de carretera por la policía alemana. En aquella oportunidad, la fiscalía de Offenbourg (Alemania) inició una acción penal ante el Tribunal de Kehl, solicitando que se condenase a UY por conducción imprudente sin autorización, mientras pesaba contra él una privación del derecho a conducir.

¹⁵ Art. 132, StPO: “(1) Cuando un acusado sobre el que pesen fundadas sospechas de haber cometido una infracción penal no tenga su residencia o su domicilio permanente en el ámbito territorial de aplicación de la presente Ley y no concurren los requisitos para decretar su prisión provisional, podrá emitirse una orden, con el fin de garantizar la sustanciación del proceso penal, con arreglo a la cual el acusado:

1. preste una fianza adecuada para satisfacer la posible multa y las costas del procedimiento y
2. nombre como apoderado a efectos de notificaciones a una persona residente en la demarcación del tribunal competente.” (traducción tomada del considerando 8).

¹⁶ Se trató de un auto de autorización de decreto de propuesta de imposición de pena, sin celebración de juicio oral. Esto se da en causas por infracciones penales menos graves, en las cuales el art. 407, StPO autoriza al Fiscal a formular por escrito la acusación, sin celebración de debate oral. No obstante, el acusado puede formular oposición contra el auto. (ver considerando 9).

El tribunal de Kehl consideró que el conductor había actuado de forma negligente al no ocuparse de obtener, a través de su apoderado, información sobre el resultado del proceso penal iniciado en su contra, por lo que no podía ampararse en el hecho de no haber sido efectivamente notificado sobre el auto penal¹⁷. A pesar de ello, sí cuestionó que fuese compatible con la Directiva 2012/13/UE y los art. 21, 45, 49 y 56 del TFUE, sostener que el auto penal contra el acusado hubiese quedado firme. Ello, en tanto no podrían derivarse consecuencias negativas de la obligación que se le impone a los acusados no residentes de otorgar un poder a efectos de ser notificados por hallarse su domicilio fuera de Alemania. En virtud de ello, el órgano jurisdiccional remitente alegó que UY padeció tales consecuencias, sin que hayan podido subsanarse de otra manera¹⁸.

Es necesario destacar que la StPO, en los arts. 44 y 45¹⁹, prevé un procedimiento de retroacción de actuaciones a la situación anterior, en caso de que una persona incumpla un plazo procesal por causas ajenas a su responsabilidad. Así, puede solicitar, dentro del término de una semana desde la desaparición del obstáculo que le impidió cumplir con él, que se retrotraigan las actuaciones a la etapa anterior. Con este mecanismo, entonces, el conductor tendría la posibilidad, una vez notificado efectivamente del auto penal, de solicitar que se retrotraigan las actuaciones al momento de la notificación para poder interponer la oposición al auto penal.

No obstante, el órgano jurisdiccional remitente reconoció que la mera existencia de este procedimiento no compensaba la situación en la que se había colocado al acusado por varios motivos; entre ellos, que debido a que la solicitud

¹⁷ Ver considerando 27.

¹⁸ Ver considerando 23.

¹⁹ StPO, art. 44: Si una persona incumple un plazo por causas ajenas a su responsabilidad, previa solicitud, se le concederá la reposición a la situación anterior. El incumplimiento de un plazo de recurso no se considerará imputable al interesado si se ha omitido la información sobre los recursos con arreglo a los artículos 35a, primera y segunda frase; 319, apartado 2, tercera frase, o 346, apartado 2, tercera frase.”;

Art. 45: 1. “La solicitud de retroacción de actuaciones a la situación anterior deberá presentarse en el plazo de una semana desde la desaparición del obstáculo que impidió al acusado cumplir el plazo, ante el tribunal donde hubiera debido cumplirse el plazo. Para la observancia del plazo aquí previsto bastará que la solicitud se presente en tiempo oportuno ante el tribunal que la ha de resolver.” (Traducciones tomadas de los considerandos 6 y 7).

de retroacción de actuaciones debe presentarse en el plazo de una semana desde la desaparición del obstáculo a causa del cual el interesado no ha podido cumplir el plazo procesal, esto lo coloca en una situación más desventajosa que al ciudadano residente (por tener una semana menos que el plazo convencional para presentar la oposición). Además, la persona acusada tiene la carga de demostrar que el incumplimiento del plazo no le es adjudicable. Más aún, la solicitud de retroacción de actuaciones no tiene efecto suspensivo por lo que, en este caso, el acusado debía transitar este proceso inhabilitado de poder conducir²⁰.

En resumidas cuentas, el TJUE tuvo que expedirse respecto de *“si los artículos 21 TFUE, 45 TFUE, 49 TFUE y 56 TFUE y el artículo 6 de la Directiva 2012/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual una persona residente en otro Estado miembro se expone a una sanción penal si no respeta, a partir de la fecha en la que devino firme, un auto que la condenó a una privación del derecho a conducir, aun cuando, por una parte, el plazo de dos semanas para formular oposición contra ese auto comienza a correr a partir de su notificación, no al interesado, sino a su apoderado a efectos de notificaciones y, por otra parte, el interesado desconocía la existencia del auto en la fecha en que contravino la privación del derecho a conducir derivada de aquel.”*²¹

Como hemos mencionado, esta no es la primera oportunidad en la que el TJUE se ha expresado sobre el derecho a la información de las personas acusadas en procedimientos penales, en relación con la Directiva 2012/13/UE. Tanto el TJUE como el Abogado General mencionan los asuntos Covaci (2015)²² y Tranca y Otros²³ (2017). En el primero, el TJUE había declarado que no se oponía al Derecho de la Unión (en particular, de los art. 2, 3, apartado 1, letra c), y 6, apartados 1 y 3, de la Directiva 2012/13/UE), la normativa de un Estado

²⁰ Ver considerandos 27 a 32.

²¹ Ver considerando 35.

²² TJUE, Sentencia de 15 de octubre de 2015, Covaci, C-216/14, EU:C:2015:686.

²³ TJUE, Sentencia de 22 de marzo de 2017, Tranca y otros, C-124/16, C-188/16 y C-213/16, EU:C:2017:228.

miembro que, en un procedimiento penal, imponía a una persona acusada no residente la obligación de designar un representante legal a efectos de la notificación de una orden penal dictada en su contra, siempre que la referida persona dispusiera efectivamente de todo el plazo impartido para formular oposición contra dicha orden²⁴. Por otra parte, en el caso *Tranca y Otros*, la Sala Quinta del TJUE decidió que no se oponía a la Directiva 2012/13/UE, una normativa de un Estado miembro que, en el marco de un proceso penal, establecía que el encausado que no resida en ese Estado miembro o que no disponga de un domicilio fijo en éste o en su Estado de origen tuviese la obligación de designar a un representante para ser notificado de un auto de imposición de pena y, que el plazo para apelar comience a correr desde la notificación de dicho auto al representante; esto siempre que el interesado tenga conocimiento efectivo de la decisión, y que se le reintegre en la misma situación que si dicho auto se le hubiera notificado en persona y, en particular, que disponga del plazo de oposición íntegro, en su caso, mediante una reposición a la situación anterior²⁵.

En el presente asunto, el TJUE fue claro al afirmar que un auto penal de esta naturaleza significaba una forma de comunicación de la acusación, por lo que debían cumplirse con los objetivos fijados por el art. 6 de la Directiva de asegurar que los acusados pudieran acceder a la información para salvaguardar la equidad del proceso y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de defensa²⁶. Recordemos que el art. 2.1 de la Directiva establece que ésta “(...) se aplica desde el momento en que las autoridades competentes de un Estado miembro ponen en conocimiento de una persona que es sospechosa o que se le acusa de haber cometido una infracción penal, hasta la conclusión del proceso, es decir, hasta la decisión definitiva que determina si la persona sospechosa o acusada ha cometido o no la infracción penal, incluidas, cuando proceda, la imposición de la condena y la resolución de cualquier recurso.”. Así, como explica el Abogado general, la amplitud de los términos en los que está

²⁴ Ver punto 2 de la resolución.

²⁵ Ver la declaración de la Sala Quinta, párrafos 1 y 2.

²⁶ Art. 6. 1 de la Directiva 2013/12/UE.

redactado el artículo, permite incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva, aquellas situaciones en las que se ha adoptado una resolución en principio definitiva pero en las que el procedimiento se reabre posteriormente conforme al Derecho Nacional²⁷.

Ahora bien, la Directiva no prescribe la forma en la que debe llevarse a cabo efectivamente la comunicación de la información relativa a las acusaciones de los sospechosos y acusados. No obstante, esta norma debe aplicarse a todas las personas, independientemente de su situación jurídica, ciudadanía o nacionalidad²⁸. En esta línea, el Abogado General ha remarcado que la situación transfronteriza del procedimiento penal podría provocar una posible discriminación indirecta de un acusado, en razón de los diferentes regímenes de notificación de los documentos judiciales a las personas residentes en Alemania y a las residentes en el extranjero²⁹. De esta forma, resulta necesario que los métodos elegidos para llevar a cabo las notificaciones y las consecuentes acciones en un procedimiento penal, eviten cualquier clase de discriminación entre los acusados residentes, y aquellos cuyos domicilios se encuentran fuera del Estado en el que se radica el proceso penal.

Como vimos en el caso, los únicos obligados a designar un apoderado para ser notificados de las resoluciones judiciales en la normativa alemana son las personas que no poseen su residencia habitual o domicilio en Alemania.

El gobierno alemán alegó que la legislación nacional cuestionada debía considerarse conforme al Derecho de la Unión, en razón de que si bien la normativa estipula que el auto penal deviene firme transcurridas dos semanas desde la notificación al apoderado, lo cierto es que al acusado aún le restaba la posibilidad de solicitar el procedimiento de retroacción de las actuaciones (art. 44, StPO), alegando su falta de responsabilidad en la expiración del plazo para recurrir la decisión firme. Sin embargo, como hemos señalado, la existencia de

²⁷ Ver considerando 35 de las conclusiones del Abogado General.

²⁸ Ver considerando 16.

²⁹ Ver considerando 24.

este procedimiento no garantiza la equidad en el proceso entre residentes y no residentes.

En esta medida, el TJUE consideró que no resultaba violatorio del art. 6 de la Directiva, una normativa de un Estado miembro que fijara que un auto penal quedará firme transcurridas dos semanas desde la notificación al apoderado a efectos de notificaciones de la persona que es objeto de la decisión judicial, siempre que el interesado disponga efectivamente del mismo plazo -esto es, dos semanas- para oponerse a la decisión judicial, tan pronto como el acusado fuese efectivamente notificado.

Cabe señalar que, la única forma de asegurar que una persona acusada no residente cuente con el mismo plazo de dos semanas que una con domicilio en la jurisdicción del Tribunal, es que el plazo del art. 45 de la StPO -de una semana- sea prorrogado en la práctica judicial. Esta fue la postura del Gobierno alemán, quien sostuvo que las disposiciones de su derecho interno podían reinterpretarse conforme al Derecho de la Unión; así, por ejemplo, el término para interponer la solicitud de retroacción de actuaciones desde el momento en que el interesado ha sido efectivamente notificado podía flexibilizarse y “reinterpretarse” para concederle igual plazo que a un ciudadano residente. Sin embargo, el Abogado General advirtió que resultaba cuestionable este intento de armonización del derecho nacional, pues una interpretación conforme al Derecho de la Unión no podía servir para efectuar una interpretación *contra legem*, lo que parecía suceder si se permitía una lectura de un plazo preciso de una disposición en otro término diferente. Esto llevó al Abogado General a plantearse, a la luz de la cantidad de asuntos prejudiciales llegados al TJUE en virtud de esta normativa alemana, *“durante cuánto tiempo más va a seguir siendo justificable este doble tratamiento de la notificación de resoluciones judiciales de carácter penal, tanto en el plano de la Unión como en el nacional.”*³⁰

Por último, el TJUE sí afirmó que resultaba contrario al art. 6 de la Directiva que se condene a una persona por haber incumplido un auto penal, si no había quedado acreditado que las autoridades nacionales hayan garantizado

³⁰ Ver considerando 74 de las conclusiones del Abogado General.

que el contenido de ese auto fuera puesto en conocimiento efectivo de la persona interesada³¹. De esta manera, queda descartada la posición asumida por el tribunal remitente, respecto a que al acusado le incumbía una carga de procurarse a sí mismo la información respecto del resultado de un proceso penal seguido en su contra, para no incurrir así en una conducta negligente. Esto se debe a que, considerar lo contrario, implicaría imponerle al acusado no residente, una obligación más gravosa de encargarse de informarse efectivamente sobre el devenir de un proceso penal iniciado en su contra, en comparación con la que le incumbiría si tuviese su domicilio en el Estado miembro en el que se desarrolla el proceso.

IV. Asunto C-187/19 sobre el derecho a ser oído según el art. 41.2.a) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En este pronunciamiento, el TJUE se refirió a los alcances del derecho a ser oído en el marco de los procedimientos administrativos. En particular, lo que estaba en discusión en este caso es en qué etapas del procedimiento administrativo resulta exigible la audiencia del interesado. El TJUE otorgó a este derecho una interpretación amplia, confirmando la decisión del Tribunal General que había sido recurrida por el Servicio Europeo de Acción Exterior (en adelante, SEAE).

En primer lugar, debemos recordar que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea desarrolla en su art. 41 el derecho a una buena administración, entendido como el derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. En el apartado 2.a) de este artículo, se aclara que este derecho incluye “*el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente.*”

Para comprender el alcance de la cuestión debatida en este caso, presentaremos un resumen de los hechos. Stéphane De Loecker era un agente

³¹ Ver considerando 65.

temporal del SEAE, que ostentaba el puesto de jefe de la Delegación de la Unión Europea en Burumbura (Burundi) desde el 1 de enero de 2011. En el año 2013, se realizó una inspección de esa Delegación que reveló la presencia de graves deficiencias en la gestión por parte del nombrado. El proyecto del informe respectivo fue entregado al Sr. De Loecker, quien luego participó en una reunión con miembros de jerarquía del SEAE en la que se le indicó que la decisión de su remoción del puesto ya había sido adoptada en principio. Dentro del plazo que le fue concedido, De Loecker presentó comentarios al proyecto de informe.

Con fecha 15 de julio de 2013, el Alto Representante de la Unión Europea para los Asuntos Exteriores y Política de Seguridad dispuso el traslado de De Loecker a la sede del SEAE para ocupar otro puesto, mencionando la comprobación de graves deficiencias en su gestión en la Delegación en Burundi. En este punto, De Loecker remitió al Alto Representante un documento donde afirmaba haber sufrido acoso psicológico por parte del director general administrativo y solicitaba que se iniciara una investigación administrativa, ello en los términos de los arts. 12 bis y 24 del Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea.

El mencionado artículo 24 dispone que *“La Unión asistirá a los funcionarios, en especial mediante la persecución contra los autores de amenazas, ultrajes, injurias, difamaciones o atentados contra la persona y los bienes, de que el funcionario, o miembros de su familia, sean objeto (...). La Unión reparará solidariamente los daños sufridos por el funcionario por esta causa.”*

Pues bien, con fecha 14 de abril de 2014, el Alto Representante denegó la solicitud de De Loecker, sobre la base de que la Oficina de Investigación y Disciplina de la Comisión (IDOC), que había participado en la tramitación del expediente, había llegado a la conclusión de que no era necesario iniciar una investigación administrativa. Este es un punto central, ya que lo que se debate en el caso es si esta forma de proceder fue respetuosa del derecho a ser oído. Es que con fecha 16 de diciembre de 2015, el Tribunal de la Función Pública anuló esa decisión por entender que el SEAE no había respetado el derecho a

ser oído consagrado en el art. 41, apartado 2, letra a) de la Carta, antes de tomar la decisión definitiva.

A raíz de ello, el SEAE le indicó a De Loecker que debía considerar la resolución del Alto Representante de fecha 14 de abril de 2014 como un proyecto de respuesta y pidió que le comunicase aquello que quisiera añadir a los documentos que ya había aportado. Luego de cumplida esa audiencia, el SEAE denegó la solicitud de asistencia. El Tribunal General, al entender en el caso, declaró, en lo que aquí interesa, que el fallo del Tribunal de la Función Pública debió interpretarse como una exigencia de garantizar la audiencia del interesado en la fase del procedimiento en que la IDOC había analizado el caso para elaborar su informe preliminar.

La crítica central del SEAE a esa afirmación, en el recurso de casación resuelto por el TJUE, es que el Tribunal General incurrió en un error de derecho al asignar al derecho a ser oído una extensión indebida, estimando que se aplicaba durante el procedimiento de adopción de un acto de trámite. A su criterio, las audiencias concedidas eran suficientes para garantizar el cumplimiento efectivo de su derecho.

El TJUE recordó que el derecho a ser oído “*garantiza a cualquier persona la posibilidad de expresar de manera adecuada y efectiva su punto de vista durante el procedimiento administrativo y antes de que se adopte cualquier decisión que pueda afectar desfavorablemente a sus intereses.*”³² Sobre la base de esa observación, explicó que De Loecker había sido oído antes de que la IDOC procediera al análisis del caso, pero no lo fue ni durante el análisis ni antes de que remitiera sus conclusiones al SEAE. Por lo tanto, la instrucción del expediente llevada a cabo por la IDOC no había garantizado el derecho a ser oído por parte de De Loecker. En este sentido, una observación que resulta crucial es que “*haberle dado audiencia habría podido llevar eventualmente a la IDOC a formular conclusiones diferentes, lo que habría podido dar lugar a la apertura de una investigación administrativa.*”³³

³² Ver considerando 68.

³³ Ver considerando 73.

Por ello, el TJUE rechazó el recurso del SEAE contra la sentencia del Tribunal General y mantuvo la decisión relativa a que la falta de audiencia de De Loecker antes de la elaboración del informe de la IDOC resultaba violatoria de los derechos de aquél.

Ahora bien, al determinar los alcances de esta decisión, debe tenerse en cuenta que el TJUE en distintas oportunidades ha destacado que el derecho a ser oído no es absoluto y que, en determinadas condiciones, una audiencia *a posteriori* en el marco de la resolución de un recurso contra una decisión desfavorable puede garantizar suficientemente el respeto de este derecho³⁴. Sin embargo, como es lógico, esta excepción no puede ser de aplicación cuando se cause un perjuicio que no pueda ser reparado a través del recurso posterior. Desde esta óptica, la solución del TJUE al caso bajo análisis parece correcta, pues una audiencia posterior a la elaboración del informe por parte de la IDOC no era capaz de reparar las conclusiones adversas de dicho instrumento, sobre las que en definitiva se basó la decisión final.

V. Asunto C-634/18 sobre el derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y el principio de legalidad en materia penal.

En esta oportunidad, el TJUE analizó la validez, a la luz de los derechos de igualdad ante la ley, de no discriminación y del principio de legalidad (arts. 20, 21 y 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁵), de que

³⁴ Ver TJUE, Sentencia de 3 de Julio de 2014, Kamino International Logistics, C-129/13 y C-130/13, EU:C:2014:2041, pág. 55 y sus citas. No obstante, en ese caso, el TJUE señaló la exigencia de que el recurso administrativo tenga efectos suspensivos de la ejecución de la resolución de que se trate.

³⁵ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

Art. 20: Todas las personas son iguales ante la ley.

Art. 21: 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

Art. 49: 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el

un Estado miembro tipifique como delito una conducta que se ha obligado a sancionar penalmente por medio de una Decisión marco, pero dejando en manos de los órganos jurisdiccionales nacionales la interpretación del significado de un elemento constitutivo de la figura penal.

Puntualmente, nos referimos a la Decisión marco 2004/757/JAI de 25 de octubre de 2002, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. Por medio de esta norma, los Estados miembro de la Unión se han obligado a sancionar, entre otras conductas, la posesión de drogas con fines de tráfico ilícito y, en caso de tratarse de la tenencia de “grandes cantidades de drogas”, a agravar las penas con un mínimo de diez años de prisión. El *quid* de la cuestión prejudicial radicó en la interpretación que cabía dar al concepto “grandes cantidades de drogas”, que se encuentra en el art. 4, apartado 2, letra a de la mencionada decisión. Ello, en razón de que Polonia, a la hora de transponer la norma de la Unión a su derecho interno –en el art. 62, apartado 2 de su Ley de Prevención del Consumo de Drogas–, no desarrolló el contenido de aquel concepto, sino que confió su interpretación a los tribunales nacionales.

La cuestión prejudicial fue planteada por el Tribunal de Distrito de Slupsk (Polonia), que sostuvo que, dado que el concepto de “grandes cantidades de drogas” no había sido precisado por la Decisión marco, y que el Estado polaco había optado por que sean los órganos jurisdiccionales nacionales los encargados de definirlo, ello podría dar lugar a que personas acusadas por la posesión de la misma cantidad de estupefacientes sean sancionadas con distintas penas por distintos tribunales, lo que representaría una violación al derecho de igualdad ante la ley y de no discriminación, como consecuencia de una afectación previa al principio de legalidad.

Puntualmente en este caso, la cuestión prejudicial se originó en un procedimiento penal iniciado contra JI, acusado por la posesión de una cantidad considerable de estupefacientes que, según se menciona, eran para su consumo

momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.

personal. Esta conducta se encuentra reprimida en el derecho polaco con pena de prisión, en virtud de la Ley de Prevención del Consumo de Drogas³⁶³⁷.

Analicemos en detalle la posible afectación de derechos que planteó el órgano jurisdiccional remitente. Por empezar, ésta podría darse en dos planos distintos: uno a nivel interno y otro a nivel inter-Estados. De esta manera, podría violarse el derecho de igualdad ante la ley y de no discriminación, si dos ciudadanos dentro del mismo Estado fuesen sancionados con penas distintas por parte de dos órganos jurisdiccionales nacionales distintos, por la tenencia de la misma cantidad de drogas; ello, en virtud de que lo que para un juez podría interpretarse como una cantidad considerable de estupefacientes, podría no serlo para otro.

³⁶ El artículo 62, apartado 1, de la Ley de Prevención del Consumo de Drogas de Polonia, la posesión ilegal de estupefacientes o sustancias psicotrópicas se castigará con una pena de prisión de hasta tres años. No obstante, el artículo 62, apartado 2 establece que cuando la posesión ilegal de estupefacientes o sustancias psicotrópicas se refiera a cantidades considerables de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, el autor será castigado con una pena de prisión de uno a diez años. (Traducción tomada del considerando 7).

³⁷ Si bien esta cuestión escapa al objeto principal del trabajo, cabe mencionar que la intervención del TJUE en esta cuestión prejudicial fue cuestionada por la Fiscalía de Distrito de Slupsk, por los gobiernos polaco, español, sueco, y por la propia Comisión Europea, quienes opinaron que la conducta por la que se lo acusaba a JI no se hallaba comprendida en la Decisión Marco 2004/757, en tanto ésta sólo garantiza de los Estados penalicen en sus jurisdicciones la posesión de drogas con fines de tráfico ilícito, y no así con fines de consumo personal, como era el caso del acusado en este procedimiento. En consecuencia, quienes se opusieron al pronunciamiento del TJUE alegaron que se estaría permitiendo que el Tribunal de Justicia interprete una disposición de Derecho nacional (art. 62.2, de la Ley de Prevención del Consumo de Drogas de Polonia) y no así del Derecho de la Unión. El problema radica, en realidad, en que Polonia decidió legislar la posesión de drogas en un mismo tipo penal, sin hacer distinciones respecto a la finalidad de la conducta (tráfico ilícito o consumo personal). En igual sentido, la circunstancia agravante de “grandes cantidades de estupefacientes” aplica a ambas modalidades de tenencia. Si bien por medio del art. 62 de la Ley de Prevención del Consumo de Drogas, Polonia ha cumplido con la transposición al derecho interno de las obligaciones que le impone la Directiva Marco 2004/7575 de sancionar con pena la posesión de drogas con fines de tráfico ilícito y agravar las penas en caso de que se trate de cantidades considerables de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, Polonia ha extendido el reproche penal y la correspondiente circunstancia agravante, a casos de tenencia con fines de consumo personal. Lo cierto es que el caso traído por medio de la presente cuestión prejudicial era de posesión de drogas para consumo personal, casos sobre los cuales el legislador de la Unión ha dado libertad a los Estados miembro para que decidan respecto DE su criminalización. Sin embargo el TJUE, recordando su propia jurisprudencia, afirmó que en repetidas oportunidades se ha declarado competente para pronunciarse sobre cuestiones prejudiciales relativas a disposiciones del Derecho de la Unión en situaciones en las que los hechos del procedimiento principal se situaban fuera del ámbito de aplicación de este y eran, por lo tanto de la competencia de los Estados miembros, pero en las que dichas disposiciones del Derecho de la Unión habían sido declaradas aplicables por el Derecho nacional en virtud de una remisión al contenido de aquellas, como es el caso aquí del concepto “cantidades considerables de drogas” (ver considerando 24 y 25).

Por otro lado, dado que la Carta no ha definido qué debe entenderse por “cantidades considerables de drogas”, la afectación a estos derechos podría darse también entre distintos países dentro de la Unión Europea. Así, los criterios jurisprudenciales para interpretar qué debe entenderse en Polonia por una gran cantidad de estupefacientes como elemento constitutivo de la circunstancia agravante podrían no ser los mismos en otro Estado miembro. En efecto, la suerte de un ciudadano de la Unión podría cambiar por la mera circunstancia del Estado en el que ha cometido la infracción y en el que, consecuentemente, será juzgado³⁸.

Ahora bien, el TJUE ha sido claro en cuanto a que la Decisión marco constituye un *instrumento de armonización mínima*. Como tal, los Estados disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de aplicar el concepto en cuestión en su derecho interno³⁹, siempre y cuando se respeten los derechos fundamentales que la Carta busca garantizar. Como explica la Abogada General, la Decisión marco no tiene como fin lograr dentro de los Estados miembros de la Unión Europea una armonización plena de los tipos penales en materia de tráfico ilícito de drogas, ni una aplicación de penas homogéneas entre todas las jurisdicciones europeas⁴⁰; los únicos límites estarían dados por una aplicación razonablemente previsible del Derecho Penal y que, a su vez, se asegure la efectividad de la Decisión Marco⁴¹.

Debemos preguntarnos, entonces, si resulta ajustado al derecho de la Unión, que un elemento constitutivo de un tipo penal sea redactado de forma lo suficientemente amplia para que quede su interpretación en manos de los Estados miembro y, en última instancia, de sus tribunales nacionales. Aquí resulta inevitable repasar la opinión del TJUE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) respecto a los alcances del principio de legalidad, ello en tanto el propio TJUE afirma que el principio de legalidad de los delitos y de las penas recogido en el art. 49.1 de la Carta tiene el mismo sentido

³⁸ En este sentido, ver el considerando 13.

³⁹ Ver considerando 41.

⁴⁰ Ver considerando 60

⁴¹ Ver considerando 58.

y alcance que el garantizado en la Convención Europea de Derechos Humanos, en el art. 7, apartado 1.⁴²

En los apartados 48 y 49, el TJUE recuerda que las disposiciones penales deben respetar determinados requisitos de accesibilidad y de previsibilidad tanto en lo que respecta a la definición de la infracción como a la determinación de la pena, y que esto se logra cuando el justiciable puede saber, a partir del texto de la disposición pertinente y, si fuera necesario, con ayuda de la interpretación que de ella hacen los tribunales, qué actos y omisiones desencadenan su responsabilidad penal. Con iguales palabras se ha expresado el TEDH en el caso *Kokkinakis v. Grecia* (1993)⁴³. Puntualmente en el considerando 40 de esta decisión, el TEDH afirmó que: “(...) *la redacción de muchos estatutos no es absolutamente precisa. La necesidad de evitar una rigidez excesiva y de adaptarse a la evolución de las circunstancias cambiantes hace que muchas leyes se formulen inevitablemente en términos que, en mayor o menor medida, son vagos (...) La interpretación y aplicación de estas disposiciones depende de la práctica.*”⁴⁴

En primer término, esto respondería de forma negativa al interrogante respecto a una posible afectación al principio de legalidad por la forma imprecisa en la que la Decisión marco ha legislado un tipo penal, y en la que la legislación polaca ha incluido la circunstancia agravante en su derecho interno, en tanto los órganos jurisdiccionales nacionales asienten una jurisprudencia clara y previsible respecto a qué debe entenderse por “cantidades considerables de drogas”⁴⁵.

⁴² Ver considerando 47.

⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25/05/93, “*Case Kokkinakis v. Greece*”, considerando 52. Ver también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 22/11/95, “*Case C.R. v. United Kingdom*”, considerando 33.

⁴⁴ En esa misma línea, la Abogada General sostuvo que: “La naturaleza, la variedad, los efectos y las propiedades intrínsecas de los distintos tipos de droga dificultan el establecimiento de una definición universal de lo que constituyen «grandes cantidades» de estas sustancias.” Ver considerando 78 de las conclusiones de la Abogada General.

⁴⁵ La abogada general, en sus conclusiones, ejemplifica cuando no estaríamos frente una jurisprudencia respetuosa de los derechos reconocidos en la Carta. Así, en el considerando 79 aclara que: “*una situación en la que la actual jurisprudencia de los tribunales inferiores no permita a una persona saber si la posesión de una cantidad de droga suficiente para que entren en estado de narcosis varias decenas de personas basta para que se realice el tipo agravado del delito o si esto solo sucede cuando se posee una cantidad suficiente para varios cientos (o incluso miles) de personas no sería conforme, a mi parecer, con el principio de previsibilidad. Iría*

Por otro lado, en relación con los derechos de igualdad ante la ley y de no discriminación, El TJUE ha afirmado en distintas decisiones que: *“el principio de igualdad y no discriminación exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que las situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado”*⁴⁶. Dicho esto, en tanto los órganos jurisdiccionales nacionales traten situaciones comparables de la misma forma, esto es, aplicando las mismas penas a sus ciudadanos por la posesión de cantidades similares de drogas, no podría hablarse de que exista una afectación a sus derechos.

Por otro lado, según la opinión del Tribunal, tampoco puede entenderse que exista una afectación a estos derechos si distintos Estados fijan criterios diversos respecto a qué debe entenderse por “cantidades considerables de drogas” debido a que, como hemos dicho, la Decisión Marco no busca armonizar completamente la aplicación del Derecho Penal dentro de la Unión. Como remarca el TJUE, las decisiones marco sólo obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios⁴⁷.

VI. A modo de cierre

En este trabajo hemos presentado cuatro decisiones recientes del TJUE en materia de garantías procesales. En primer lugar, vimos que en el asunto C-659/18, el tribunal descartó una línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional

más allá del grado de flexibilidad necesario para evitar la excesiva rigidez y para adaptarse a las circunstancias cambiantes”.

⁴⁶ Ver TJUE, Sentencia de 26 de octubre de 2006, Koninklijke Coöperatie Cosun, C-248/04, EU:C:2006:666, considerando 72; TJUE, Sentencia de 6 de octubre de 2009, Dominic Wolzenburg, C-123/08 EU:C:2009:616, considerando 63; TJUE, Sentencia de 3 de mayo de 2007, Advocaten voor de Wereld, C-303/05, EU:C:2007:261, considerando 56. .

⁴⁷ Ver considerando 39.

de España como contraria al Derecho Europeo y, en particular, a la Directiva 2013/48 sobre el derecho a la asistencia de letrado en procesos penales.

En el asunto C-615/18, observamos cómo el TJUE reafirmó su jurisprudencia previa de casos como “Tovaci” y “Tranca y otros”, respecto a que resulta respetuoso del derecho reconocido en el art. 6 de la Directiva 2013/12/UE, que las personas acusadas no residentes en el Estado miembro en el que se desarrolla un proceso penal, sean notificadas de decisiones judiciales a través de representantes o apoderados, siempre que los plazos para impugnar tales decisiones sean iguales para acusados residentes y no residentes.

Luego, en el asunto C-187/19, analizamos el alcance amplio que el TJUE otorgó al derecho a ser oído en el marco de procedimientos administrativos de la Unión, que debe cumplirse incluso durante la producción de informes preliminares. Ello, considerando que, en el caso, las conclusiones del informe de la IDOC –que no había dado audiencia al interesado– habían sido determinantes para la decisión finalmente adoptada.

Por último, en el asunto C-634/18, vimos cómo el TJUE ha sostenido que el derecho de igualdad ante la ley, no discriminación y el principio de legalidad reconocidos en la Carta, no se ven afectados en casos en los que los Estados de la Unión dejan en manos de sus tribunales nacionales la interpretación de algún concepto que forma parte de un tipo penal, siempre que exista una jurisprudencia consolidada que brinde previsibilidad y seguridad jurídica a las personas acusadas.

Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

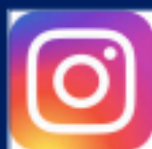
www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH