

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

Año IX – Nr. 1 – 1º semestre 2021



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 IX – N° 1 – primer semestre 2021

**ISSN: 2346-9196**

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)  
Buenos Aires - Argentina  
[jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar](mailto: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	3
-----------------------	---

## Doctrina /

La resignificación del Estado a la luz de la integración regional VANESA ELIZABETH TÚÑER	7
---	---

El desarrollo de una ciudadanía común en los procesos de integración regional: el MERCOSUR DANIELA QUINTERO	26
--	----

El déficit democrático en los Parlamentos de los Procesos de Integración regional NATALÍ PAVIONI	49
---	----

Los acuerdos de integración regional y el derecho a la libre circulación IGNACIO ODRIozOLA	117
---	-----

Breve análisis de las medidas adoptadas en el MERCOSUR para contener la propagación de la pandemia EVA GUGELMEIER-LETICIA SILVETTI	141
---	-----

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a possibilidade da aplicação da tolerância aos migrantes DAIANA FAGUNDES DOS SANTOS CARBONI	169
---	-----

El principio de igualdad en la tutela efectiva de los derechos de las personas migrantes internacionales dentro del SIDH JUAN CARLOS BAUTISTA MURILLO	194
--	-----

La legitimación pasiva de los particulares ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos JUAN BAUTISTA JUSTO	221
--	-----

La evolución de la prohibición de discriminación en el ámbito de la Unión Europea AÍDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS	245
---	-----

El diálogo entre el TEDH y los Tribunales constitucionales nacionales en la protección de los derechos humanos sobre gestación por sustitución CYNTHIA BELÉN CONTRERAS	289
---	-----

Análisis del reconocimiento y protección de la diversidad cultural en el ámbito jurídico del CEDH y en la labor del TEDH PABLO LATORRE RODRÍGUEZ – JORGE HUMBERTO VARGAS RAMÍREZ	309
---	-----

# **Editorial/ Palabras del Director**

Estimadas/os lectores:

presentamos el número de la Revista IR&DH correspondiente al primer semestre 2021 donde encontrarán una selección de trabajos completados en el ámbito de uno de los Seminarios de posgrado *on line* que organiza el Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos”, y que es cofinanciado por el programa Erasmus+ de la Unión Europea. En esta ocasión, los trabajos fueron desarrollados durante la segunda parte del año pasado en el II Seminario *on line* “Estado, Derechos Humanos e Integración Regional”.

Dentro de este grupo de colaboraciones encontramos una referida a lo que se denomina la “resignificación del Estado” a la luz de la integración regional. También se trabaja el desarrollo de una ciudadanía común poniendo el foco en el MERCOSUR; la evolución de la prohibición de discriminación en el ámbito de la Unión Europea; y el diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los Tribunales constitucionales nacionales en la protección de los derechos humanos sobre gestación por sustitución. Todos temas que abordan puntos de convergencia entre los procesos de integración regional y la tutela efectiva de los derechos humanos.

Sumados a los anteriores, se publican los trabajos que respondieron a distintas convocatorias. Representan temáticas diversas pero proyectadas sobre el plano del reconocimiento y protección de los derechos humanos: el déficit democrático en los Parlamentos de los Procesos de Integración regional; los acuerdos de integración regional y el derecho a la libre circulación; “A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a possibilidade da aplicação da tolerância aos migrantes”; el principio de igualdad en la tutela efectiva de los derechos de las personas migrantes internacionales dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; la legitimación pasiva de los particulares ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y un análisis del reconocimiento y protección de la diversidad cultural en el ámbito jurídico del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en la labor del TEDH. Inserto en el particular contexto en que vivimos en el presente, además, se presentan consideraciones

sobre un breve análisis de las medidas adoptadas en el MERCOSUR para contener la propagación de la pandemia.

Finalmente, como lo hicéramos en el número precedente, para facilitar el acceso a los contenidos de la Revista, incorporamos a continuación accesos a videos con contenidos desarrollados en nuestros Seminarios. Cabe recordar que todas las sesiones se encuentran grabadas y disponibles en la cuenta de Facebook del Centro.

Dr. Calogero Pizzolo



# Doctrina/

## LA RESIGNIFICACIÓN DEL ESTADO A LA LUZ DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL<sup>1</sup>

Vanesa Elizabeth Túñer<sup>2</sup>

---

Fecha de recepción: 15 de junio de 2021

Fecha de aceptación: 1 de agosto de 2021

### Resumen

La autora comienza por conceptualizar al Estado – Nación moderno, sus elementos constitutivos y las implicancias que la globalización ha traído aparejada. Luego pasa a definir y diferenciar los conceptos de intergubernamentalidad y supranacionalidad y los de Derecho Internacional y Derecho Comunitario a fin de entender en qué medida los Estados están siendo transformados por los procesos de integración regional.

*Palabras clave: Estado – globalización – integración regional – intergubernamentalidad – supranacionalidad.*

**Title:** THE RESIGNIFICATION OF THE STATE IN THE LIGHT OF REGIONAL INTEGRATION

### Abstract

The author begins by conceptualizing the modern Nation – State, its constituent elements and the implications that globalization has brought with it. She then goes on to define and differentiate the concepts of intergovernmentality and supranationality and those of International Law and Community Law in order to

---

<sup>1</sup> El presente trabajo fue desarrollado en el marco del II Seminario de posgrado “Estado, Integración Regional y Derechos Humanos” organizado por el Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Licenciada en Ciencia Política por la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires con especialización en Política Latinoamericana y Política Comparada, Magíster en Defensa Nacional (tesis pendiente) por la Universidad de la Defensa Nacional. Se desempeñó como asesora en el Departamento Doctrina de la Jefatura III Operaciones del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y como asesora técnico – legal en la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires.

understand the extent to which States are being transformed by the processes of regional integration.

*Keywords: State – globalization – regional integration – intergovernmentality – supranationality.*

El presente trabajo tiene por objeto el abordaje de una de las temáticas de estudio desarrolladas durante el Seminario de posgrado online “Estado, Integración Regional y Derechos Humanos”, organizado por la Facultad de Derecho (UBA) y por el Centro de Excelencia Jean Monnet, Integración Regional y Derechos Humanos, IR&DH, en el mes de octubre de 2020. La clase seleccionada para el análisis es la primera: “Transformaciones estructurales y sociales del Estado parte en el proceso de Integración Regional. Entre el tipo supranacional y el tipo intergubernamental”.

Como punto de partida se procederá a conceptualizar sintéticamente qué se entiende por Estado Nacional moderno y cuáles son considerados sus elementos constitutivos.

Ya que la globalización es un proceso histórico de integración mundial con impacto en los ámbitos económico, político, tecnológico, social y cultural, que ha convertido al mundo en un lugar cada vez más interconectado, habrá que analizar las implicancias que la misma ha traído aparejada para el desarrollo de los Estados.

En los procesos de integración internacional se parte de la existencia de Estados independientes para alcanzar progresivamente la constitución de una entidad supraestatal, que asume y transciende la soberanía o independencia de los Estados preexistentes. Será entonces necesario definir y diferenciar los conceptos de intergubernamentalidad y supranacionalidad así como distinguir entre Derecho Internacional y Derecho Comunitario a fin de entender en qué medida estos procesos están transformando a los Estados.

## I. Elementos constitutivos de un Estado Nacional moderno

Max Weber, en 1919, define al Estado moderno como una “asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio el monopolio de la violencia legítima como medio de dominación y que, con este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de sus dirigentes y ha expropiado a todos los seres humanos que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas” (WEBER, 1979: p. 92). Las categorías generales del Estado son instituciones tales como las fuerzas armadas, burocracias administrativas, los tribunales y la policía, asumiendo pues el Estado las funciones de defensa, gobernación, justicia, seguridad y otras, como las relaciones exteriores.

Siguiendo las definiciones conceptuales de Oszlak se puede afirmar que el proceso de formación de un Estado Nacional incluye componentes de carácter político (un sistema de dominación y/o control social que posea legitimidad en el resto de la sociedad, que pueda manifestar e institucionalizar su poder), económico (la conformación de un mercado nacional y la maduración de un proyecto de inserción internacional en donde el Estado nacional juega un rol determinado), e incluso de carácter cultural (la existencia de valores compartidos por los distintos sectores de una sociedad que integran la Nación).

La estatidad, que es la condición de ser del Estado, presupone una serie de propiedades:

1. Capacidad de externalizar su poder, al obtener reconocimiento como unidad soberana dentro de un sistema de relaciones interestatales.
2. Capacidad de institucionalizar su autoridad, al imponer una estructura de relaciones de poder que garantice su monopolio sobre los medios organizados de coerción.
3. Capacidad de diferenciar su control a través de la creación de un conjunto funcionalmente diferenciado de instituciones públicas con reconocida legitimidad para extraer establemente recursos de la sociedad civil, con cierto grado de profesionalización de sus funcionarios y cierta medida de control centralizado sobre sus variadas actividades.

4. Capacidad de internalizar una identidad colectiva, mediante la emisión de símbolos que refuerzan sentimientos de pertenencia y solidaridad social y que permiten en consecuencia, el control ideológico como mecanismo de dominación. (OSZLAK, 1982: p. 2).

Para que un Estado sea reconocido por el derecho internacional debe presentar tres condiciones: pueblo, territorio y gobierno. Sin embargo, para que un Estado tenga personalidad plena debe ser agregado un cuarto elemento: la soberanía. La soberanía estatal significa que no hay ninguna forma de poder superior a cada uno de los Estados que componen la comunidad internacional.

Si nos remitimos al Diccionario de Política, encontramos que “desde el principio existe un constante acuerdo sobre algunas características formales de la soberanía: para Bodin es “absoluta”, “perpetua”, “indivisible”, “inalienable”, “imprescriptible”, y con estas connotaciones pretende, por un lado demostrar cómo la soberanía es un poder originario, que no depende de otros, y por el otro señalar la diferencia entre derecho privado y derecho público, el cual se refiere al *status rei publicae* y tiene, como fin, no lo útil privado sino lo público. La soberanía es “absoluta” porque no está limitada por las leyes dado que estos límites serían eficaces sólo si hubiera una autoridad superior que los hiciese respetar; es “perpetua” porque es un atributo intrínseco al poder de la organización política y no coincide con las personas físicas que la ejercen (en el caso de la monarquía pertenece a la corona y no al rey). Por esto la soberanía, de un modo diverso que la propiedad privada, es “inalienable” e “imprescriptible” porque el poder político es una función pública, y por lo tanto indisponible”. (BOBBIO – MATTEUCCI – PASQUINO, 1992: p. 1484).

En el plano internacional la soberanía debe ser entendida como una soberanía limitada en función de la igualdad soberana de los Estados, conforme la propia Carta de las Naciones Unidas establece en el principio 1 del artículo 2º al señalar que “la Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros” (ONU, 1945: p. 4), y del propio derecho internacional a través de las obligaciones impuestas por él. Sin embargo, vale resaltar que las limitaciones de las soberanías estatales no se presumen, siendo

necesario que cada Estado soberano decida que desea optar por esa restricción, pudiendo hacerlo a través de tratados o actos unilaterales.

## II. Globalización y Estado Nacional

El Estado moderno ha sido determinante en la configuración de la vida que llevamos hoy en día, y es una de las formas de organización política que se fortalecieron decisivamente durante el siglo XX.

Los escépticos ven al Estado – Nación moderno como una institución de notable importancia, más aún desde la caída de la Unión Soviética ya que la mayor parte de las naciones del mundo han adoptado la forma de la democracia liberal. Hace ya algunos años cayeron las formas autoritarias que gobernaban España y Portugal y luego la forma democrática llegó a muchos países de América Latina, Asia, África y Europa Oriental. Sin embargo, la llegada hasta ese estamento democrático no es nada fácil y en verdad no se puede decir aún que esté absolutamente consolidado a lo largo y ancho del mundo.

Existen varias razones, en la visión escéptica como para decir que ésta ha sido la era del Estado – Nación moderno:

1. Reivindicaron el monopolio del uso político de la fuerza y del ejercicio de la justicia.
2. Crearon fuerzas militares estables que constituyen el símbolo de lo estatal y los instrumentos para asegurar la defensa nacional.
3. Consolidaron los mecanismos para la recaudación de impuestos y para la distribución de los mismos.
4. Construyeron redes de infraestructuras nacionales de comunicación.
5. Desarrollaron un sistema de educación pública unificado.
6. Contribuyeron a forjar una identidad nacional.
7. Montaron un complejo sistema de instituciones políticas, económicas y culturales.

La realidad actual nos muestra que los gobernantes de los países periféricos tienen un margen de maniobra cada vez más estrecho ante las exigencias de las potencias centrales y de los organismos que éstas constituyen para controlar los flujos financieros internacionales, la caída de la URSS y el fin

de la guerra fría dejaron además la situación fuera de discusión, sobre cualquier vía para el desarrollo que no sea la que se impone uniformemente.

La cuestión es que más allá de esta situación los gobernantes de los Estados siguen con la intención de gobernar y elegir sus propios caminos hacia una nueva realidad. Por más que, además de las circunstancias mencionadas, muchos Estados no tengan un verdadero control sobre sus territorios, la realidad sigue siendo que desean mantener la soberanía. Así los Estados – Nación siguen siendo el teatro de la política y, tal vez, más que en el momento de su formación.

En la visión de los globalistas el crecimiento de las organizaciones internacionales, transnacionales y otros organismos no gubernamentales ha modificado el funcionamiento de los Estados, atravesados entonces por una cantidad de intenciones y políticas que no dependen directamente de ellos. De la misma manera la sociedad civil está siendo atravesada por esas novedosas influencias de naturaleza transnacional.

Esto ha generado que los gobiernos no ejerzan su actividad pura y exclusivamente de acuerdo a las necesidades locales sino que, ya sea por la acción de organismos regionales o por la inserción dentro de los cuerpos legislativos de tratados internacionales, los gobiernos han dado lugar en su cuerpo de leyes y en su accionar a la paulatina eclosión de un gobierno global que si bien no es real está emergiendo de esta nueva forma de gobernar.

La no proliferación nuclear, los derechos humanos, el cuidado del ambiente, son algunas de las cuestiones donde esta situación se puede percibir con más claridad. Un gobierno ya no puede disponer libremente de su territorio para, por ejemplo, ser receptáculo de desechos nucleares, pues aunque tal vez cuente con la aprobación de los habitantes puede llegar a ser obstaculizado por organizaciones que desean proteger la región citada de las innegables consecuencias que producen los desechos de aquel tipo.

Sin embargo no todos son problemas cuando se plantean soluciones regionales. La Unión Europea ha logrado, en un tiempo sorprendentemente corto, que Europa pase de la disgregación de la posguerra a un conjunto de

naciones que actúan como una y que han logrado una prosperidad notable, los rechazos han sido persistentes durante los últimos cuarenta años pero finalmente el gobierno conjunto e inclusive las disposiciones europeas que penetran el tejido legal de las naciones han servido para dar al continente (o a una parte importante de él) una homogeneidad que es imitada por los países y regiones que quieren ingresar en procesos de regionalización. A la vez las relaciones diplomáticas entre regiones fortalecen la posición de las naciones.

En materia de cuestiones militares también se aprecia una progresiva tendencia a que los países abandonen actitudes unilaterales o neutrales, la misma dinámica de las multinacionales armamentistas ha logrado que se produzcan las alianzas, ya es muy difícil encontrar que las armas sofisticadas de hoy en día se produzcan únicamente en los países que las utilizan. Prueba de ello son los muchos emprendimientos europeos que primero son ordenados por uno o dos países y más tarde terminan siendo utilizadas por la OTAN o inclusive por Estados Unidos. Además, los conflictos que periódicamente estallan en el mundo han demostrado la necesidad de la intervención de fuerzas conjuntas para detenerlos.

Es en este punto donde se puede encontrar una de las más claras perspectivas sobre la nueva situación que se vive: la seguridad, uno de los pilares donde se fundó el concepto de Estado, hoy es controlada en muchos casos por medio de acciones conjuntas de muchos Estados que podrán aplicar de manera más eficiente recursos, tecnología, conocimientos, poder y autoridad.

En cuanto a la economía, la existencia de toda la parafernalia informática que se utiliza para las transacciones financieras ha sido decisiva para la articulación de nuevas maneras de realizar negocios. De la misma manera, para que esos negocios sean posibles se intenta una unificación de criterios que tienda a hacer cada vez más libres los diferentes mercados, las diferentes condiciones de dichos mercados inclusive favorecen que surjan problemas en otros cuando, por ejemplo, cierta nación es más favorable para las inversiones que otras. Esto inclusive lo sufren las grandes naciones que han visto cómo grandes masas de capital se desplazan hacia otros países, es por ello que en este campo es donde la globalización es más apreciable y concreta.

La globalización tiende a erosionar la capacidad de los Estados nacionales para actuar independientemente en la articulación y realización de los objetivos de política estatal, tanto en cuestiones internas como en las vinculadas con temas internacionales, por lo cual el poder y el rol de los Estados nacionales de carácter territorial está declinando y el mapa del poder político está cambiando y rediseñándose.

En las últimas décadas el Derecho Internacional se ha desarrollado de manera acelerada debido al interés de la comunidad internacional en fortalecer los vínculos entre Estados para una mayor protección de los derechos humanos, brindar garantías al comercio internacional y cooperación jurídica, siendo esta última cada vez más necesaria ante el aumento de la criminalidad trasnacional y de la intensificación del tránsito de ciudadanos entre los diversos países.

### **III. Intergubernamentalidad y supranacionalidad**

Generalmente las organizaciones intergubernamentales nacen a la vida internacional mediante la firma y ratificación de un tratado internacional por parte de los Estados fundadores, que de este modo establecen una regulación jurídica internacional en la que se especifican los objetivos, estructura, funciones y medios, composición y membresía, sistemas de participación y votación, y todos aquellos elementos que permitan determinar sus principales características.

Estos tratados internacionales constitutivos o fundacionales son, al igual que cualquier otro tratado internacional, normas de Derecho Internacional que obligan a los Estados signatarios entre sí y frente a terceros países. En determinadas situaciones algunos de estos tratados contemplan la posibilidad de vincular o llegar a imponerse a países no signatarios del mismo o a Estados que no participan en la organización internacional que crean. Esto ocurre muy especialmente con la Carta de las Naciones Unidas, que además de servir como documento jurídico de referencia para la elaboración de otros tratados constitutivos es considerado como uno de los principales fundamentos del Derecho Internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial. Sus fines y propósitos se consideran vinculantes no sólo para los países miembros sino

también para el escaso número de Estados que no participan de la ONU, muy particularmente en lo concerniente a las actuaciones que amenazan o ponen en peligro la paz internacional y las medidas que pueden ser adoptadas por los órganos de la ONU.

La aparición de algunas organizaciones intergubernamentales con singulares características en su autonomía, que desbordaban el marco tradicional propio del concepto de internacionalidad, indujo la acuñación de un nuevo término: el de supranacionalidad. Para entender la diferencia entre intergubernamental y supranacional, vamos a citar la definición dada por Adriane Lorentz:

“Em órgão institucional supranacional, o interesse comunitário prevalece sobre o interesse individual dos Estados – Membros; a estrutura institucional é autônoma e independente e dispõe de funcionários exclusivos; a norma comunitária é dotada dos princípios da primazia sobre a norma interna e da aplicabilidade direta.

Em órgão institucional intergovernamental, o interesse predominante resulta da harmonização das vontades individuais dos Estados – Membros; a estrutura institucional não é independente e o corpo de funcionários representa os interesses dos Estados – Partes; a norma jurídica produzida no âmbito integracionista deve ser internalizada para produzir efeitos jurídicos; não há necessariamente a primazia da norma comunitária sobre o ordenamento jurídico nacional, nem a aplicabilidade direta das mesmas”. (LORENTZ, 2001: p. 19).

En la supranacionalidad el interés común es superior a los intereses nacionales y los órganos creados dentro de la estructura institucional emiten decisiones que vinculan a los Estados, produciendo, interpretando y aplicando normas jurídicas que deben ser obedecidas por los Países – Miembros. Esos órganos precisan de autonomía para que sea posible la aplicación de los objetivos de interés común.

La soberanía estatal es parcialmente transferida por los países integrantes de un bloque económico supranacional al órgano de la estructura institucional del mismo. El órgano supranacional alcanza poderes que eran peculiares de los Estados, ocasionando así la división del poder soberano entre los Estados –

Partes y el órgano supranacional y generando la pérdida parcial del poder y la autonomía estatal.

Por su parte, Montaño señala que la soberanía en procesos de integración supranacional debe ser abordada en dos momentos: “el primero, cuando el Estado soberanamente decide integrarse y decide desprenderse temporalmente de un cúmulo de atribuciones o poderes, que en adelante serán ejercidas por órganos o instituciones comunes; y el segundo, cuando al verificarse el despliegue de los poderes supranacionales mediante la adopción de políticas o de normas jurídicas compartidas, los Estados quedan compelidos a su cumplimiento, quedando auto limitados en sus capacidades de acción administrativa y regulatoria. Por virtud de la integración comunitaria el Estado Nacional queda sometido al nuevo ordenamiento jurídico supranacional, tanto como sus ciudadanos y personas jurídicas”. (MONTAÑO, 2013: pp. 109 – 110).

El proceso de integración supranacional es de mayor complejidad, incidencia jurídica y compromiso político que el requerido en el proceso de integración intergubernamental.

Al contrario de la supranacionalidad, en la intergubernamentalidad no hay limitaciones al poder nacional, ya que no hay delegación de poderes a un órgano superior, manteniéndose toda la autonomía estatal. Los órganos estructurales funcionan para representar el deseo político de cada Estado, sin autonomía decisoria, siendo responsables por balancear los intereses particulares de cada Estado – Parte y crear los medios necesarios para conciliar esos intereses de manera armónica y benéfica para la mayor parte de esos países.

Partiendo de estas diferenciaciones, Elodia Almirón Prujel resume las características principales de los órganos intergubernamentales:

1. Poderes limitados: la representación ejercida por los funcionarios es dependiente y limitada, los poderes son ejercidos por representantes gubernamentales bajo la dirección del poder central del Estado que lo nombra.

2. Facultades limitadas: los Estados no pueden ser compelidos a acatar las decisiones que consideren contrarias al interés estatal particular y se reservan el poder de sustitución de los representantes nacionales.
3. Facultades de veto: las decisiones para ser obligatorias normalmente deben ser adoptadas por consenso o por unanimidad, constituyendo esta una de las características de sistemas de cooperación internacional y de relaciones internacionales tradicionales de los Estados.

En cuanto a los órganos supranacionales, destaca que presentan:

1. Autonomía ejecutiva: tienen poderes amplios en el ámbito de las facultades delegadas; como órganos especializados y técnicos tienen determinadas competencias y actúan con independencia de los Estados – Miembros.
2. Autonomía legislativa: en el campo de su competencia, poseen un margen amplio de discrecionalidad normativa, obligatoria dentro de la jurisdicción comunitaria, aplicable en forma directa inmediata y prevalente.
3. Autonomía decisoria: las decisiones se asumen normalmente por un voto calificado o mayoritario que impide tratar aquellas acciones necesarias.

Autonomía financiera: por medio del aporte realizado por los Estados – Miembros generan recursos propios, destinados a los proyectos y acciones específicas vinculadas al progreso de la integración. (ALMIRÓN PRUJEL, 2017: pp. 77 – 78).

#### **IV. Derecho Internacional y Derecho Comunitario**

El Doctor Calógero Pizzolo define al Derecho Internacional como el conjunto de normas jurídicas que rigen la relación de los Estados entre sí y la de éstos con ciertas entidades que, sin ser Estados, poseen personalidad jurídica internacional. Además, comprende las normas jurídicas que rigen el funcionamiento de las normas internacionales y sus relaciones entre sí.

“El Derecho Internacional general se presenta entonces como un derecho de coordinación que tiene, como fin en sí mismo, articular las relaciones entre Estados, entre éstos y las organizaciones internacionales y de éstas entre sí. En este sentido, se le asigna una triple función. Primero, determinar las competencias entre los Estados, ya que cada Estado dispone de una esfera de acción de base geográfica, fuera de la cual carece, en principio, y salvo excepciones, de título válido para actuar. Segundo, determinar las obligaciones negativas (deberes de abstención) o positivas (deberes de colaboración, de asistencia, etc.) que vienen impuestas a los Estados en el ejercicio de sus competencias, al objeto de sustituir la competencia discrecional por un régimen de competencia reglada, es decir, limitada. Tercero y último, reglamentar la competencia de las instituciones internacionales, materia ésta que ha adquirido gran desarrollo en la época contemporánea”. (PIZZOLO, 2020: pp. 1 – 2).

Asimismo, señala que la evolución y profundización de los procesos de integración regional (principalmente la Unión Europea y la Comunidad Andina de Naciones), ha propiciado el surgimiento de la variable normativa Derecho Supranacional.

“El Derecho Comunitario europeo se va a distinguir del Derecho Internacional sobre la base de dos puntos esenciales. En primer lugar, el Derecho Internacional es un derecho basado fundamentalmente sobre la idea de cooperación, mientras que el Derecho Comunitario es un orden destinado a desarrollar un proceso de integración. En segundo lugar, el Derecho Internacional es esencialmente un derecho convencional, mientras que el Derecho Comunitario, si bien tiene su origen en los tratados fundacionales, será ampliamente desarrollado por las instituciones comunitarias que en dichos tratados se crean, las cuales disponen de un auténtico “poder normativo” que es generador de lo que se ha dado en llamar derecho derivado. Por otra parte, el Derecho Comunitario, también se diferencia del Derecho Interno de los Estados – Miembros. En este sentido, la autonomía del Derecho Comunitario, con relación al Derecho Interno de los Estados – Miembros, va a ser el resultado de

la “transferencia” de competencias consentidas por los Estados – Miembros a las instituciones de la Comunidad”. (PIZZOLO, 2020: p. 2).

Entre las características propias del Derecho Internacional podemos citar:

1. Ausencia de un legislador autónomo: las normas del Derecho Internacional sólo tienen fuerza normativa para los Estados – Partes que adhieren voluntariamente a ellas. Los Estados, sujetos necesarios y primarios de este ordenamiento, son, al mismo tiempo, los generadores de la norma.
2. Primacía: una vez que un Estado adopta el Derecho Internacional como parte de su orden jurídico, no puede invocar las disposiciones de su Derecho Interno para disculpar la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales dentro de su territorio. La soberanía absoluta es incompatible con la vigencia de la primacía del Derecho Internacional. La primacía del Derecho Internacional tiene dos alcances fundamentales: el deber de los Estados de adecuar su legislación interna a sus obligaciones internacionales y la prevalencia en sí misma del Derecho Internacional sobre el Derecho Interno.

El Derecho Comunitario, por su parte, también presenta características propias:

1. Incorporación automática: las normas se incorporan automáticamente al orden jurídico interno de cada uno de los Estados – Miembros, sin necesidad de ninguna norma de Derecho Interno que las adopte. Conforme a ello, las normas de Derecho Supranacional originarias y derivadas deben ser aplicadas por los poderes de los Estados – Miembros, no pudiendo invocar, en el ámbito de las competencias atribuidas, razones de Derecho Interno para abstenerse de hacerlo.
2. Eficacia directa: una vez promulgado por las instituciones supranacionales de integración, el Derecho Comunitario tiene eficacia directa sobre las instituciones y los ciudadanos de los Estados – Miembros, sin que pueda cuestionarse disposición estatal alguna. Pueden producir derechos y obligaciones inmediatos, sin precisar de normas nacionales para su aplicación o sin que éstas sean un

obstáculo para su aplicación, y los ciudadanos pueden hacer valer ante los poderes públicos nacionales los derechos que se deriven de las normas comunitarias y dichos poderes deben asegurar el respeto por las obligaciones asumidas por los Estados en los tratados y proteger los derechos individuales.

3. Aplicabilidad por los jueces nacionales: los tribunales de los Estados – Miembros son los órganos jurisdiccionales del Derecho Interno para la aplicación del Derecho Supranacional. Por lo tanto, todo juez nacional es al mismo tiempo juez de aplicación del Derecho Supranacional.
4. Primacía: Las organizaciones supranacionales tienen la atribución de crear un ordenamiento jurídico propio, sobre diversas disciplinas que interesa a la comunidad, fijados en los tratados fundacionales, a la cual los Estados – Miembros tienen la obligación de armonizar su legislación interna y, en caso de contradicción, prima el Derecho Comunitario sobre el Interno.

Calógero Pizzolo también señala que “de la jurisprudencia comunitaria europea surgen como elementos de la primacía: a) es una condición esencial del Derecho Comunitario que no puede subsistir nada más que a condición de no ser puesta en duda por el derecho de los Estados – Miembros; b) el Derecho Comunitario afirma su superioridad en virtud de su propia naturaleza, sin depender de las reglas particulares de cada Estado para regular los conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno; c) el ordenamiento jurídico comunitario se impone, en su conjunto, sobre los ordenamientos jurídicos nacionales: la primacía beneficia a todas las normas comunitarias, originarias y derivadas, y se ejerce sobre todas las normas nacionales, administrativas, legislativas, jurisdiccionales o, incluso, constitucionales y; d) la primacía no se refiere solamente a las relaciones entre Estados e instituciones comunitarias, sino que se aplica en los ordenamientos jurídicos nacionales, en los que se impone a las jurisdicciones nacionales, encargadas, así, de hacerla efectiva”. (PIZZOLO, 2020: p. 13).

## V. Consideraciones finales

A pesar de que los argumentos y posiciones de escépticos y globalistas parecen ser irreductibles y antagónicos, ambos han planteado sus teorías con buenos fundamentos y respondiendo a elementos que parcial o totalmente son reales. No sólo son problemas cruciales, sino que van al núcleo de la discusión política mostrando las opciones estratégicas de que dispone una sociedad y los vínculos que limitan una acción política eficaz. Asimismo, existe un terreno común y de hecho hay afirmaciones que ambas partes están dispuestas a compartir.

En las últimas décadas se ha asistido a una expansión de las interconexiones en el interior de las regiones y entre ellas mismas, que ha conducido a resultados y consecuencias diferentes en cada comunidad.

La competencia interregional y global (tanto político – económica como político – cultural) pone en discusión las viejas jerarquías y genera nuevas desigualdades en la distribución de la riqueza, del poder, de los privilegios y del conocimiento.

Los problemas transnacionales, el lavado de dinero y demás delitos sin fronteras territoriales, han adquirido mayor relevancia, poniendo en cuestión el rol tradicional, las funciones y las mismas instituciones de los gobiernos nacionales.

Se ha producido una expansión de formas de gobierno internacional a niveles regionales y globales, que plantean cuestiones de carácter normativo respecto del tipo de orden mundial que se está construyendo y la definición respecto de los intereses a los que debe servir.

Estos desarrollos requieren nuevos modos de abordar los cambios políticos, económicos y culturales, exigiendo respuestas creativas por parte de la clase política, en relación con la búsqueda de nuevas formas de regulación política y de construcción democrática.

La reformulación del concepto de soberanía se subordina a los intereses comerciales y políticos de los Estados, objetivando la integración regional y mundial y las nociones de indivisibilidad e inalienabilidad deben ser repensadas y flexibilizadas.

Mediante la firma y ratificación consensuada de los tratados internacionales, los Estados deliberadamente transfieren una cuota de su poder y competencias hacia los organismos internacionales de naturaleza comunitaria a fin de que se encarguen de la toma de decisiones necesarias para defender y garantizar la concreción de los objetivos comunes.

Resulta clara la distinción entre aquellas organizaciones cuyo ordenamiento jurídico goza de una supremacía respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales y una especificidad en relación con el ordenamiento jurídico internacional general, del que forma una parte diferenciada, y que constituyen las denominadas organizaciones supranacionales, frente a la mayoría de las organizaciones intergubernamentales que carecen de normas jurídicas susceptibles de imponerse a los ordenamientos jurídicos nacionales y a los ciudadanos de un modo directo, por lo que podemos denominarlas como organizaciones interestatales.

La integración es un proceso progresivo y dinámico y la creación de organismos comunes está directamente relacionado con la profundización del proceso integrador. En la etapa más superficial de un proceso de integración que corresponde al área de preferencias arancelarias, no sería necesaria la creación de organismos comunes, ya que sería posible dar cumplimiento a las pautas acordadas con simples oficinas nacionales, que adecuaran coordinadamente las preferencias aduaneras en los Estados – Partes.

En una zona de libre comercio, es conveniente crear órganos comunes de carácter intergubernamental, que tengan funciones meramente coordinadoras de las medidas que deban ir adoptando los Estados – Partes, para de esta forma lograr el objetivo propuesto. En este período, cada Estado sigue conservando todo el poder de decisión sin delegación de facultades.

A medida que el proceso avanza, la integración económica derrama sus efectos sobre la arena política. En particular, la movilidad de personas y la necesidad de armonizar políticas internas y establecer instituciones comunes alimentan las controversias políticas y generan la necesidad de tomar decisiones que exceden el ámbito técnico o económico.

En la etapa de mayor profundidad, se deben crear no sólo organismos intergubernamentales, sino también supranacionales, debido a que el proceso requiere de la unificación de las políticas de todos los Estados – Miembros, a lo cual sólo es posible llegar mediante la creación de entidades que tengan a su cargo el proceso de uniformidad mencionado. Es necesario consolidar instituciones y órganos comunitarios, cuyas decisiones sean obligatorias para los países miembros y sus poblaciones. Estos órganos deberán ser de carácter autónomo e independiente, ya que tendrán la misión de coordinar y armonizar las políticas unificadas e impedir el predominio de un Estado sobre otros.

Los órganos de tipo intergubernamental son aquellos que sólo pueden adoptar decisiones que cuenten con la voluntad de los Estados que conforman el tratado de integración. En cambio, para que exista supranacionalidad se requiere de organismos independientes y superiores a los Estados – Naciones que estén habilitados para dictar normas obligatorias para éstos últimos, cuya aplicación sea inmediata y prevalente en los ordenamientos internos de cada uno de ellos.

## VI. Bibliografía

ALMIRÓN PRUJEL E. (2017), *Las múltiples dimensiones de la integración regional: la esencia de los sistemas supranacionales e intergubernamentales*, Revista de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, Julio – Diciembre, volumen 4, n° 2, pp. 75 – 90. Accesible en DOI: [10.30545/academo.2017.jul-dic.10](https://doi.org/10.30545/academo.2017.jul-dic.10)

ALVEAR PEÑA S. (2014), *Sobre el “tipo supranacional” y el “tipo intergubernamental” en materia de integración regional*. Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet, año 2, n° 1, pp. 170 – 187. Buenos Aires. Accesible en <http://www.derecho.uba.ar/internacionales/catedra-jean-monnet/ravista-digital-catedra-jean-monnet.php>

BOBBIO N. – MATTEUCCI N. – PASQUINO G. (2002). *Diccionario de Política* (13<sup>a</sup> ed.). México: Siglo XXI Editores.

CALDUCH CERVERA R. (1991). *Relaciones Internacionales*. Madrid: Ediciones Ciencias Sociales. Accesible en <https://www.ucm.es/rrii-e-historia-global/libro-relaciones-internacionales>

Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Fecha de firma 26 de junio de 1945 en San Francisco, USA. Accesible en <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>

LORENTZ A. (2001). *Supranacionalidade no Mercosul* (1<sup>a</sup> ed.). Curitiba: Juruá.

MONTAÑO C. (2013). *Problemas Constitucionales de la Integración*. México: Editorial Porrúa.

OSZLAK O. (1982). *Reflexiones sobre la formación del estado y la construcción de la sociedad argentina*. Desarrollo Económico, volumen 21, n° 84 (enero – marzo), pp. 531 – 548. Buenos Aires. Accesible en <https://doi.org/10.2307/3466613>

PEREIRA GAIO JÚNIOR A. – SANTOS DALTRIO LEITE L. (2015). *Integración Mercosureña: entre lo intergubernamental y lo supranacional*. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, volumen 3, n° 6, pp. 226 – 250. Asunción. Accesible en <http://revistastpr.com/index.php/rstpr/issue/view/11>

PIZZOLO C. (2020). *La integración regional de frente a sus dos expresiones jurídicas: ¿intergubernamental o supranacional?*. D.T 1 del Seminario de posgrado online “Estado, Integración Regional y Derechos Humanos”, organizado por la Facultad de Derecho (UBA) y por el Centro de Excelencia Jean Monnet, Integración Regional y Derechos Humanos, Buenos Aires, Argentina.

VON BOGDANDY A. – SERNA DE LA GARZA J. M. (2014), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa* (1<sup>a</sup> ed.). México: Universidad Nacional

Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Accesible en  
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/3705>

WEBER M. (1979). *El político y el científico* (5<sup>a</sup> ed.). Madrid: Alianza.

# EL DESARROLLO DE UNA CIUDADANÍA COMÚN EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL: MERCOSUR<sup>1</sup>

Daniela Verónica Quintero<sup>2</sup>

---

Fecha de recepción: 15 de junio de 2021

Fecha de aceptación: 1 de agosto de 2021

## Resumen

En el presente artículo se analizará la ciudadanía del MERCOSUR, para lo cual se estudiarán y desarrollarán las nociones de soberanía, integración regional, ciudadanía nacional, ciudadanía regional y el proceso de construcción de la misma. Asimismo, se realizará un análisis sobre cuestiones que no han sido debidamente impulsadas para alcanzar el objetivo del Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR para el 2021: la consolidación de la ciudadanía mercosureña. Si bien se considera que hay más motivos, por los que aún no se pueda hablar de una ciudadanía regional, esta investigación se enfocará en tres cuestiones en particular. Las mismas fueron denominadas como: identidad mercosureña e integración regional, la participación de la sociedad civil en el marco del MERCOSUR y el impulso de las instituciones que conforman el bloque intergubernamental. Además, a lo largo del desarrollo se mencionarán numerosas ventajas de la constitución de una ciudadanía regional del MERCOSUR.

*Palabras clave: soberanía, ciudadanía, MERCOSUR, integración regional.*

**Title:** The development of a common citizenship in regional integration processes: MERCOSUR.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo fue desarrollado en el marco del II Seminario de posgrado “Estado, Integración Regional y Derechos Humanos” organizado por el Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Abogada (Universidad Nacional de La Matanza, Argentina). Estudiante del tramo de formación docente para la Enseñanza Media (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina).

## **Abstract**

In this article, the citizenship of MERCOSUR will be analyzed, for which the notions of sovereignty, regional integration, national citizenship, regional citizenship and the process of its construction will be studied and developed. Likewise, an analysis will be carried out on issues that have not been duly promoted to achieve the purpose of the MERCOSUR Citizenship Statute for 2021: the consolidation of the Mercosur citizenship. Although it is considered that there are more reasons for which it is still not possible to speak of a regional citizenship, this research will focus on three issues in particular. They are named as: Mercosur identity and regional integration, the participation of civil society within the MERCOSUR framework and the promotion of the institutions that constitute the intergovernmental bloc. Furthermore, throughout this analysis, numerous advantages of the constitution of a MERCOSUR regional citizenship will be mentioned.

*Keywords: sovereignty, citizenship, MERCOSUR, regional integration.*

## **I.La historia y actualidad del MERCOSUR**

El 26 de marzo de 1991, mediante la suscripción del Tratado de Asunción por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay se constituye El MERCOSUR. El 4 de julio de 2006 se aprobó el “Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR”, el cual entró en vigor el 12 de agosto de 2012. Debido a su situación actual, Venezuela se encuentra suspendida de todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del MERCOSUR. A pesar de ello, en la resolución que toma dicha decisión queda claro que esta suspensión no debe causar “perjuicio alguno al pueblo venezolano”.

Conforme la Cartilla de la Ciudadanía del MERCOSUR los países que conforman el MERCOSUR:

*Comparten una comunión de valores que encuentra expresión en sus sociedades democráticas, pluralistas, defensoras de las libertades fundamentales, de los derechos humanos, de la protección del medio ambiente y del desarrollo sustentable, así como su compromiso con la consolidación de la democracia, la seguridad jurídica, el combate a la pobreza y el desarrollo económico y social con equidad. (MERCOSUR)*

Podemos destacar que, a lo largo de su desarrollo, el MERCOSUR pasó por distintas etapas respecto a su propósito. En sus inicios, el MERCOSUR centralizó sus esfuerzos en alcanzar la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, es decir, su fin era, en líneas generales, económico. Con el tiempo, se dio paso a una etapa donde se buscó construir una política comercial común; por medio de políticas macroeconómicas y de un conjunto de reglamentaciones para lograr el fortalecimiento del proceso de integración, ahora tanto económica como comercial. Luego, se incorporaron otras áreas como la social, política y productiva al proceso de integración del MERCOSUR. De esta manera, con esta etapa, la agenda del MERCOSUR incorporó en el proceso de integración nuevos temas y actores: la dimensión social, la integración de estructuras productivas, la agricultura familiar, el cooperativismo, la temática indígena y muchos otros asuntos que no aparecían en la primera etapa. Así se vio plasmado en el Consenso de Buenos Aires de 2003 firmado entre los Presidentes Lula Da Silva y Néstor Kirchner<sup>3</sup>, momento histórico que marcó una evolución en el proceso de integración regional: “*Ratificamos nuestra profunda*

---

<sup>3</sup> El 16 de octubre de 2003, los presidentes de Argentina, Néstor Kirchner y de Brasil, Luiz Inacio Lula da Silva, firmaron en la capital de Argentina un documento denominado el Consenso de Buenos Aires que sienta las bases de lo que la Cancillería argentina calificó como “la asociación estratégica entre ambos países”.

*convicción de que el MERCOSUR no es sólo un bloque comercial, sino que constituye un espacio catalizador de valores, tradiciones y futuro.”*

El desarrollo sobre la evolución de las distintas metas que se fueron dando a lo largo de la historia del MERCOSUR, nos permite alcanzar el punto de estudio del presente trabajo, ya que en 2010 fue aprobado el Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR (2010), que establece un Plan de Acción para la construcción progresiva de una ciudadanía regional. El Plan de Acción para el Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR, es específico y avanzado para el nivel de integración actual del MERCOSUR. Según el art. 2 de la Cartilla de la Ciudadanía del MERCOSUR, este Estatuto:

*Estará integrado por un conjunto de derechos fundamentales y beneficios para los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y se conformará en base, entre otros, a los siguientes objetivos oportunamente trazados en los Tratados Fundacionales del MERCOSUR y en la normativa derivada: - Implementación de una política de libre circulación de personas en la región. - Igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas para los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR. - Igualdad de condiciones de acceso al trabajo, a la salud y a la educación. (MERCOSUR, 2011)*

## **II. La soberanía y la integración regional**

Según nos dice el autor FERRAJOLI (1998) la soberanía, entendida como la completa independencia del Estado de vínculos jurídicos internos y externos, ha sido cuestionada por la crisis del estado-nación. Por lo que la primera pregunta que nos planteamos es, ¿de qué manera la noción clásica de soberanía es compatible con la noción moderna de integración regional? Luego de un oportuno análisis sobre la evolución histórica del concepto de soberanía, el autor nos explica que la soberanía “ha sido vaciada” de contenido y de significado, tanto en su aspecto interno como externo; en el primero, debido al desarrollo del estado constitucional, y en cuanto al segundo, por el ordenamiento jurídico supraestatal. A pesar de lo dicho, el propio autor aclara, opinión que compartimos en este trabajo, que “en lo que se refiere a las actuales

*relaciones internacionales, tanto el principio de soberanía como la visión excluyente de ciudadanía aún ejercen su influencia.”* (FERRAJOLI, 1998, p.6) Por otra parte, BOKSER (2001) explica en su argumento que, en América Latina, las fronteras, y por tanto la soberanía, no han perdido importancia pero que, en el caso del MERCOSUR, eso no ha permeado el avance en la construcción de un espacio regional ciudadano. Por ello, en relación a la posibilidad de cimentar comunidades con identidad regional, que permita el pleno desarrollo de una ciudadanía del MERCOSUR, las fronteras territoriales, no son un obstáculo insalvable, pero sí un camino difícil. Esto, dado que se debe generar ciudadanía regional a partir de una ciudadanía nacional- estatal ya instituida. Ésta última pasó por un proceso largo e histórico de valores dentro de una sociedad, de una lengua y religión que eran consideradas como elementos de inclusión, de pertenencia y de una patria común. Actualmente, con el desarrollo y complejidad de las sociedades los retos son mayores, pues debe instituirse un sentido de ciudadanía regional, que trasciende las fronteras territoriales. (MIELES & ALVARADO, 2012).

Debemos tener en cuenta, que el momento histórico es fundamental para el desarrollo de un proceso de integración regional. Por ejemplo, la Unión Europea nació con el anhelo de acabar con los frecuentes y graves conflictos entre vecinos que habían culminado en la Segunda Guerra Mundial. El contexto fue propicio para que los países accedieran a formar parte de un bloque, e incluso, cedieran soberanía; de haber sido otro el contexto, quizás hubiera sido distinto, acaso esa cesión no hubiera sido posible. En el caso particular del MERCOSUR, los miembros del bloque deliberan sobre cómo brindar ciudadanía sin ceder soberanía. Conforme MALAMUD (2011), el conflicto principal para el avance de la ciudadanía regional es que, en el MERCOSUR, los poderes ejecutivos actúan para “proteger la soberanía”, y no para compartirla. Aunque los Estados no deleguen su soberanía nacional a una entidad supranacional, esos Estados pueden alcanzar acuerdos con sus Estados vecinos sobre ciertos temas y pueden tomar decisiones sobre determinados asuntos que les conciernen. Entonces, no se requiere ceder soberanía para crear acuerdos y tomar decisiones comunes para intereses compartidos, pero esos consensos y compromisos llevan a instituir, en el mediano-largo plazo, una identidad regional.

El proceso de integración depende de la voluntad política de los Estados que es determinante de las pautas y velocidad del desarrollo del esquema (ÁLVAREZ, 2011). Desde su origen, los Estados latinoamericanos tienen el propósito de integrarse como región. En la actualidad, podemos asegurar que el MERCOSUR ha creado estructuras que son indudablemente una oportunidad para que sus Estados miembros afiancen lazos y se unan regionalmente. PUIG define la integración como “*un fenómeno social según el cual dos o más grupos sociales adoptan una regulación permanente en determinadas materias que hasta ese momento pertenecían a su exclusiva competencia.*” (PUIG, 1986, p. 27) Esta definición pone de manifiesto que la integración también es un fenómeno social que involucra no solo a los Estados sino también a cualquier otra agrupación, empresas y la comunidad internacional. (ROSALES, 2008). Según MALAMUD (2011) la integración regional es una transición entre una etapa de Estado-Nación y otra etapa en construcción. Por su parte, SERRANO (2008), explica que el estudio de la integración regional busca explicar cómo y por qué los Estados dejan de ser totalmente soberanos, mezclándose voluntariamente con sus estados vecinos y adquieren nuevas técnicas para resolver los conflictos entre ellos. Conforme explica el autor, la cooperación regional de organizaciones, de sistemas y subsistemas ayuda a describir el camino hacia la integración.

Sin perjuicio de ello, la integración también presenta otras cuestiones de relevancia en relación a la política, la sociedad y la cultura, que es necesario consolidar y promover en los ciudadanos. Se deben sembrar valores y patrones comunes que lleven a una convivencia pacífica, el respeto hacia la democracia y la prevalencia de las instituciones. Es preciso, que los beneficios de la integración regional sean transmitidos y alcancen a todos los miembros de la sociedad civil, de una forma clara, sencilla y ordenada, buscando, paralelamente, potenciar la ciudadanía mercosureña.

### **III. La ciudadanía del MERCOSUR**

La incipiente, aunque ya iniciada construcción de una ciudadanía regional, ha atravesado un proceso que aún tiene mucho camino que recorrer para que podamos hablar de una ciudadanía del MERCOSUR. Acorde al Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur y su Plan de Acción, el objetivo de lograr la ciudadanía mercosureña deberá estar íntegramente implementado en el 30° aniversario del

MERCOSUR, esto es en el corriente año 2021. Pero aún queda un cuantioso trabajo por hacer para alcanzar esa meta. A continuación, analizaremos tres asuntos, relacionados entre sí, que nos pueden dar una perspectiva sobre por qué aún no estamos cerca de lograrlo.

### **1. Identidad mercosureña e integración regional.**

En primer lugar, es importante destacar que actualmente la mayoría de la población no se piensa a sí misma como “ciudadano del MERCOSUR”, siendo prevalente la ciudadanía nacional sobre la regional. Pero, ¿qué son la ciudadanía nacional y la ciudadanía regional respectivamente?

Históricamente, muchos pensadores intentaron definir la noción de ciudadanía, de establecer quién es ciudadano y en base a qué se lo diferencia de quien no lo es. En la Antigüedad, se definía al ciudadano por su participación en los asuntos públicos. En cambio, en la modernidad se piensa en la ciudadanía como la vinculación pasiva del individuo con el Estado moderno, unido a éste dentro de sus límites territoriales. Esto convierte al hombre en titular de derechos y se encuentra en igualdad jurídica con sus pares, a pesar de sus desigualdades de hecho, como por ejemplo la desigualdad socio-económica. (PEÑA: 2001; CORTINA: 2009). NAVARRO (2013, p. 182) argumenta que la construcción de un concepto de ciudadanía responde al proceso histórico por el que transita su sociedad, mismo que le da un reconocimiento al ejercicio de sus derechos y obligaciones. ESPEJO Y FRANCESCON explican que:

*En su definición más extendida, la ciudadanía es entendida como la pertenencia a una comunidad política. Así, el ciudadano se define por su pertenencia a una comunidad territorial, el Estado Nación. La identidad nacional surge como una construcción para darle legitimidad al Estado moderno creando una ligazón entre los individuos miembros de una comunidad y el Estado; en suma, conformando un sentimiento de pertenencia. (ESPEJO Y FRANCESCON, 2012, p.44)*

Podemos decir, entonces, que es posible hablar de dos aspectos de la ciudadanía en el mundo moderno. El primer aspecto, es el conjunto de derechos y responsabilidades inherentes a los individuos en virtud de su membresía a una comunidad política apropiada; y el segundo, una marca de identificación a la comunidad, la pertenencia a la misma. Sin embargo, en la actualidad estas nociones de ciudadanía estrechamente relativas al Estado democrático nacional son escasas. En primer lugar, según QUIROGA (1998), debido a las desigualdades sociales que ponen de manifiesto la falta de capacidad del Estado para otorgar igualdad entre sus ciudadanos, lo que da lugar a “*ciudadanos incompletos*”. En segundo término, la democracia es “*debilitada*” por la globalización que, a su vez, ha debilitado al concepto soberanía.

Sin perder de vista las posturas de los diferentes autores citados y más allá de la variedad de definiciones del concepto *ciudadanía*, en este trabajo y para un correcto análisis, se optó por una noción de ciudadanía mercosureña que fuera aplicable a un orden regional, pero que simultáneamente no anulara la noción tradicional de ciudadanía afín con el Estado Nación. La finalidad de esta elección es resaltar que la realidad de la estructura del MERCOSUR y de sus estados-parte no es única, sino más bien plural. Un concepto completo de ciudadanía regional tiene que ser amplio, trascender a los Estados Parte y estar vinculado a los derechos humanos. Por ese motivo, se tendrá en cuenta la definición de ciudadanía mercosureña brindada por MARTÍNEZ GARBINO:

*Entendemos como ciudadanía mercosureña a aquel haz de derechos básicos e imprescindibles para la realización de la persona, que desborda las fronteras nacionales y se asienta en la idea de comunidad latinoamericana. Adicionalmente, asumimos que la conformación de una ciudadanía regional se forja mediante el desarrollo de políticas públicas que permitan la inclusión social, la participación y la equidad entre los individuos pertenecientes a los Estados parte del MERCOSUR. (MARTÍNEZ GARBINO, 2016)*

Para hablar de ciudadanía regional del MERCOSUR, entonces, se debe aclarar que no es ciudadanía de un Estado-Nación, tampoco de un Estado-Región, sino de un bloque económico en proceso de integración. La ciudadanía regional que busca alcanzar el MERCOSUR, ha sido implementada ya en la Unión Europea, aunque es otro el caso porque en la UE existe cesión de soberanía a las instituciones. Sin duda, es un reto otorgar una ciudadanía común a varios Estados que tienen visiones diferentes sobre las implicancias de ser ciudadano. La Unión Europea, en su caso, define a sus ciudadanos como “*el nacional de cualquiera de los Estados miembros*” lo que conlleva una distinción respecto a los extranjeros residentes de otros países, ya que los excluye, poniendo a la par ciudadanía y nacionalidad. La denominación ciudadanía de la Unión Europa, atiende a una necesidad natural de los Estados Nación de mantener su identidad. Así, la Unión Europea tiene ciudadanía regional pero como complementaria, ya que no sustituye a la ciudadanía nacional. Esto tiene un fundamento bastante simple: quitar la ciudadanía nacional implica eliminar parte de la identidad del individuo-ciudadano nacional, lo que pondría en peligro el cualquier proyecto regional y su legitimidad. Por ejemplo, los ciudadanos jóvenes de la UE, difícilmente se piensan a sí mismos sin ser miembros del bloque, porque en su imaginario social no tienen únicamente la identidad de los países de los que son nacionales, sino también la identidad de ser miembros de la Unión Europea.

MARTÍNEZ GARBINO (2016) nos precisa que para llegar a su definición de ciudadanía regional consideró la división del concepto en áreas o categorías. Utilizó 6 categorías, 5 vinculadas con los focos de temas delimitados por el MERCOSUR en el Estatuto de Ciudadanía, y agregó una sexta que involucra el sentimiento comunitario o regional. Las mismas son: educación, salud, trabajo, circulación de personas, derechos e identidad. Esta sexta categoría llamada *identidad* es el puntapié para el análisis del primer tema que se menciona en este apartado, que refiere a que, en la actualidad, la mayoría de la población latinoamericana no se piensa a sí misma como ciudadano del MERCOSUR. El

Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR tiene por objetivos prácticos facilitar la articulación y colaborar con la consolidación de los derechos y beneficios que les asisten a los ciudadanos de los países miembros. Como objetivo de mediano y largo plazo: desarrollar una identidad y una ciudadanía del MERCOSUR. La identidad, entendida como integración cultural y establecimiento de un patrimonio cultural e histórico del MERCOSUR, conjuntamente con la participación de diferentes actores y movimientos de diferentes países representando distintas o las mismas ideas, es esencial no sólo para lograr una firme integración regional, sino para una ciudadanía del MERCOSUR que esté legitimada por la sociedad de los estados que integran el bloque.

La construcción de una identidad común y una ciudadanía regional, depende de la participación de la sociedad civil y eso requiere que se creen tradiciones con alcance regional, es decir, eventos y acciones aceptadas que se repitan continuamente en el tiempo por mediano y largo plazo, que hagan a una identidad mercosureña. Estas tradiciones tienen que ser producto de un trabajo en conjunto de la sociedad civil con una participación activa y del estado y sus autoridades.

En el contexto del MERCOSUR hay diversos grupos étnicos y sociales que suponen que existe una sociedad intercultural. Para lograr la construcción de la ciudadanía regional y una identidad latinoamericana común, se debe reconocer que estos grupos culturales diversos, tienen una historia, una realidad y valores similares, lo que permitiría la capacidad de aceptación mutua y la conciencia histórica tanto individual como colectiva. El ser humano, en un proceso interno, construye su identidad a través de una imagen de sí mismo y de la comunidad, se identifica con un rol social, y luego, en un proceso externo, se comunica con quienes identifica como pares, junto a los cuales, por medio del sentido de pertenencia, lucha y defiende individual y colectivamente. La ciudadanía intercultural, dice IVÁN MANUEL SÁNCHEZ (2006), que no solo busca propiciar el diálogo e intercambio entre culturas distintas, sino que apuesta y trabaja cada vez más por el despertar del juicio crítico respecto a los fenómenos

de exclusión e injusticia social que aquejan a los grupos étnicos y culturales distintos.

En el proceso de integración, la cultura, como forma de vida de una sociedad en un tiempo y lugar determinados, a través de la cual sabemos quiénes somos, lo que nos define y nos da nuestra identidad frente a la variedad de culturas que existen en el mundo, debe complementar los desarrollos económicos y sociales del MERCOSUR. Además, la cultura nos permite generar lazos de solidaridad y paz con las demás culturas, ya que la regionalización supone la diversidad y aceptarla es parte del crecimiento cultural. En relación a este tópico, los representantes del MERCOSUR en diciembre de 1996 en Paraguay, aprobaron el Protocolo para la Integración Cultural. El documento tuvo como premisa dos proposiciones fundamentales para la región, que a la vez fueron la base para el plan de acción de los estados miembros: primero, la cultura constituye un elemento primordial de los procesos de integración regional y la cooperación y el intercambio cultural generan nuevos fenómenos y realidades; segundo, la dinámica cultural es un factor determinante en el fortalecimiento de los valores de la democracia y de la convivencia en las sociedades. En el plan de acción del estado se encuentran propuestas como, por ejemplo: crear espacios culturales y promover la realización de acciones culturales que expresen las tradiciones históricas, los valores comunes y las diversidades de los países que lo componen; alentar la investigación de temas históricos y culturales comunes, incluyendo aspectos contemporáneos de la vida cultural de sus pueblos ; estimular la cooperación entre sus respectivos archivos históricos, bibliotecas, museos e instituciones responsables de la preservación del patrimonio cultural, con el fin de armonizar los criterios relativos a la clasificación, catalogación y preservación -con el objeto de crear un registro del patrimonio histórico y cultural de los Estados Partes del Mercosur-. Con estos fines y con el pasar el tiempo, el MERCOSUR fue adhiriendo a diferentes tratados internacionales y creando consensos en el área de la cultura. Se mencionarán a modo de ejemplo, algunos de ellos: en primer lugar, la Red Cultural

MERCOSUR, creada en 1998 entre Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, con el objetivo de crear redes culturales mercosureñas y de asegurar el intercambio de información para ampliar los horizontes profesionales. En 2005 se firma en París la “Convención sobre protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales de la UNESCO”, en la cual se afirma que la diversidad cultural es una característica esencial de la humanidad que debe valorarse y conservarse. Asimismo, en 2006, se firma en Montevideo la “Carta Cultural Iberoamericana”, que establece que la cultura constituye la base indispensable para el desarrollo integral del ser humano y que promover y proteger la diversidad cultural más las facilidades de intercambio de bienes y servicios culturales incentiva los lazos de solidaridad entre los pueblos, fomenta la protección y difusión del patrimonio cultural. Se considera que la “Carta Cultural Iberoamericana” es un instrumento de integración regional llamado a convertir la cultura en uno de los ejes básicos de las relaciones actuales de cooperación internacional. Estos ejemplos, son muestra de que se ha avanzado en esta área, pero de forma paulatina y que aún quedan retos para lograr una mejor integración.

## **2. Participación de la sociedad civil en el marco del MERCOSUR.**

En este segundo punto, y en relación al desarrollo previo sobre la identidad, se debe empezar por resaltar que, en la sociedad actual, y particularmente en la sociedad latinoamericana, hay un conjunto complejo de visiones, como así también de actores diferentes, lo que implica que la participación de la ciudadanía debe ser amplia y en consideración de esta heterogeneidad, de modo que la integración regional sea realmente inclusiva y plural. Esto, teniendo en cuenta la incapacidad de los estados nacionales para dar respuesta e incluir a las minorías y a los históricamente relegados, la actuación de los movimientos sociales a nivel regional y global permitiría dar espacio a esas luchas, reforzando un sentido de pertenencia al MERCOSUR ya que trascendería contextos de las luchas nacionales. Una de las consecuencias positivas de esta actuación en los ámbitos local, nacional, regional y global, es

que los logros en materia de derechos a nivel nacional, impulsan derechos en los países que forman el bloque, lo que sin duda permite que el proyecto regional cumpla con su objetivo de «*mejorar las condiciones de vida*» de las personas a través del «*desarrollo económico con justicia social*», como se plantea en el Tratado de Asunción.

Desde los comienzos del MERCOSUR, e incluso previa y posteriormente al mismo, la sociedad civil intentó generar espacios para poder participar e involucrarse en el proceso de integración regional. Pero estos espacios, se han visto limitados por las dificultades de abordar temáticas que, en principio, parecen ajenas a temas y problemas cotidianos de la vida del ciudadano común. Como nos explica la Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción del Desarrollo:

*Los niveles de participación social logrados hasta el momento en el Mercosur son reducidos y solamente algunos sectores de la sociedad civil como los trabajadores organizados sindicalmente y los empresarios, han jugado un rol relativamente destacado, y los niveles de influencia alcanzados, aun por los sectores más organizados y activos de la sociedad civil involucrados en la toma de decisiones fundamentales para la marcha del proceso de integración, son todavía muy limitados. (ALOP, 2009, p. 26)*

Por ello, es fundamental profundizar los esfuerzos por afianzar una identidad mercosureña que permita que los ciudadanos se sientan parte, y no ajenos; se interesen por participar, y no se sientan excluidos, y que la sociedad se involucre activamente en la consolidación de una ciudadanía del MERCOSUR. Sin ir más lejos, son los ciudadanos quienes, ya sea de forma individual o colectiva, deben ser receptores de lo que resulte de la integración y advertir que ser ciudadanos del MERCOSUR favorece el desarrollo económico, social y cultural y que todo ello puede mejorar su calidad de vida.

La participación social, y específicamente la actuación como ciudadano, requiere que las personas tengan mínimamente conocimiento de las normativas y leyes que se han desarrollado en los distintos procesos de integración, porque la ciudadanía informada es la que permite su propio afianzamiento y la que promueve la formación, diseño y defensa de las políticas públicas. DÍAZ (2011, p. 204) nos lo explica con la siguiente frase *“los miembros de la sociedad deben estar informados y en capacidad de desempeñar un papel activo en la democracia.”* Las políticas públicas, de las cuales debe participar la sociedad, son definidas por GRUBITS & VERA-NORIEGA (2005) como aquellas en las que se permite, desde el diseño, la intervención de todos los agentes y los actores involucrados en un proceso social o económico.

En cuanto a la participación de la sociedad civil en el marco del MERCOSUR cabe destacar, por ejemplo, el Programa Somos Mercosur, que es una iniciativa de la Presidencia Pro Témpore de Uruguay en el Mercosur, presentada en junio de 2005, en la Cumbre de Presidentes de Asunción, y que los demás gobiernos asumieron y continuaron plenamente. El objetivo principal es involucrar a la ciudadanía en el proceso de integración regional, fortaleciendo al Mercosur ciudadano, para avanzar en la construcción de la ciudadanía regional, generando nuevos espacios para que la sociedad civil y los gobiernos locales puedan formular demandas y participar de los procesos decisarios del Mercosur. Es un programa de actuación, un espacio para que los actores no tradicionales del Mercosur puedan integrarse en el proceso de construcción regional. En igual sentido, un año después, en 2006, en la reunión de Córdoba de julio de 2006, la Cancillería argentina organizó el «Encuentro por un Mercosur Productivo y Social», primera experiencia de una participación numerosa de organizaciones de la sociedad civil, ampliando considerablemente el pluralismo y el espacio de intercambio y debate entre actores sociales y políticos. En este encuentro se destacó que la participación social es central para profundizar el proceso de integración.

El máximo órgano de representación ciudadana del MERCOSUR es el Parlamento del Mercosur, conocido como Parlasur, creado en el año 2004 y puesto en marcha en marzo de 2007. Este órgano constituye un paso importantísimo en el fortalecimiento de una dimensión política que garantice la representación de la diversidad que caracteriza a la región sudamericana, para avanzar hacia la democratización y la legitimación del proceso. Es una herramienta que refuerza la consagración de la integración regional y significó un avance institucional hacia la ciudadanía mercosureña. Este instrumento regional, por medio del reconocimiento y ampliación de un conjunto de derechos para los ciudadanos de los estados miembros del MERCOSUR, permite el progreso de toda la estructura institucional regional democrática. El Parlasur trabaja conjuntamente con diversas áreas de los organismos del MERCOSUR para alcanzar estos objetivos. Sin embargo, este órgano está limitado en sus acciones, ya que sólo emite recomendaciones y no hay elección directa parlamentaria excepto por dos países, lo cual limita la participación activa de la ciudadanía.

Por medio del presente trabajo, se pretende destacar que la intervención de la sociedad civil no es el único componente para cimentar un proceso de integración regional democrático, pero sí se enfatiza que esta participación es esencial para el éxito de dicho proceso.

### **3. El impulso de las instituciones que conforman el bloque intergubernamental para el proceso de construcción de ciudadanía regional.**

Hacia el año 2000, el MERCOSUR sufre un proceso de estancamiento por las crisis económicas atravesadas por Argentina y Brasil. Sin embargo, luego de estas crisis, el bloque protagonizó un proceso de regeneración, basándose en los aspectos sociales y políticos. El periodo de crisis económica y social en la región que comenzó en 1998, desembocó en un cambio de visión con respecto al proceso de integración que llevó, a su vez, a algunas modificaciones institucionales. Entre ellas, se destacan: el Tribunal Permanente de Revisión del

MERCOSUR (TPR) creado en 2002, mediante el Protocolo de Olivos que tiene como objetivo garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos jurídicos fundamentales del proceso de integración y del conjunto normativo del MERCOSUR, de forma consistente y sistemática. Un año después, en el 2003, la Secretaría Administrativa del MERCOSUR se transformó en Secretaría Técnica (SAT), por la necesidad del bloque de dar enfrentar desafíos e impulsar avances institucionales. Este órgano colabora con las demás instituciones del MERCOSUR, prestándoles asesoramiento técnico. Finalmente, en el año 2004 se creó el ya mencionado Parlamento del MERCOSUR, con el objetivo de funcionar como órgano de representación del pueblo del bloque, de manera independiente y autónoma. A pesar de estos avances institucionales, los mismos no son suficientes para consolidar el proceso de integración regional del MERCOSUR.

*“En cualquier proceso de integración la definición de la estructura institucional no es una cuestión meramente técnica o jurídica, sino que la naturaleza de las instituciones revela la concepción política en cuyo marco se construye el proceso.”* (ALOP, 2009, p. 13). Esto significa que la opción por un determinado modelo de integración, se debe corresponder con un determinado formato institucional. Este formato, en este caso regional, que sea aceptado por la sociedad y que permita traspasar las fronteras nacionales de los estados miembros. A pesar de que el MERCOSUR es un esquema intergubernamental, la Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción del Desarrollo explica la necesidad de potencializar las capacidades de articulación comercial y complementación productiva, en miras de generar capacidad de negociación regional e incluyente a todos los miembros. La articulación productiva conlleva una estrecha relación entre los Estados, facilitando así el desenvolvimiento de políticas públicas que garanticen los derechos de los ciudadanos del bloque.

Según SANTANA PEÑA (2017), el MERCOSUR requiere de una institucionalidad que debe ser sistemática, lo que permitiría entre otras cosas, cubrir la supranacionalidad de la que el MERCOSUR carece. La ciudadanía

regional implica una construcción mutua entre Estado y sociedad, por lo que las instituciones y los Estados, tienen que colaborar e impulsar la consolidación de costumbres y tradiciones que hagan a la identidad y construyan la ciudadanía del MERCOSUR. El enfoque cultural en relación a las instituciones del MERCOSUR es, entonces, fundamental porque cuanto más el ciudadano identifique sus derechos y obligaciones respecto a una entidad intergubernamental, más será su sentido de pertenencia de ciudadanía regional. Esa pertenencia sumada al reconocimiento de la integración dentro del bloque, permitiría que los miembros de la sociedad civil no se sientan excluidos porque, de hacerlo, podrían generar desequilibrio tanto en el Estado como en el MERCOSUR. Sin duda, la ciudadanía debe participar por medio de instituciones, las que se constituyen como un elemento capaz de auto-reforzar el proceso de integración del MERCOSUR. Por tanto, queda claro que no habrá instituciones legitimadas sin sentido de pertenencia.

Como dice SANTANA PEÑA (2017) no se debe confundir ciudadanía con identidad ni ciudadanía nacional con regional, ni ciudadanía civil con ciudadanía política. VILLAREAL (1999) es quien distingue éstas últimas con claridad:

*“La ciudadanía civil se corresponde con los derechos legales -libertad de expresión y de religión, derecho a la propiedad y a ser juzgado por la ley-. La ciudadanía política se refiere a los derechos a participar en el poder político, ya sea como votante o mediante la práctica política activa y la ciudadanía social se refiere al derecho de gozar de cierto estándar mínimo de vida, de bienestar y de seguridad económica”. (VILLAREAL, 1999, p. 2)*

Podemos decir entonces que, tanto en cuanto a la ciudadanía civil como la política, el MERCOSUR ha avanzado. En relación a la primera, por ejemplo, se creó el Parlasur, y respecto a la segunda, se progresó notablemente con la homologación de derechos del trabajador y seguridad social. Con los avances presentes y futuros se debe crear legitimidad, a través de la construcción progresiva de una ciudadanía regional y su ejercicio.

Afirma la Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción del Desarrollo, que la construcción del MERCOSUR ciudadano y social necesita de la solución de los otros problemas irresueltos del proceso de integración tales como el avance en la formulación de políticas públicas regionales centradas en la expansión de los derechos, la redistribución y manejo de los recursos. Estas políticas públicas regionales requieren de instituciones regionales eficientes y con alcance para influir en otras instituciones. Se debe establecer criterios para crear un propósito común, lo que implica que la identidad creada por la ciudadanía y la institucionalidad no sea sólo aceptada por la población misma, sino reconocida por Estados externos.

Un proceso de integración que lleve a un desarrollo con inclusión social, requiere un espacio institucional donde todos los ciudadanos se sientan representados. La ciudadanía mercosureña demanda de instituciones regionales que impulsen, defiendan y protejan los derechos de los ciudadanos.

#### **IV. Consideraciones finales**

A modo de conclusión, podemos decir que el MERCOSUR se encuentra en un proceso de construcción gradual de la ciudadanía regional. Sin embargo, crearla no es sencillo, ya que involucra un proceso a largo plazo con diferentes actores que crean en la ciudadanía y generen las circunstancias para que la misma pueda ser legitimada, por medio de la aceptación de la sociedad civil. En este proceso hubo algunos resultados importantes como avances en derechos que formen parte de la futura ciudadanía mercosureña, con hincapié en la libre circulación de las personas, temas laborales como movilidad de trabajadores y migraciones; especialmente en cuestiones relacionadas a fronteras, trabajo y empleo, así como también en áreas como defensa del consumidor, comunicaciones, educación y derechos políticos.

Es esencial la participación social de los ciudadanos civiles en el proceso complejo que es la integración regional y particularmente en la consolidación de

una ciudadanía del MERCOSUR. Hoy en día las sociedades se encuentran atravesadas por el interculturalismo, y la nacionalidad, en general, es un impedimento para los colectivos minoritarios que luchan por sus derechos y su libertad. Es por eso que la relación entre ciudadanía y nacionalidad debe ser puesta en jaque. Ante la existencia de comunidades culturales, así como también étnicas, y la carente respuesta de los estados nacionales ante esta situación, la regionalización de la ciudadanía aparece como una oportunidad de dar un espacio a estos colectivos y que se sientan parte de la comunidad mercosureña. Esta participación agrega miradas nuevas, planteos reales, reflexiones e incluso respuestas a la parte social de la integración regional, y sin esta intervención dicha integración puede verse afectada en cuanto a su legitimidad frente a los ciudadanos.

En el actual contexto internacional, donde la globalización creció y sigue creciendo a pasos agigantados, es importante contar con un enfoque regionalista, donde el MERCOSUR se presenta como una oportunidad para los países miembros de ser un bloque integrado al mundo, de afianzarse con un sentido regional estratégico. La integración debe considerar tanto los cambios regionales y globales, como su constante dinámica.

No debemos dejar de lado el indispensable impulso de las instituciones que conforman este bloque intergubernamental para el proceso de construcción de ciudadanía regional en el MERCOSUR, la que no se puede dar sin una institucionalidad afianzada, inclusiva, con participación de la sociedad y vinculante para dar legitimidad a la ciudadanía regional.

El MERCOSUR, que como se dijo surgió como un proyecto de integración económica, ha avanzado considerablemente y actualmente es un bloque comercial consolidado. América Latina requiere de organización y estructura económica-financiera para continuar compitiendo con las potencias emergentes y a pesar de que aún queda mucho por hacer, el MERCOSUR es el proyecto regional más grande en el que participan los países latinoamericanos y con todas

sus incertidumbres y dificultades es, a nivel internacional, uno de los mayores procesos de integración del escenario internacional, y sigue siendo el segundo más avanzado después de la Unión Europea. Así es entendido en el Consenso de Buenos Aires:

*Entendemos que la integración regional constituye una opción estratégica para fortalecer la inserción de nuestros países en el mundo, aumentando su capacidad de negociación. Una mayor autonomía de decisión nos permitirá hacer frente más eficazmente a los movimientos desestabilizadores del capital financiero especulativo y a los intereses contrapuestos de los bloques más desarrollados, amplificando nuestra voz en los diversos foros y organismos multilaterales. (Consenso de Buenos Aires, 2003)*

A lo largo de la historia del MERCOSUR, se ampliaron los primeros propósitos del mismo, transformándolo en un fenómeno que puede marcar profundamente el curso de la historia de sus estados miembros y sus ciudadanos. Hoy en día, podemos afirmar que, el MERCOSUR está en el proceso de crear pertenencia e identidad regional.

El Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR constituye un proyecto que, bien ejecutado y correctamente transmitido a la sociedad civil, conjuntamente con el compromiso de las distintas instancias institucionales del MERCOSUR, puede significar un importante avance en el camino a una comunidad regional igualitaria y pacífica de la que los ciudadanos de todos los países del MERCOSUR valoren ser parte, percibiéndose a sí mismos como nacionales de sus respectivos Estados y como integrantes, ciudadanos, de un proyecto común.

## V. Bibliografía

- ALOP, CLAEH Y Ccu (2009) *El Mercosur ciudadano: Retos para una nueva institucionalidad*, ALOP, Montevideo.
- ÁLVAREZ, M. (2011). *Origen y evolución de los parlamentos en los procesos de integración regional. Los casos del Parlamento Europeo y el Parlamento del MERCOSUR*. Colombia Internacional, volumen 74, pp. 207-229. Accesible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=81222598009>
- BOKSER, J. (2001). *Ciudadanía e Identidades Colectivas*. Pluralistas, volumen 4. Accesible en [https://www.academia.edu/31456410/Ciudadan%C3%ADa\\_e\\_identidades\\_colectivas](https://www.academia.edu/31456410/Ciudadan%C3%ADa_e_identidades_colectivas)
- Cartilla de la Ciudadanía del MERCOSUR Accesible en <http://www.cartillaciudadania.mercosur.int/intro/es>
- CORTINA, A. (2009). *Ciudadanos del mundo: Hacia una teoría de la ciudadanía*. España: Alianza.
- DEVOTO, M. (2018). *Hacia una ciudadanía del MERCOSUR*. Revista MERCOSUR de políticas sociales, volumen 2, pp. 326-332.
- DÍAZ, B. (2011). *Condiciones para la construcción de ciudadanía*. Orbis, Revista Científica Ciencias Humanas, volumen 7, núm. 19, pp. 198-209. Accesible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70919155011>
- ESPEJO, S. & FRANCESCON, E. (2012). *La ciudadanía regional en Sudamérica. Breve Análisis de la Participación en el MERCOSUR*. Visioni LatinoAmericane è la rivista del Centro Studi per l'America Latina. Número 6, pp. 42-59. Accesible en [https://www.openstarts.units.it/dspace/bitstream/10077/5825/1/Espejo\\_Francescon\\_VisioniLA\\_6\\_2012.pdf](https://www.openstarts.units.it/dspace/bitstream/10077/5825/1/Espejo_Francescon_VisioniLA_6_2012.pdf)
- Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR y plan de acción. Fecha de publicación en el Boletín Oficial: 28/04/2011. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/181584/norma.htm>
- Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR y Plan Estratégico de Acción Social, Logros y Desafíos Pendientes (2016) Accesible en [http://www.MERCOSURsocialsolidario.org/wp/wp-content/uploads/2017/04/PEAS-yEC\\_Logros-y-desafiospendientes.-.pdf](http://www.MERCOSURsocialsolidario.org/wp/wp-content/uploads/2017/04/PEAS-yEC_Logros-y-desafiospendientes.-.pdf)
- FERRAJOLI, L. (1998). *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*. Revista ISONOMÍA, No. 9, pp. 173-1803

- GRUBITS, S. & VERA-NORIEGA, J. (2005). *Construcción de la identidad y la ciudadanía*. Ra Ximhai, volumen 1, 471-488. Accesible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=46110303>
- MALAMUD, A. (2011). *Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional Norteamérica*. Revista Académica del CISAN-UNAM, volumen 6, pp. 219- 249. Accesible en <http://www.redalyc.org/pdf/1937/193722773008.pdf>
- MARTÍNEZ GARBINO, L (2016) *El parlamento del MERCOSUR y la cristalización de una ciudadanía mercosureña. Análisis de la agenda parlamentaria en el período 2007-2015*. Ponencia presentada en XX Encuentro de Jóvenes Investigadores de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina.
- MIELES, M. & ALVARADO, S. (2012). *Ciudadanía y competencias ciudadanas*. Estudios Políticos, número 40, pp. 53-75. Accesible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=16429068004>
- MORGANTE, M. A. (2009). *La reforma institucional del MERCOSUR. Del diagnóstico a las propuestas*. Caetano, G (Compilador). CEFIR-TRILCE, Montevideo.
- NAVARRO, J. (2013). *De la ciudadanía regional Andina a la Ciudadanía Universal en la Constitución del Ecuador de 2008*. Revista VIA IURIS, volumen 15, 179-191. Accesible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273931062011>
- PEÑA, J. (2001). *La ciudadanía hoy: problemas y propuestas*. Universidad de Valladolid, España.
- PUIG, J. (1986). *Integración y autonomía de América Latina en las postimerías del Siglo XX*. Instituto de Integración Latinoamericana, volumen 2, pp. 109. Accesible en [http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion\\_latinoamericana/documentos/109-Catedra\\_intal.pdf](http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion_latinoamericana/documentos/109-Catedra_intal.pdf)
- QUIROGA, H. (1998). *El ciudadano y la pregunta por el Estado democrático*. Estudios Sociales, Año VIII, número 14, pp. 19-41.
- ROSALES, J. (2003). *Méjico como Actor de la Integración Neoliberal*. A. Rocha, et al. (Ed.). La Integración Regional de América Latina en una Encrucijada Histórica. Universidad de Guadalajara, México.
- SÁNCHEZ, I. (2006). *Educación para una ciudadanía democrática e intercultural en Colombia*. (Tesis inédita de doctorado). Universidad de Barcelona, España.
- SANTANA PEÑA, I. (2017). *Ciudadanía del MERCOSUR: avances en su construcción y consolidación*. Revista MERCOSUR de políticas sociales, volumen 1, pp. 13-34.
- SERRANO, L. (2008). *Sobre la naturaleza de la integración regional: teorías y debates*. Revista de Ciencia Política, volumen 28, número 2, pp. 95 -113. Accesible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-090X2008000200004](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2008000200004)

VILLARREAL, M. (1999). Construir ciudadanía: construcción democrática de poder. Revista Última Década, volumen 10, p. 0. Accesible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19501003>

# EL DÉFICIT DEMOCRATICO EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL

Natalí Pavioni<sup>1</sup>

---

Fecha de recepción: 15 de junio de 2021

Fecha de aceptación: 1 de agosto de 2021

## Resumen

Los procesos de integración han incorporado en sus estructuras institucionales órganos parlamentarios con el fin de democratizar dicho proceso e incluir la representación de sus ciudadanos.

Este aspecto se vincula a la incidencia que tienen dichos procesos sobre temas de la agenda pública de la que son parte los ciudadanos, relacionados a cuestiones centrales de su vida, como la seguridad, la salud, la educación, el comercio, entre otros.

Sin embargo, dicha representación en los parlamentos de los procesos de integración regional, atraviesa por conflictos, y consideraciones debatibles, que manifiestan una distancia con los ciudadanos que representan.

El presente capítulo tiene por objeto analizar los distintos ejes que hacen la democracia y representación política en los parlamentos desarrollados dentro de los sistemas de la Unión Europea (UE), Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Comunidad Andina (CAN) y Sistema de Integración Centroamericano (SICA).

*Palabras clave: Parlamentos - procesos de integración regional - democracia - sistema electoral - elección directa - soberanía - funciones - representación - minorías - paridad de género - etnias - regiones - pueblos originarios*

---

<sup>1</sup> Abogada especialista en Derechos Constitucional (UBA), docente de Derecho de la Integración, Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Correo académico: [npavioni@derecho.uba.ar](mailto:npavioni@derecho.uba.ar)

**Title: THE DEMOCRATIC DEFICIT IN THE PARLIAMENT OF THE REGIONAL INTEGRATION**

**Abstract**

The integration processes have incorporated parliamentary bodies into their institutional structures in order to democratize said process and include the representation of its citizens.

This aspect is linked to the impact that these processes have on issues of the public agenda of which citizens are part, related to central issues of their lives, such as security, health, education, trade, among others.

However, said representation in the parliaments of regional integration processes, goes through conflicts, and debatable considerations, which manifest a distance with the citizens they represent.

The purpose of this chapter is to analyze the different axes that make democracy and political representation in the parliaments developed within the systems of the European Union, Southern Common Market, Andean Community and the Integration System Central American.

*Keywords: Parliaments - regional integration processes - democracy - electoral system - direct election - sovereignty - functions - representation - minorities - gender parity- ethnic groups - regions - indigenous peoples*

**I. Consideraciones preliminares. El problema del Déficit democrático.**

El concepto déficit democrático se ha identificado y desarrollado, en relación a la Unión Europea (UE), para referirse al problema institucional, que se produce al observar un alejamiento de las instituciones del proceso de integración europeo y de la ciudadanía europea, (Conf. ARROYAVE QUINTERO 2013: pp. 165-170, PORTILLA 2015: pp. 211-212, BARON GOIRIERA DE GANDARIAS 2009: pp. 179-181, RODRÍGUEZ AGUILERA DE PRAT 2015: pp.105-107, entre otros) en particular en relación al Parlamento Europeo, que posee la representación de los ciudadanos.

Este problema, identifica al Parlamento Europeo, en la situación de no encontrar legitimación de quienes debe representar, debido a que, "las instituciones de la UE y sus procedimientos de decisión sufren una falta de

democracia y parecen inaccesibles para el ciudadano ordinario debido a su complejidad.”<sup>2</sup>

Por su parte, el verdadero déficit democrático de la UE parece encontrarse en la ausencia de políticas europeas, en las que los votantes de la UE se vean representados.<sup>3</sup>

La necesidad de lograr una mayor legitimidad democrática en el proceso de integración, se ha abordado en las conferencias intergubernamentales que culminaron con la firma de los Tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza, lo que se tradujo en el incremento de las competencias del Parlamento Europeo<sup>4</sup> y la ampliación de las áreas en las que ostenta poderes de codecisión con el Consejo, lo que le ha permitido pasar de ser una asamblea consultiva a un colegislador.<sup>5</sup>

Este procedimiento de codecisión o procedimiento legislativo ordinario<sup>6</sup> hace que los actos comunitarios precisen del concurso de voluntades del Consejo de Ministros y del Parlamento Europeo para su aprobación (PORTILLA, 2015: pp. 211-212).

El Tratado de Lisboa, introduce algunas novedades que acrecientan la legitimidad y el poder del Parlamento Europeo. Entre estas se encuentra el artículo 14.2 TUE que establece que el Parlamento Europeo se compondrá de los representantes de los ciudadanos de la Unión Europea. También se incrementa notablemente el listado de materias regulado a través del procedimiento legislativo ordinario. Y se acrecientan las funciones del Parlamento Europeo en una doble dirección, por un lado, ejercerá conjuntamente con el Consejo la función presupuestaria y por el otro, elegirá al Presidente de la

---

<sup>2</sup> Conf. EUR LEX Síntesis de la legislación de la UE. Glosario de la síntesis. Accesible en [https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/democratic\\_deficit.html?locale=es](https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/democratic_deficit.html?locale=es)

<sup>3</sup> Conf. EUR LEX Síntesis de la legislación de la UE. Glosario de la síntesis. Accesible en [https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/democratic\\_deficit.html?locale=es](https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/democratic_deficit.html?locale=es)

<sup>4</sup> El Tratado de Lisboa ha reforzado las competencias presupuestarias, legislativas y de control del Parlamento Europeo.

<sup>5</sup> Conf. EUR-Lex Glosario de las síntesis. Accesible en [https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/democratic\\_deficit.html?locale=es](https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/democratic_deficit.html?locale=es)

<sup>6</sup> Conf. al artículo 294 TFUE, publicado en el BOE 26/10/2012. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E294>

Comisión<sup>7</sup>. Sin embargo, conforme al inciso 7 del artículo 17 del TUE sigue siendo el Consejo Europeo quien deberá proponer al Parlamento, por mayoría cualificada, un candidato a la Presidencia de la Comisión (PORTILLA, 2015: pp. 211-212).

En el campo deliberativo y de la codecisión encontramos al Parlamento Europeo y el Consejo, mientras que la iniciativa legislativa está en cabeza de la Comisión, con la salvedad de los casos que el mismo Parlamento puede solicitarle la presentación de una propuesta<sup>8</sup>. El problema se plantea en el nivel del reparto competencial entre instituciones, que no responde al esquema tradicional de reparto de competencia que se representa en separación tradicional de los tres poderes básicos. En consecuencia, las competencias sustraídas a los parlamentos nacionales irán sustancialmente a ámbitos de responsabilidad dominados por el Consejo, que también han sido elegidos democráticamente como representantes en los Estados, de manera directa o indirecta (BARÓN GOIRIENA DE GANDARIAS, 2009: pp. 179-181).

Rodriguez Aguilera de Prat, identifica que las principales deficiencias del Parlamento Europeo, son: “1) no tiene poder constituyente en sentido material estricto ya que no es una institución soberana que pueda votar en exclusiva la ley en nombre del pueblo y su papel en la reforma de los tratados es irrelevante a efectos prácticos, aunque pueda presentar propuestas de modificación; 2) no tiene derecho de iniciativa legislativa, que es monopolio formal de la Comisión, ni significativas funciones de indirizzo político; 3) es cámara colegisladora con competencias tasadas; 4) no funciona la dialéctica mayoría/oposición ya que,

---

<sup>7</sup> Conf. Artículo 14 TUE publicado el 30/03/2010 en el BOE. Accesible en <https://www.boe.es/DOUE/2010/083/Z00013-00046.pdf>

<sup>8</sup> Si bien el monopolio de la iniciativa legislativa le corresponde a la Comisión, el Tratado de Maastricht, reforzado por el Tratado de Lisboa, le otorga al Parlamento Europeo un derecho de iniciativa legislativa, que le permite solicitar a la Comisión que le presente una propuesta. En este sentido, el artículo 235 del TFUE, entiende que sobre la base de un informe elaborado por una de sus comisiones parlamentarias competentes y en virtud del artículo 225 del TFUE, el Parlamento puede, por mayoría de sus miembros, solicitar a la Comisión que le presente cualquier propuesta legislativa que considere oportuna. El Parlamento puede, al mismo tiempo, fijar un plazo para la presentación de dicha propuesta. Previamente, la comisión parlamentaria competente debe pedir la autorización de la Conferencia de Presidentes. La Comisión puede comprometerse a preparar una propuesta legislativa solicitada por el Parlamento Europeo, o bien negarse a hacerlo.

como no hay que crear/controlar a gobierno alguno, no hay programa que vigilar. 5) sus poderes de control son limitados y el papel de sus comisiones no es como el de los parlamentos nacionales; 6) el PE es resultado fáctico de elecciones de segundo orden (con muy alta abstención) y son muy escasos los vínculos entre los eurodiputados y los ciudadanos; 7) la legitimidad popular derivada de la elección directa resulta ser notoriamente baja”(RODRÍGUEZ AGUILERA DE PRAT, 2015: pp.105-107).

El distanciamiento de Europa y la ciudadanía, se ve reflejado en la escasa participación en las elecciones europeas, que se observó en los años 2004, 2009 y 2014. En 2004 se registró una participación del 45,47% de la ciudadanía, en 2009 participó el 42,97% y en 2014 se obtuvo el nivel más bajo de participación con el 42,61%.<sup>9</sup>

En 2019 se logró una mayor participación, llegando al récord de alrededor del 56%, que no se alcanzaba desde 1994<sup>10</sup>. Esto se traduce como un dinamismo de la democracia y una muestra del compromiso renovado entre representantes y representados, especialmente de los jóvenes.<sup>11</sup>

Por su parte, en el ámbito de los procesos de integración intergubernamentales, el problema del déficit democrático cobra relevancia, cuando se presenta la maduración y consolidación del proceso. Entendiendo que, “la representación y participación política de la población en los procesos de integración se justifica cuando los esquemas de representación sectorial y la lógica de relación intergubernamental no alcanzan a legitimar las decisiones que es necesario adoptar.”<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Datos extraídos del sitio web oficial de la UE. Accesible en <https://www.europarl.europa.eu/election-results-2019/es/participacion/>

<sup>10</sup> Datos extraídos del sitio web oficial de la UE. Accesible en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20190923IPR61602/elecciones-europeas-2019-participacion-record-impulsada-por-los-jovenes>

<sup>11</sup> Los resultados del sondeo postelectoral, muestran que el aumento de la participación se debe sobre todo a los jóvenes, ya que la participación de los menores de 25 años aumentó en toda la UE 14 puntos porcentuales, hasta el 42%, y la de los electores de 25 a 39 años, 12 puntos, hasta el 47%. Por su parte, los resultados de la encuesta arrojaron que más ciudadanos creen que su voto cuenta y que la economía y el medio ambiente son las principales prioridades de los votantes.

<sup>12</sup> Documento de la Cámara de Exportadores de la República Argentina CERA, Parlamento del MERCOSUR ¿La voz de los ciudadanos de la integración? Publicado en 2006.

En los procesos de integración latinoamericanos, que han incorporado la elección directa<sup>13</sup> de los parlamentarios regionales, se observa que el problema del déficit democrático se ha abordado independientemente de los problemas sociales, siendo un desafío para estos la integración social, logrando equidad y solidaridad con crecimiento, competitividad y empleo (GRANDI, 1997: p. 433), generando mayor representatividad de los ciudadanos con sus instituciones.

En el ejercicio de la representación de los ciudadanos, el fortalecimiento democrático y la integración social, son deudas pendientes, en las cuales deben trabajar los parlamentos de los procesos de integración regional, en cumplimiento de sus funciones.

## **II. Puntos de referencia para el análisis del problema del déficit democrático en los parlamentos de la UE, MERCOSUR, CAN y SICA.**

La Unión Europea (UE), Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Comunidad Andina de Naciones (CAN) y Sistema de Integración Centroamericano (SICA), cuentan entre sus instituciones con parlamentos, que se instruyeron con la representación del pueblo de la región.

Al momento de observar ¿Cuáles son los conflictos y consideraciones debatibles que atraviesan estos parlamentos en relación al déficit democrático? analizaremos, si la distancia entre representantes y representados se vincula a la percepción de carencia soberana, que recae sobre los parlamentos regionales en razón de sus competencias. Es decir, si se puede observar un correlato entre la consideración de falta de democracia y la función parlamentaria que cada una de las instituciones desarrolle en su determinado proceso de integración.

Además, observaremos si el problema del déficit democrático se encuentra en relación a los procesos de elección que se han establecido para componer el cuerpo y dotarlo de representantes.

---

<sup>13</sup> Con la salvedad de que el Parlamento del SICA también prevé la incorporación de Parlamentarios por sufragio indirecto.

También, analizaremos si se puede vincular el alejamiento de representantes y representados con las deudas que presentan frente a la representación plural de sus pueblos.

### **i. La función parlamentaria en los procesos de integración (UE, MERCOSUR, CAN y SICA).**

Los Estados que han decidido conformar procesos de integración regional han tenido múltiples razones, vinculadas a la cooperación regional para alcanzar acuerdos de desarrollo económico, consolidar acuerdos de paz, promover los derechos humanos, entre otros.<sup>14</sup>

Los procesos de integración regional, en la medida que se han desarrollado, abarcando objetivos comunes, han incluido la representación de los ciudadanos, toda vez que, la naturaleza expansiva de todo proceso de integración implica un cambio de escala en la representación, hacia una unidad política superior a la del Estado. En esta instancia, es posible construir un espacio político, un lugar para la representación política de los ciudadanos (ÁLVAREZ MACÍAS, 2011: p. 209).

Los parlamentos de la integración regional, se constituyen como instituciones de deliberación política representativas de las demandas ciudadanas que pretenden dotar de una mayor legitimidad a la actividad regional, considerando el fin democratizar el proceso de integración, dando lugar a diferentes voces en representación de los ciudadanos y las ciudadanas donde estos representantes podrán ejercer su influencia. Estos órganos deliberativos, en la mayoría de los casos, considerando la particularidad del proceso legislativo ordinario del Parlamento Europeo, no legislan en los términos tradicionales, pero

---

<sup>14</sup> En el Tratado de Asunción se establece que entre los objetivos del MERCOSUR se encuentra: la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes, a fin de acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social; entre otros. En la UE, se pueden identificar desde los primeros objetivos establecidos en la Declaración de Schuman vinculados a la economía y la paz hasta el objetivo de integrar las políticas europeas actuales. La CAN, a través del Acuerdo de Cartagena se ha establecido el objetivo de alcanzar un desarrollo integral, equilibrado y autónomo de los pueblos andinos. Por su parte el SICA, a través del Protocolo de Tegucigalpa establece como objetivo fundamental establecer un bloque económico para alcanzar la integración de Centroamérica a fin de constituirla en una región de paz, libertad, democracia y desarrollo.

resultan trascendentes en virtud de sus debates sobre temas que le competen al pueblo en relación al proceso de integración, dando voz a oposiciones políticas de los gobiernos de los Estados partes, dando recomendaciones a los órganos decisarios, ejerciendo facultades de control político, entre otros.

Los tratados e instrumentos internacionales, que dan origen a los parlamentos regionales, alegan la autonomía en sus funciones. Sin embargo, el distanciamiento de los parlamentos con los ciudadanos puede relacionarse a la misma función establecida para los estos órganos deliberativos en los diferentes procesos de integración. Es decir, que podríamos relacionar al déficit democrático de estos con las características propias que presenta su reparto competencial.

A fin de realizar este análisis, observaremos las funciones legislativas, presupuestarias, de control político y consultivas, entendiendo su grado de autonomía que clasificaremos en alto, medio o bajo según corresponda. Para la clasificación del grado de autonomía, utilizaremos tres indicadores: el grado de obligatoriedad de su opinión, el grado de dependencia con otras instituciones del proceso de integración y la importancia de su actuar para el funcionamiento del proceso de integración en relación a sus objetivos.

### **i.i. Parlamento de la Unión Europea**

El órgano que antecede al Parlamento Europeo es la Asamblea Común de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que luego se amplió con la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), adoptando el nombre de Asamblea Parlamentaria Europea.

La Asamblea Parlamentaria Europea de 1958, se componía por 142 diputados y diputadas designados por los parlamentos nacionales de los Estados partes. En 1962 se crea el Parlamento Europeo, que tiene su primera aplicación en 1973 con el ingreso de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido, con 198 miembros. En 1976 se estableció un consenso entre los países Europeos, en relación a la elección de los diputados/as al Parlamento Europeo por sufragio

universal directo. Tras su ratificación por todos los Estados miembros, el Acto entró en vigor en julio de 1978.<sup>15</sup>

Las primeras elecciones se celebraron los días 7 y 10 de junio de 1979, desde entonces se conforman por diputados y diputadas europeos que representan a los ciudadanos de la Unión. Siendo su número máximo el de 751 miembros con representación decrecientemente proporcional, con un mínimo de seis diputados por Estado miembro. Además el TUE, artículo 14 TUE, establece que no se asignará a ningún Estado miembro más de noventa y seis escaños.

El Parlamento Europeo, ejerce conjuntamente con el Consejo (representante de los Estados miembros), la función legislativa y la función presupuestaria. En este sentido, se observa en el nivel supranacional de la UE que no parece entonces responder al esquema clásico de la separación de poderes donde la rama ejecutiva se encarga de administrar dejando a la rama legislativa la tarea de crear las normas, sino que lo hacen el conjunto (ARROYAVE QUINTERO, 2013: p. 167).

Además ejerce funciones de control político y funciones consultivas, en las condiciones establecidas en los Tratados y elige al Presidente de la Comisión. En el ejercicio de sus competencias legislativas, participa del procedimiento legislativo ordinario que establece el artículo 294 del TUE. En el seno de estas competencias, el Parlamento Europeo puede emitir Reglamentos, Directivas, Decisiones. Mientras que en ejercicio de su competencias consultivas puede emitir Recomendaciones y Dictámenes.

La participación en la elaboración del presupuesto anual de la UE, la comparte con el Consejo con arreglo al procedimiento legislativo especial que establece el artículo 314 del TFUE. Hasta el año 2010, el presupuesto de la UE contenía la categoría de gastos no obligatorios, para los cuales el Parlamento tenía la última palabra. Luego, se elimina esa categoría y el Parlamento junto con el consejo comparten el poder de decisión respecto a todos los gastos. “El Parlamento ha rechazado en dos ocasiones el presupuesto en su conjunto (en diciembre de 1979 y diciembre de 1984) desde que obtuviese la potestad para

---

<sup>15</sup> Conf. Fichas técnicas sobre la Unión Europea, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2011-0176\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2011-0176_ES.html)

hacerlo en 1975. Con arreglo a las nuevas normas acordadas en el Tratado de Lisboa, el Comité de Conciliación no ha sido capaz de alcanzar un acuerdo en otras tres ocasiones (presupuestos de 2011, 2013 y 2015). En estos tres casos, al final se adoptó el nuevo proyecto de presupuesto presentado por la Comisión, que reflejaba el esbozo de compromiso al que había podido llegar el Comité de Conciliación.”<sup>16</sup>

En este sentido, el Parlamento de la UE, muestra un alto grado de autonomía al momento de realizar las lecturas correspondientes a los proyectos. Por su parte, se debe destacar la importancia de su funcionamiento para el desarrollo de la UE, ya que por sus características institucionales, la normativa supranacional guarda especial importancia en su trabajo. Sin embargo, debe llegar a acuerdos con otras instituciones, ya que comparte estas funciones y no son una competencia exclusiva, por esa razón consideraremos que tiene un nivel medio de autonomía en sus competencias legislativas y presupuestarias.

En ejercicio de sus funciones de control político, el Parlamento puede utilizar distintos instrumentos: el voto de investidura, por el cual avala el nombramiento del Presidente de la Comisión, de los Comisarios y del Alto Representante de la UE para los Asuntos Exteriores y de Política de Seguridad<sup>17</sup>; puede aprobar la moción de censura que obliga a renunciar colectivamente a los miembros de la Comisión por mal desempeño<sup>18</sup>; puede crear comisiones de investigación<sup>19</sup>; puede recibir una petición ciudadana<sup>20</sup>; puede nombrar al

---

<sup>16</sup> Conf. Fichas técnicas sobre la Unión Europea, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/10/el-procedimiento-presupuestario>

<sup>17</sup> Conf. Artículo 17.7 TUE. publicado el 30/03/2010 en el BOE. Accesible en <https://www.boe.es/DOUE/2010/083/Z00013-00046.pdf>

<sup>18</sup> Conf. artículos 17.8 TUE publicado el 30/03/2010 en el BOE. Accesible en <https://www.boe.es/DOUE/2010/083/Z00013-00046.pdf> y 201 TFUE publicado en el BOE 26/10/2012. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E294>

<sup>19</sup> Conf. Artículo 226 TFUE publicado en el BOE 26/10/2012. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E294>

<sup>20</sup> Conf. Artículo 24 y 227 TFUE publicado en el BOE 26/10/2012. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E294>

Defensor del Pueblo<sup>21</sup>; puede pronunciarse sobre el informe general anual de la Comisión<sup>22</sup>; puede citar al Consejo y al Consejo Europeo a responder preguntas parlamentarias<sup>23</sup>.

También posee funciones consultivas, al momento de requerir su dictamen para: la adhesión de nuevos Estados miembros, así como de todo acuerdo de asociación, firmar acuerdos internacionales con repercusiones presupuestarias importantes para la Unión o aquellos que crean un marco institucional específico o que implican la modificación de un acto adoptado de conformidad con el procedimiento de codecisión y realizar los actos relativos al procedimiento electoral. Además, es necesario el dictamen conforme del Parlamento para que el Consejo declare que existe un riesgo real de que un Estado miembro cometa una violación grave de los principios fundamentales de la Unión Europea.

Considerando los procedimientos precedentes, en relación a los indicadores de obligatoriedad de su opinión, dependencia de otras instituciones e importancia de su actuar, podemos clasificar al Parlamento Europeo en representación un alto grado de autonomía en las funciones de control político y funciones consultivas.

### **i.ii. Parlasur**

El Parlasur forma parte del MERCOSUR desde el año 2007, cuando reemplazó a la Comisión Parlamentaria Conjunta. Desde entonces ha atravesado diferentes etapas de transición hacia su constitución y funcionamiento pleno.

---

<sup>21</sup> Conf. Artículos 36 y 228 TFUE publicado en el BOE 26/10/2012. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E294>

<sup>22</sup> Conf. Artículos 233 y 249,2 TFUE publicado en el BOE 26/10/2012. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E294>

<sup>23</sup> Conf. Artículo 230 TFUE publicado en el BOE 26/10/2012. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E294>

El Protocolo constitutivo del Parlamento del MERCOSUR (PCPM)<sup>24</sup>, creado el 9 de diciembre de 2005 establece, que el Parlasur, es el órgano, sin capacidad decisoria, representativo de los pueblos respetando su pluralidad ideológica y política. Es en este, donde comienzan a oírse las voces de los pueblos mercosureños dentro del proceso de integración. Además establece que, el Parlamento del MERCOSUR: será independiente y autónomo y estará integrado por parlamentarios electos por sufragio universal, directo y secreto, de acuerdo a la legislación interna de los Estados Parte.

De acuerdo a lo que prevé el PCPM, las etapas de transición serán tres: la primera etapa de transición, se llevó a cabo desde el 31 de diciembre de 2006 hasta 31 de diciembre de 2010. En esta etapa las delegaciones de los cuatro Estados partes estaban compuestas por dieciocho parlamentarios designados por los legisladores de los parlamentos nacionales de cada Estado parte.

La segunda etapa de transición se desarrolló desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2014. A partir de esta segunda etapa de la transición, todos los parlamentarios deberían haber sido elegidos de conformidad con el artículo 6, inciso 1 del PCPM. Pero, como expresó el Dr. Pizzolo IX Jornadas de Derecho de la Integración

PARLASUR: elección directa, “Lo cierto es que los plazos, las fechas, las etapas que se pactaron para la constitución de un Parlamento regional con base electiva no se cumplieron” (PIZZOLO, 2015 abril).

Al respecto, destaca un parlamentario argentino que, “es importante superar lo más rápido posible esta transición que está viviendo el Parlasur, ya que no todos los países han elegido a los Parlamentarios de forma directa, y esto genera representaciones asimétricas, por ejemplo, hoy Argentina, teniendo menos población tiene más representación que Brasil. Considera que fue un error no haber elegido en forma concomitante en todos los países del

---

<sup>24</sup> Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur. Aprobado el 8/11/2005. Accesible en [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=195](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=195)

MERCOSUR en el mismo momento a los parlamentarios en forma directa, esta transición tan larga conspira contra el buen funcionamiento del MERCOSUR.”<sup>25</sup>

En este segundo periodo se incorporaron veintisiete parlamentarios venezolanos, Brasil tuvo en sus bancas a setenta y cinco parlamentarios, mientras que Argentina tuvo a cuarenta y tres. Sin embargo, Paraguay y Uruguay se mantuvieron con dieciocho parlamentarios.

Ante esta situación de incumplimiento sobre los plazos pautados, fue oportuno que a través de la Decisión N° 11/14 del CMC, se modificara el plazo estipulado para la realización de elecciones directas. Este, fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2020.

Ante el transcurso del tiempo, sin avances, atendiendo las dificultades que presentó la pandemia del Covid-19 para la región y considerando que el Protocolo Adicional al PCM del 16 de abril de 2019, no ha entrado en vigor, por medio de la Decisión 20/2020 se prorrogó el plazo hasta el 31 de diciembre del 2030.

Según el artículo 19 del PCPM, los actos que puede producir el parlamento dentro de sus funciones son: Dictámenes; Proyectos de normas; Anteproyectos de normas; Declaraciones; Recomendaciones; Informes; y Disposiciones.

Sin embargo, entre las competencias del Parlamento se encuentra, conforme al inciso 12, artículo 4 PCPM, la facultad de participar en el procedimiento normativo mercosureño, a fin de dictaminar sobre aquella normativa que sea necesaria la incorporación por parte de los Estados; conforme al inciso 13, artículo 4 PCPM, la de elaborar proyectos de normas para poner en consideración del CMC, que no se tratan de iniciativas legislativas sino simples proposiciones ; o la función conforme al inciso 14, artículo 4 PCPM, de elaborar anteproyectos de normas que tengan por fin la armonización de las legislaciones de los Estados partes, que también se traducen como simples proposiciones dirigidas a los parlamentos nacionales para su eventual consideración.

En suma, el Parlamento del MERCOSUR no tiene competencia legislativa propiamente dicha, sino que interviene consecutivamente en la elaboración de

---

<sup>25</sup> Conf. Revista del Parlamento del MERCOSUR N° 6, agosto de 2016. Accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/12271/1/revista-6.1.pdf>

algunas normas que necesiten ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos de los Estados parte<sup>26</sup> y para que finalmente sean aprobadas por los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR<sup>27</sup>.

En cuanto a las competencias presupuestarias, conforme a los incisos 19 y 20, artículo 4 PCPM, el parlamento debe recibir dentro del primer semestre de cada año un informe sobre la ejecución del presupuesto de la Secretaría del MERCOSUR del año anterior y elaborar y aprobar su presupuesto e informar sobre su ejecución al Consejo de Mercado Común dentro del primer semestre del año posterior al ejercicio.

Analizando ambas competencias se puede clasificar al Parlasur dentro de los parlamentos regionales con bajo grado de autonomía, teniendo en cuenta que su opinión no es vinculante, dejando en evidencia que si bien es escuchado, finalmente se adoptarán los actos que se presenten frente a decisiones políticas de los gobiernos de turno de los Estados partes. En relación a su participación en la elaboración y aprobación del presupuesto del MERCOSUR, es nula, ya que solo es informado de la ejecución presupuestaria. Si bien el relación a su propio presupuesto, guarda un cierto grado de autonomía, debe rendir cuentas a la institución de mayor jerarquía del MERCOSUR. En tanto depende de otras instituciones para funcionar.

Por consiguiente, se observa una clara erosión en la importancia de su actuar dentro del proceso de integración, al momento de que los gobiernos de los Estados han decidido, prorrogar consecutivamente las etapas de transición hacia un funcionamiento pleno, no garantizando el sufragio directo al pueblo mercosureño.

El Parlamento también posee algunas funciones de control, como efectuar pedidos de informes u opiniones por escrito a los órganos decisarios y consultivos del MERCOSUR, establecidos en el Protocolo de Ouro Preto, sobre cuestiones vinculadas al desarrollo del proceso de integración; ya que tiene a su

---

<sup>26</sup> No necesitan ser incorporadas al ordenamiento jurídico de los Estados partes, aquellas que reglamentan aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR.

<sup>27</sup> Consejo del Mercado Común (CMC), Grupo del Mercado Común (GMC) y Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM).

cargo, velar por la protección de los Derechos humanos y el régimen democrático de los Estados parte, en base a las facultades que le encomiendan los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 PCPM. Además, el artículo 13 PCPM, agrega la facultad de solicitar opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión.

Por otro lado, tiene competencias consultivas propiamente dichas, en virtud del inciso 11, artículo 4 PCPM, el Parlasur puede emitir declaraciones, sobre cualquier asunto de interés público, recomendaciones dirigidas a los órganos decisarios, informes sobre temas específicos.

En ejercicio de sus competencias organizativas, según los artículos 101 y 168 del Reglamento Interno del Parlasur, puede emitir disposiciones de carácter administrativo que dispongan sobre la organización interna del Parlamento y según artículo 21 PCPM, puede aprobar y modificar su reglamento interno.

Si bien, al ser un órgano consultivo no posee un alto grado de autonomía en sus decisiones, lo que le genera un grado de dependencia con las instituciones que poseen capacidad decisoria dentro del proceso de integración, se debe remarcar su importancia en relación a las funciones de control político y funciones consultivas. En su rol de velar por la democracia y los derechos humanos en la región, han realizado destacadas acciones. En este ámbito el Observatorio de la Democracias del Parlamento del MERCOSUR participa de los comicios de los diferentes Estados partes, en Misiones de Observación Electoral<sup>28</sup>.

También ha sido el lugar de recepción de denuncias sobre violaciones a los derechos humanos en los diferentes Estados. En este ámbito se han denunciado diferentes situaciones ocurridas en Venezuela por los parlamentarios opositores al gobierno del Estado parte.<sup>29</sup> Por esa razón, amparados en la importancia de

---

<sup>28</sup> El 7 de febrero de 2021 se observaron las elecciones de Ecuador en las que también se eligieron parlamentarios andinos que asumen el 24 de mayo de 2021. Informe accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/18917/1/parlasur/informe-previo-de-la-mision-de-observacion-electoral-del-parlasur-en-ecuador.html>

<sup>29</sup> El día 5 de octubre de 2016, la parlamentaria venezolana PICHARDO, hace pública su denuncia de Violación de los DDHH a Alcaldes de Venezuela. En la misma se hace un resumen de la persecución política, jurídica y social de la que es víctima la sociedad venezolana. La Parlamentaria de Venezuela, hace pública su denuncia de Violación de los DDHH a Alcaldes de Venezuela, interpuesta el pasado 5 de octubre en su condición de Parlamentaria del MERCOSUR, representando al pueblo venezolano. En la misma se hace un resumen de la persecución política, jurídica y social de la que es víctima la sociedad venezolana. Accesible en

sus denuncias el mismo cuerpo, en la sesión ordinaria del Parlamento del día 12 de marzo de 2018, se decidió que los parlamentarios venezolanos continúen participando en el Parlasur<sup>30</sup>, pese a encontrarse suspendido de participar en las otras instituciones del proceso de integración en virtud del Protocolo de Ushuaia por la decisión del 5 de agosto de 2017.

### **i.iii. Parlamento Andino**

El Parlamento Andino, se desarrolla dentro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y se crea a partir del Acuerdo de Cartagena (AC)<sup>31</sup> firmado en 1969, como órgano deliberante del Sistema de integración Andina. Posee naturaleza comunitaria, y conforme al artículo 42 AC, representa a los pueblos de la Comunidad Andina, por lo que se encuentra constituido por representantes elegidos por sufragio universal y directo.

El Parlamento Andino, segun el inciso A artículo 43 AC, funciona como promotor y orientador del proceso de integración con miras a la integración latinoamericana y según el inciso E artículo 43 AC, interviene el proceso legislativo, de manera consultiva, participando en la generación normativa del proceso mediante sugerencias a los órganos del Sistema de proyectos de normas sobre temas de interés común, para su incorporación en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina . Además, conforme al inciso F artículo 43 AC,

---

<https://parlamentomercosur.org/innovaportal/file/12769/1/denuncia-de-violacion-de-los-ddhh-a-alcaldes-de-venezuela.pdf>

El 16 de abril de 2017 los integrantes de la Delegación Parlamentaria de Venezuela ofrecieron una rueda de prensa para exponer su denuncia en relación a los hechos suscitados en Venezuela, considerando violatorio de la democracia las sentencias Nº 155 y 156, del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), donde se impide el uso de las competencias al Poder Legislativo del país.

Accesible

en

<https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/13478/1/parlasur/parlamentarios-venezolanos-denuncian-golpe-continuado-en-venezuela.html>

<sup>30</sup> Respecto a esto PEROTTI, refiere a que se desarollo algo que en el ámbito nacional argentino no ocurre desde hace más de 10 años; y es la convergencia de todas las fuerzas políticas con representatividad legislativa regional sobre un tema sustancial e importante, como lo es la cuestión de Venezuela y el MERCOSUR.

<sup>31</sup> Conf. Acuerdo de Cartagena firmado en 1969. Accesible en <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>

puede promover la armonización de las legislaciones de los Países Miembro; y, promover relaciones de cooperación y coordinación con los Parlamentos de los Países Miembros, los órganos e instituciones del Sistema, así como con los órganos parlamentarios de integración o cooperación de terceros países, en virtud de lo establecido en el oinciso G artículo 43 AC.

Estas funciones “no dotan de capacidad legislativa al Órgano de representación de los ciudadanos de los países miembro de la Comunidad, sino que, le brindan al Parlamento Andino la mera facultad de promoción y armonización de normas, y de promoción, cooperación y coordinación entre los diferentes Parlamentos Nacionales, debido a que no es el Parlamento Andino quien se encarga de proponer, debatir o aprobar leyes de manera directa o en conjunto con otros órganos dentro de la CAN, sino que sus funciones se limitan a realizar sugerencias a otros órganos de la organización sobre materias que deberían ser objeto de nuevas normativas, y de realizar un trabajo de promoción y armonización entre los distintos parlamentos nacionales, tarea que puede tornarse supremamente engorrosa, ya que cada uno de estos congresos vela por intereses políticos y económicos nacionales”(AGÁMEZ MARTÍNEZ, 2016: p. 11).

Su relación con las competencias presupuestarias, según el inciso C artículo 43 AC, puede formular recomendaciones sobre los proyectos de presupuesto anual de los órganos e instituciones del Sistema que se constituyen con las contribuciones directas de los Países Miembros. En relación a su propio presupuesto, establece el artículo 19 del Protocolo Adicional:

“El presupuesto anual aprobado para el funcionamiento del Parlamento Andino, será cubierto por los recursos aportados por cada País Miembro, de conformidad con las disposiciones reglamentarias que se dicten al respecto. El pago de remuneraciones y demás emolumentos que deban recibir los Parlamentarios Andinos de Elección Popular, será sufragado por sus respectivos Congresos en iguales proporciones que la de los Legisladores de cada país, con cargo al Presupuesto General de sus Congresos”. En este sentido, no tiene la capacidad aprobar el presupuesto o controlar su ejecución, por lo que no puede darse su propio presupuesto, dependiendo de otros órganos e instituciones del proceso de integración.

En el ámbito de estas facultades, se observa que su voz no posee carácter obligatorio, en relación a tomar su sugerencia a los otros órganos e instituciones y en relación a la elaboración de su propio presupuesto. Además muestra dependencia de otros órganos de la CAN, mostrando una debilidad en la importancia de su funcionamiento.

Ejerce funciones de control político, según el inciso B artículo 43 AC, requiriendo información periódica a los órganos e instituciones del Sistema a fin de examinar la marcha del proceso de la integración subregional andina y el cumplimiento de sus objetivos.

Por otro lado, pose una competencia consultiva propiamente dicha, conforme al sobre el inciso D, artículo 43 AC, norte que lleve el proceso de integración, al momento que puede sugerir a los órganos e instituciones del Sistema las acciones o decisiones que tengan por objeto o efecto la adopción de modificaciones, ajustes o nuevos lineamientos generales con relación a los objetivos programáticos y a la estructura institucional del Sistema.

En relación a sus facultades consultivas y de control político podemos referirnos a un bajo grado de autonomía, ya que demuestra dependencia de otras instituciones, y una importancia en su trabajo que se diluye con la limitación a emitir sugerencias.

#### **i.iv. Parlacen**

El Parlamento del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), que se constituye por medio del Tratado Constitutivo del Parlacen y otras instancias políticas (TCP)<sup>32</sup>, que en su artículo 1 se entiende que es un órgano regional de planteamiento, análisis y recomendación sobre asuntos políticos, económicos, sociales y culturales de interés común, con el fin de lograr una convivencia pacífica dentro de un marco de seguridad y bienestar social, que se fundamente

---

<sup>32</sup> Conf. Tratado Constitutivo del Parlacen y otras instancias políticas, ratificado por cinco países centroamericanos en 1987. Accesible en <https://parlacen.int/assets/pdf/Parlacen-Tratado%20Constitutivo.pdf>

en la democracia representativa y participativa, en el pluralismo y en el respeto a las legislaciones nacionales y al derecho internacional.

El Parlamento Centroamericano, en lo que respecta a las funciones que tiendan a ser protagonista o solo prestar colaboración en la elaboración de normas jurídicas, se puede observar que el inciso D, artículo 5 TCP, faculta a que sólo pueda proponer proyectos de tratados y convenios, a negociarse entre los países centroamericanos que contribuyan a la satisfacción de las necesidades del área.

Su función principal, se centra en servir de foro deliberativo para el análisis de los asuntos políticos, económicos, sociales y culturales comunes y de seguridad, del área centroamericana<sup>33</sup>, y en impulsar y orientar los procesos de Integración y la más amplia cooperación entre los países centroamericanos<sup>34</sup>.

No tiene competencias para intervenir en cuestiones presupuestarias del proceso de integración. Según los artículos 10, 18 y 19 TCP, sus facultades presupuestarias se limitan a proyectar y aprobar su propio presupuesto, que se compondrá por los aportes en partes iguales de los Estados miembros.

El Parlacen ejerce un control político muy importante, ya que puede elegir, nombrar o remover, según corresponda, de conformidad con el Reglamento Interno, al funcionario ejecutivo de más alto rango de los organismos existentes o futuros, de la integración centroamericana, que según el inciso C del artículo 5 TCP, sean creados por los Estados Parte del Tratado Constitutivo del Parlacen y otras instancias políticas. Por otro lado, ejerce control político, en el marco del inciso E, F y G del artículo 5 TCP, propiciando la convivencia pacífica y la seguridad de Centroamérica promoviendo la consolidación del sistema democrático, pluralista y participativo en los países centroamericanos, con estricto respeto al derecho internacional, fortaleciendo su plena vigencia.

---

<sup>33</sup> Conf. Inciso A artículo 5 del Tratado Constitutivo del Parlacen y otras instancias políticas. Accesible en <https://parlacen.int/assets/pdf/Parlacen-Tratado%20Constitutivo.pdf>

<sup>34</sup> Conf. Inciso B, artículo 5 del Tratado Constitutivo del Parlacen y otras instancias políticas. Accesible en <https://parlacen.int/assets/pdf/Parlacen-Tratado%20Constitutivo.pdf>

Ejerce competencias consultivas, ya que puede, en virtud del inciso H artículo 5 TCP, recomendar a los gobiernos centroamericanos las soluciones más viables y efectivas en relación a los diferentes asuntos que, dentro de sus atribuciones, conozca. Además, puede, según el artículo 29 TCP, conocer el informe de la labor anual de los organismos de la integración centroamericana y recibir informes de las medidas y acciones tomadas para la ejecución de las decisiones adoptadas en el marco de la integración y las proyecciones de los programas de trabajo para el siguiente período a fin de evaluar los avances en el trabajo realizado por los organismos regionales y formularles observaciones y recomendaciones.

En el marco de sus competencias, legislativas y presupuestarias, en relación a su autonomía se infiere una baja capacidad de tornar de importancia fundamental a su intervención no obligatoria y dependiente de otros órganos del proceso de integración. Sin embargo, ejerce un alto grado de autonomía en relación a sus funciones de control político, pudiendo elegir, nombrar y remover al funcionario ejecutivo con mayor rango de los órganos del proceso de integración.

Además, posee un alto nivel de autonomía en su posibilidad de presentarse ante los gobiernos de los Estados partes a emitir recomendaciones, en especial las que refieren al respeto del derecho y convivencia pacífica.

En el año 2020 se pudo observar en su informe de gestión emitió recomendaciones referidas a las cuestión sanitaria por la pandemia del Covid-19, entre otras<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Emitió una Recomendación para demandar al Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica, CO- MISCA, a fortalecer el enfoque multiétnico y pluricultural en los sistemas de salud de los Estados miembros del SICA, durante la pandemia del COVID-19 y de manera institucional. También, emitió una Recomendación para exhortar a los Estados miembros del Sistema de la Integración Centroamericana a fortalecer los sistemas de salud para garantizar la atención de las mujeres y una Recomendación sobre Regulación de Medicamentos, Procedimientos y Vacunas. Accesible en [https://parlacen.int/assets/pdf/INFORME%20GESTION%20PARLACEN%202020%20FINAL%20\(1\).pdf](https://parlacen.int/assets/pdf/INFORME%20GESTION%20PARLACEN%202020%20FINAL%20(1).pdf)

Tabla N° 1. Características de la función parlamentaria

Funciones	Parlamento Europeo	Parlasur	Parlamento Andino	Parlacen
Legislativas	La ejerce conjuntamente con el Consejo	Emite dictámenes no vinculantes (consultiva)	Emite sugerencias (consultiva)	Proponer proyectos de tratados y convenios
Presupuestarias	La ejerce conjuntamente con el Consejo	Recibe un informe de cómo se ejecuta el presupuesto y elabora el propio	Puede efectuar recomendaciones sobre los proyectos anual de los órganos e instituciones	Proyecta y aprueba su propio presupuesto
De control político	Voto de investidura, moción de censura, petición ciudadana, nombrar al Defensor del Pueblo, pronunciarse ante el informe de la Comisión, preguntas parlamentarias	Puede efectuar pedidos de informes u opiniones a los órganos, velar por el régimen democrático de los Estados parte y solicitar Opiniones Consultivas al TPR	Puede requerir información a los órganos e instituciones	Elegir, nombrar o remover, al funcionario ejecutivo de más alto rango de los organismos. Propiciar la convivencia pacífica, la seguridad, Consolidación del sistema democrático, pluralista y participativo y el cumplimiento del derecho internacional
Consultivas	Emite dictámenes y en algunas oportunidades es obligatorio la solicitud de los mismos.	Puede emitir declaraciones, recomendaciones e informes	Puede sugerir a los órganos e instituciones del Sistema las acciones o decisiones	Puede emitir recomendaciones a los gobiernos de los Estados parte

Fuente: elaboración propia.

**Tabla N° 1A. Percepción del grado de autonomía en relación a las características de la función parlamentaria.**

Funciones	Parlamento Europeo	Parlasur	Parlamento Andino	Parlacen
Legislativas	ALTO	BAJO	BAJO	BAJO
Presupuestarias	MEDIO	BAJO	BAJO	BAJO
De control político	ALTO	MEDIO	BAJO	ALTO
Consultivas	ALTO	MEDIO	BAJO	ALTO

Fuente: elaboración propia

## **ii. La elección de los parlamentarios y las parlamentarias por el pueblo**

La democracia representativa se sustenta en la representación de la ciudadanía, titular de la soberanía, que se conforma como electorado. Así, la legitimidad de las decisiones que adopten los representantes, se fundará en la voluntad popular del pueblo. La participación electoral de los ciudadanos mediante el sufragio directo o indirecto va a mediar en la relación entre representantes y representados, salvo en algunos casos excepcionales y limitados únicamente a una cámara del parlamento, de representación no electoral<sup>36</sup> o a su nombramiento por parte de otros poderes del Estado.

En relación a los procesos de integración regional, el sufragio directo o indirecto, ha sido la forma en que estos han instituido la representación de sus pueblos. En este aspecto vamos a observar si el problema del déficit democrático se encuentra en las formas que se han establecido para componer el cuerpo y dotarlo de representantes.

<sup>36</sup> El ejemplo de la Cámara de los Lores inglesa es hoy el único, como parlamentarios no elegidos mediante elecciones. Se conforma por Lores Espirituales elegidos por su prestigio y dilatada carrera eclesiástica dentro de la Iglesia anglicana y por los Lores Temporales, nombrados por la Reina con el asesoramiento del Primer Ministro.

Para profundizar en ese análisis, vamos a tomar como indicadores las características del sistema electoral en cuanto a la simultaneidad de la elección de parlamentarios con las elecciones nacionales del Estado miembro, y la ponderación de los sistemas electorales de los Estados parte ante la ausencia de un único sistema electoral regional para la elección de parlamentarios.

### **ii.i. Parlamento de la Unión Europea**

En la Cumbre de París de 1974, se decidió que se convocarían elecciones directas luego de cuatro años, producto de un trabajo de años de un grupo a cuyo frente se hallaba Fernand Dehousse. Previamente, como fruto de esos esfuerzos, se elabora el Proyecto de Convención sobre la elección de la Asamblea Parlamentaria Europea por sufragio universal directo en 1960.

En 1975 el Parlamento adopta una resolución por la que se aprueba un nuevo proyecto sobre la materia, que pasa a examen del Consejo. Se debe destacar que el Consejo Europeo mediante el Acuerdo de Bruselas de 1976, establece un criterio en cuanto al reparto de escaños a adjudicar a cada país. Más tarde, el Consejo Ministerial (órgano establecido en los tres tratados que dan origen a las Comunidades Europeas) aprueba una decisión que establece, finalmente, que en 1979 se realiza la primera elección por sufragio universal, directo, libre y secreto en la Comunidad Europea (PIZZOLO, 2010: pp. 405-405).

Las elecciones europeas no son obligatorias para sus ciudadanos y se realizan cada cinco años, para elegir a quienes los representarán en el parlamento, por un período de cinco años, pudiendo renovar sus mandatos presentándose a las nuevas elecciones.

En virtud del derecho de libre circulación y residencia garantizado por el artículo 21 TFUE, que le corresponde a los ciudadanos de la UE y a su familia<sup>37</sup>,

---

<sup>37</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) estableció en el Asunto C-127/08, que este derecho debe extenderse a la familia del beneficiario, para que pueda ejercerse en condiciones objetivas de dignidad. En interpretación de la Directiva 2004/38 CE, la definición de familia debe incluir también a la pareja registrada, si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio, sin embargo, los Estados miembros se deben comprometer a estudiar la situación de las personas no incluidas en la definición de familia.

los ciudadanos que se encuentran en otro Estado del que no sean nacionales, puedan ejercer el derecho al sufragio. Sin embargo, conforme al artículo 9, Acta, Directiva 93/109, ningún ciudadano europeo puede votar o ser candidato más de una vez por elección, pudiendo votar en el Estado miembro donde resida, aunque no sea nacional de dicho Estado. Por su parte, la Directiva 94/80 CE, tiene como objetivo general hacer desaparecer cualquier diferencia entre los ciudadanos europeos nacionales y los no nacionales en el derecho al sufragio.

Se establece que la elección de sus miembros se rige por el Acta relativa a la elección de los diputados al Parlamento Europeo por sufragio universal directo, que también contempla los caracteres de libre y secreto.

En virtud de llevar adelante el proceso electoral, el sistema supranacional establece los lineamientos que deben conformar las elecciones europeas, sin embargo esto no implica armonización de los regímenes electorales de los estados miembros.

El sistema electoral utilizado para las elecciones europeas, según dicha Acta, se caracteriza por elecciones que se realizan por listas o voto único transferible, de tipo proporcional. Se habilita a los Estados miembros a: permitir la votación de listas con voto de preferencia, con la modalidad que establezcan; construir circunscripciones o subdivisiones electorales, sin desvirtuar globalmente el carácter proporcional del sistema electoral; establecer un umbral mínimo para la asignación de escaños no superior al 5% de los votos emitidos; un tope máximo de gastos de campaña electoral; a regirse por las disposiciones electorales nacionales en todo lo que no este regulado en el Acta ; a fijar fecha y horas de elección, que deberá quedar comprendida para todos los Estados miembros dentro de un mismo período, empezando el jueves por la mañana y terminando el primer domingo siguiente.

Por su parte el artículo 223.1 TFUE le confiere al Parlamento la capacidad de iniciar propuestas sobre la forma de elección de sus miembros y en relación a las cuales el Consejo se pronunciará por unanimidad y luego el Consejo aguardará la ratificación de los Estados partes, luego de realizar un adecuado control de constitucionalidad. A pesar de ello, los resultados de la aplicación de este artículo han sido muy limitados y muy modestos y sigue sin existir un

procedimiento único para llevar adelante las elecciones europeas (GARCÍA GARCÍA, 2019: pp. 3-29).

Al no establecerse normas electorales que determinen un único sistema electoral europeo, “se sigue preponderando la aplicación de las normativas electorales nacionales, cuyas características continúan siendo dispares, lo que ha puesto de manifiesto que incluso la armonización de los sistemas electorales en base a unos principios comunes está resultando una tarea difícil. Y es que, a fecha de hoy, las elecciones al Parlamento no tienen realmente una dimensión supranacional o europea. Por el contrario se consideran como un asunto electoral interno, un tipo de elecciones domésticas y de segunda, en las cuales el voto queda determinado por la acción del partido que está en el gobierno de la nación en ese momento. Así, estas elecciones se dirimen a escala estatal, con partidos y procesos electorales mediatizados por los estados y donde el cuerpo electoral está integrado por la suma de los nacionales de los distintos estados miembros que participan en las mismas” (GARCÍA GARCÍA, 2019: pp. 6).

En este aspecto puede considerarse que el problema del déficit democrático se puede relacionar a las formas que se han establecido para elegir a los representantes del pueblo en la UE, entendiendo que conformar un sistema electoral único supranacional, puede ayudar a consolidar la conformación de representatividad de la ciudadanía. Por el contrario, la distribución política de los escaños en el Parlamento Europeo no viene determinada por una elección europea, sino por las elecciones que realizan cada uno de los Estados partes con cuotas nacionales de escaños, lo que se demuestra en contraste con la naturaleza del mismo Parlamento (GARCÍA GARCÍA, 2019: pp. 3-29).

La no obligatoriedad del voto, y la no simultaneidad con las elecciones nacionales, pueden favorecer la poca participación electoral. Sin embargo, favorece la representatividad, fortalece el sentimiento ciudadano regional, el no identificarse con los sistemas electorales internos y determinar normas supranacionales comunes que regulen la forma de elegir a los representantes del pueblo.

### ii.ii. Parlasur

La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), órgano antecedente del Parlasur, representaba los parlamentos de los Estados parte en el ámbito del MERCOSUR. A partir de la sanción del Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR (PCPM)<sup>38</sup> se produce un cambio respecto a la representatividad del órgano parlamentario, atendiendo a la necesidad de acercar el proceso de integración a la ciudadanía de los Estados Partes. Considerando que, está representatividad significará un aporte a la calidad y equilibrio institucional del MERCOSUR, creando, conforme a la exposición de motivos PCPM, un espacio común en el que se refleje el pluralismo y las diversidades de la región, y que contribuya a la democracia, la participación, la representatividad, la transparencia y la legitimidad social en el desarrollo del proceso de integración y de sus normas.

Además el PCPM establece que, el Parlamento del MERCOSUR será independiente y autónomo y estará integrado por parlamentarios electos por sufragio universal, directo y secreto, de acuerdo a la legislación interna de los Estados Parte.

En este sentido, la elección directa, se constituye como un medio para la promoción de la participación ciudadana en el proceso de integración, el aumento de la legitimidad democrática y la construcción de una comunidad e identidad mercosureña (ÁLVAREZ MACÍAS, 2011: pp. 207-229).

El artículo 6 del PCPM establece que,

“1. Los Parlamentarios serán elegidos por los ciudadanos de los respectivos Estados Partes, a través de sufragio directo, universal y secreto.

2. El mecanismo de elección de los Parlamentarios y sus suplentes, se regirá por lo previsto en la legislación de cada Estado Parte, la cual procurará asegurar una adecuada representación por género, etnias y regiones según las realidades de cada Estado.

---

<sup>38</sup> Conf. Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur. Aprobado el 8/11/2005. Accesible en [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=195](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=195)

3. Los Parlamentarios serán electos conjuntamente con sus suplentes, quienes los sustituirán, de acuerdo a la legislación electoral del Estado Parte respectivo, en los casos de ausencia definitiva o transitoria. Los suplentes serán elegidos en la misma fecha y forma que los Parlamentarios titulares, así como para idénticos períodos.

4. A propuesta del Parlamento, el Consejo del Mercado Común establecerá el “Día del MERCOSUR Ciudadano”, para la elección de los parlamentarios, de forma simultánea en todos los Estados Partes, a través de sufragio directo, universal y secreto de los ciudadanos.”

Teniendo en cuenta las disposiciones transitorias del PCPM, el primer país en cumplir con lo previsto en las etapas de transición fue Paraguay, por las cuales se debía pasar de parlamentarios y parlamentarias electos por sufragio indirecto a electos por sufragio directo. Paraguay, a través de la sanción de la ley nacional 3166<sup>39</sup>, que modifica los artículos 106, 170, 246, 247, 248 y 258 de la ley 834 de 1996 que establece el código electoral paraguayo. El reformado artículo 248 del Código Electoral paraguayo, comprende que la elección de parlamentarios del MERCOSUR se hará en simultáneo a sus elecciones nacionales, salvo las modificaciones que pudieran surgir como consecuencia de las disposiciones previstas al respecto por el Consejo del MERCOSUR., de conformidad con el Protocolo, de representantes al Parlasur.

Estas elecciones conforme a la normativa mercosureña se han realizado por medio del sistema de lista completa y cerrada y de representación proporcional, con aplicación del sistema D'Hont, para la distribución de escaños<sup>40</sup>. Aplicando esta manda, Paraguay eligió a 18 representantes al Parlamento del MERCOSUR. en el 2008, en el 2013 y en 2018, ya que sus mandatos duran cinco años, de acuerdo a la normativa nacional.

---

<sup>39</sup> Conf. Ley 3.166 de Paraguay. Fecha de promulgación 30/03/2007. Fecha de publicación 12/04/2007. Accesible en <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/290/ley-n-3166-modifica-los-articulos-106-170-246-247-248-y-258-de-la-ley-n-83496-que-establece-el-codigo-electoral-paraguayo>

<sup>40</sup> Conf. Artículos 247 y 258 de la ley 3.166. Accesible en <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/290/ley-n-3166-modifica-los-articulos-106-170-246-247-248-y-258-de-la-ley-n-83496-que-establece-el-codigo-electoral-paraguayo>

En 2015, Argentina, a través de la ley 27.120<sup>41</sup>, reguló la elección directa de los/as Parlamentarios/as del MERCOSUR., estableciendo un sistema mixto.

En tanto, en aplicación del artículo 164 bis del Código Electoral de la Nación Argentina, modificado por la ley 27.120:

a) Veinticuatro parlamentarios fueron elegidos en forma directa por distrito regional: un parlamentario por cada una de las 23 provincias y un parlamentario/a por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

b) El resto de parlamentarios fueron elegidos en forma directa por el pueblo de la Nación, por distrito nacional, a cuyo fin el territorio nacional constituye un distrito único.

Estableciendo la postulación de candidatos/as a parlamentarios del MERCOSUR por distrito regional provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las agrupaciones políticas de distrito correspondientes, cada elector votó por una sola lista oficializada de un único candidato con dos suplentes. En este contexto, resultó electo parlamentario del MERCOSUR por distrito regional provincial o en su caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el candidato de la agrupación política, que obtuvo la mayoría de los votos emitidos en el respectivo distrito, en aplicación del artículo 164 ter del Código Electoral de la Nación Argentina reformado. Por su parte, respecto a la postulación por distrito nacional postularon listas de candidatos a parlamentarios del MERCOSUR por distrito nacional, las agrupaciones políticas de orden nacional.

Cada elector votó por una sola lista oficializada, de candidatos titulares cuyo número será igual al de los cargos a cubrir e igual número de candidatos suplentes. Los cargos a cubrir se asignaron conforme al orden establecido por cada lista y con arreglo al siguiente procedimiento: se determinó que, el total de votos obtenidos por cada lista que haya alcanzado como mínimo el tres por ciento (3 %) del padrón electoral nacional será dividido por uno (1), por dos (2), por tres (3) y así sucesivamente hasta llegar al número igual al de los cargos a cubrir. Luego, los cocientes resultantes, con independencia de la lista de que provengan, fueron ordenados de mayor a menor en un número igual al de los

---

<sup>41</sup> Conf. Ley 27.120. Fecha de sanción 29/12/2014. Fecha de publicación 8/01/2015. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=240491>

cargos a cubrir. En caso de haber dos o más cocientes iguales se los ordena en relación directa con el total de los votos obtenidos por las respectivas listas y si éstos hubieren logrado igual número de votos el ordenamiento, determinó la ley que se realizará un sorteo que a tal fin deberá practicar la Cámara Electoral Nacional. Asimismo, a cada lista le corresponden tantos cargos como veces, sus cocientes figuren en el ordenamiento indicado en el inciso B del artículo 164 quáter del Código Electoral de la Nación Argentina reformado.

Está ley significó cumplir con la normativa regional y fortalecer el avance de la integración, ya que diputados elegidos por voto directo significan una mayor capacidad de trabajo al Parlamento del MERCOSUR, que naturalmente no podía tener cuando los representantes son indirectos y deben dedicar la mayoría de su tiempo a su propio Parlamento.<sup>42</sup>

El 25 de octubre de 2015 se realizaron en Argentina las primeras elecciones para el Parlasur, para sumarse a tener representaciones Parlamentarias electas en forma directa, como Paraguay.<sup>43</sup>

Mientras que los Estados de Uruguay, Brasil y Venezuela, continuaron con representaciones de sus pueblos electos/as de forma indirecta.

El 16 de abril de 2019 representantes de la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, firmaron una declaración conjunta relativa al funcionamiento del MERCOSUR, por la cual suspenden la forma de elección establecida en el PCPM.

Establece entre sus considerandos que, esta medida es tomada en vista de que la integración del Parlamento con representantes electos a través del sufragio directo, universal y secreto de los ciudadanos debe guardar simultaneidad entre todos los Estados Partes de manera de evitar desequilibrios en la representación ciudadana.

---

<sup>42</sup> Conf. Revista del Parlamento del MERCOSUR N° 3, publicada en febrero de 2016. p. 11. Accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/11158/1/revista-febrero.pdf>

<sup>43</sup> Durante la XXXV Sesión Plenaria 14/12/2015, los Parlamentarios y Parlamentarias representantes del pueblo argentino asumieron sus bancas en el Organismo Internacional, cumpliendo los cuatro años de mandato hasta 2019. Orden del día de la sesión, accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/10840/1/orden-del-dia-xxxv-so.pdf>

Además, que esta medida tiene como fin garantizar la continuidad de las actividades del Parlamento del MERCOSUR en condiciones de igualdad, y establece que hasta que no se realice la elección de los Parlamentarios del MERCOSUR en forma simultánea en todos los Estados Partes, el Parlasur funcionará integrado por legisladores de los Parlamentos Nacionales de los Estados Partes.

Por otro lado, fundan la medida en el artículo 57 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados por lo cual puede suspenderse La aplicación de un tratado con respecto a todas las partes o a una parte determinada: a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes.

En consecuencia, el Poder Ejecutivo de la Nación Argentina, en cumplimiento de su derecho interno, sanciona el decreto N° 343/2019, por el cual convoca a elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la Nación, Diputados de la Nación y Senadores nacionales por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por las provincias de Chaco, Entre Ríos, Neuquén, Río Negro, Salta, Santiago del Estero y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. En dicho decreto se aclara sin perjuicio de que finaliza el mandato de cuarenta y tres Parlamentarios del MERCOSUR, en virtud de una declaración conjunta relativa al funcionamiento del Parlamento del MERCOSUR, que suspende la aplicación de las disposiciones del PCPM , en lo relativo a la elección directa de los parlamentarios, no corresponde convocar al electorado de la nación para votar en dicha categoría. Por lo tanto, en las elecciones nacionales de 2019, no fueron electos los parlamentarios que reemplazarían a los parlamentarios argentinos salientes del recinto regional.

La Cámara de Diputados de Paraguay ha aprobado las Resoluciones 413814, 413815 y Declaración 282, con fecha 29 de noviembre de 2019, a través de las cuales se insta al Poder Ejecutivo el PCPM firmado en abril.

El 26 de abril de 2020, se sanciona el Paraguay la ley 6570, por la cual se aprueba el Protocolo adicional al PCPM firmado en abril de 2019, determinando

que Hasta tanto se realice la elección de los Parlamentarios del MERCOSUR de forma simultánea en todos los Estados Partes a través de sufragio directo, universal y secreto de los ciudadanos, el Parlasur funcionará integrado por legisladores de los Parlamentos Nacionales de los Estados Partes. Sin embargo, en el caso de Paraguay estas disposiciones se verán impactadas luego del año 2023, ya que deben terminar sus mandatos quienes se encuentran en ejercicio de ellos.

Durante la reunión conjunta del Grupo Parlamentario Brasil-Argentina, la Representación Brasileña en el Parlamento del MERCOSUR, pidió al Presidente de la Cámara de Diputados de Argentina, una definición sobre la designación de Parlamentarios argentinos para que las reuniones deliberativas vuelvan realizarse. Ya que se requiere la prórroga por ley o a través de una decisión judicial. Desde la presidencia de la Cámara de Diputados de Argentina, se explicó “que el impasse se debe a una decisión política incorrecta en la convocatoria anterior al proceso electoral”.<sup>44</sup>

Dado que el mandato de los legisladores argentinos vencían a finales del año 2019, la Mesa Directiva del Parlamento, por medio de la MERCOSUR/MD/DISP.03/2019, propuso dar continuidad a los mandatos, a fin de compatibilizar del mejor modo el derecho interno de la República Argentina ante la omisión de elecciones. Recientemente, la Decisión 20/2020 que prorroga los plazos de las etapas transitorias para la constitución definitiva del Parlasur, se ha considerado en base a que el Protocolo Adicional al PCM, que firmaron los Estados partes el 16 de abril de 2019, no ha entrado en vigor, dejando la posibilidad abierta de que en próximas elección se retome la elección directa de los representantes del pueblo en el MERCOSUR.

En suma, el déficit democrático que atraviesa el Parlamento del MERCOSUR, claramente se puede relacionar con las formas que se han establecido para componer el cuerpo. En especial a lo que refiere a no respetar

---

<sup>44</sup> Conf. Agencia PARLASUR 05/03/2020. Accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/17785/4/secretaria/parlamentario-nelsinho-trad-pide-definicion-sobre-designacion-de-parlamentarios-argentinos-para-el-parlasur.html>

los plazos establecidos para su funcionamiento pleno y a las marchas y retrocesos sobre los derechos electorales de los ciudadanos.

De acuerdo a los sistemas electorales argentinos y paraguayos, se ha votado de manera obligatoria a los representantes del pueblo en el MERCOSUR, de manera simultánea a las elecciones nacionales, pese a establecerse un día común en toda la región, lo que en conjunto a la poca seguridad jurídica que se ha establecido para la elección de los parlamentarios, erosiona el espíritu de la constitución de la ciudadanía regional.

### **ii.iii. Parlamento Andino**

El Parlamento Andino es el órgano deliberante del Sistema Andino de Integración, su naturaleza es comunitaria, representa a los pueblos de la Comunidad Andina, según lo determina el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino (TCPA)<sup>45</sup> constituyéndose por Representantes elegidos por Sufragio Universal y Directo, según procedimiento.

El Protocolo Adicional<sup>46</sup> instituye la Elección Directa del Parlamento Andino, establece en su artículo 4 que los procesos electorales se deben celebrar en cada Estado miembro conforme a la legislación interna de cada Estado, hasta que se establezca un régimen electoral uniforme. Además establece en su artículo 6 que los parlamentarios que sean electos, adquieren autonomía total en el ejercicio de sus funciones respecto a los mandatos imperativos, quedando sujetos a los objetivos e intereses comunitarios.

En relación a la simultaneidad de elecciones comunitarias y elecciones nacionales, cada Estado se eligen parlamentarios al mismo tiempo que se celebran las elecciones legislativas o generales nacionales o en fecha especial pudiendo ser candidatos al parlamento andino como a los parlamentos nacionales de manera simultánea. Asimismo, el Parlamento Andino tiene la

---

<sup>45</sup> Conf. Tratado Constitutivo del Parlamento Andino. Aprobado el 25/10/1979. Accesible en <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>

<sup>46</sup> Conf. Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino. Aprobado el 23/04/1997 Accesible en <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>

facultad de verificar las credenciales de quienes resulten elegidos conforme los resultados oficiales que comuniquen los Estados Partes, hasta tanto entre en vigencia un régimen electoral uniforme.

A fin de administrar las elecciones en cada uno de los Estados partes, la Decisión 551/2003 crea el Consejo Electoral Andino, conformado por los titulares de los órganos electorales de cada uno de los Estados de la Comunidad Andina.

Al no establecerse aún un régimen electoral uniforme para la elección de representantes de los pueblos de la comunidad andina, y establecerse la simultaneidad con las elecciones nacionales, puede relacionarse a que el proceso de selección de parlamentarios quede vinculado a una cuestión doméstica de los Estados partes, erosionando la identificación de la ciudadanía regional con sus representantes.

#### **i.iv. Parlacen**

El Tratado Constitutivo del Parlacen (TCP)<sup>47</sup>, refiere en el inciso A del artículo 2 y en el artículo 3, a que el Parlamento Centroamericano se conforma por personas electas a través del sufragio universal directo y secreto, pudiendo ser reelectos, como es el caso de los diputados titulares por cada Estado miembro y de su respectivo suplente, quien podría asumir en caso de ausencia del titular, debiendo cumplir con los mismos requisitos que para ser diputado o representante exige la legislación de los Estados miembros.

Sin embargo también lo conforman personas electas a través del sufragio indirecto, al establecer que pueden ser parlamentarios los Presidentes de cada una de las repúblicas centroamericanas, los Vicepresidentes o Designados a la Presidencia de la República de cada uno de los Estados centroamericanos, al concluir su mandato<sup>48</sup> teniendo por fin enriquecer al organismo, con las

---

<sup>47</sup> Conf. Tratado Constitutivo del Parlacen y otras instancias políticas (TCP), ratificado por cinco países centroamericanos en 1987. Accesible en <https://parlacen.int/assets/pdf/Parlacen-Tratado%20Constitutivo.pdf>

<sup>48</sup> En los países donde existiera más de uno de estos funcionarios, sólo podrá integrar el Parlamento uno de ellos, a propuesta del órgano legislativo nacional.

experiencias políticas adquiridas por estos altos funcionarios públicos. En todos los casos, el mandato es de cinco años.

El proceso electoral por el que se eligen los diputados centroamericanos, se corresponderá, segun el articulo 6, con el proceso que determinen las leyes electorales nacionales en cuando a las elecciones de diputados o representantes ante sus Congresos o Asambleas Legislativas, con tres meses de antelación al vencimiento de los mandatos y con observancia ineludible de una amplia representatividad política e ideológica, en un sistema democrático pluralista que garantice elecciones libres y participativas, en condiciones de igualdad de los respectivos partidos políticos.

En el mismo análisis que los procesos de integración que hemos referido anteriormente, el Parlacen también puede identificar la falta de sentimiento de una ciudadanía regional en relación a la forma de elección de los miembros que componen el órgano parlamentario, prima la simultaneidad con los procesos electorales nacionales y la prevalencia de los sistemas electoral propios de los Estados.

### **iii. Representación plural en los parlamentos de los procesos de integración regional**

Entre las características que poseen los parlamentos, se encuentran la forma colegiada compuesta por un número de miembros por lo general más extenso que otros organismos colegiados, como las comisiones o los comités y todos sus integrantes gozan de la misma jerarquía, aunque en relación a su organización, se puede originar cargos jerárquicos organizativos con facultades limitadas. Se caracterizan también por ser permanentes, lo que le da la capacidad decisional de forma continua, y un cierto rasgo de autonomía, ya que no depende de la convocatoria de otros organismos para su funcionamiento.

Una característica esencial de los parlamentos , se vincula al principio de pluralismo, que tiene su variación según los casos, pero con un mínimo común denominador que es el de permitir de manera continuada la expresión de la oposición política. En esta composición plural se debe observar un vínculo orgánico con la ciudadanía política, ya que no son instituciones existentes por sí

mismas y con una autolegitimación propia, como sería el caso de los diversos consejos o comités de expertos, sino que reciben esa legitimación de quienes representan (COTTA, 1993: pp.265-308). Al conformarse instituciones democráticas colegiadas con representantes del pueblo, se busca que se encuentren en ellas todas las voces posibles.

En este orden de ideas, los representantes del pueblo deben representar a los diversos sectores que confluyen en cada sociedad. Por lo general, “las dimensiones en las que se pueden apreciar intereses divergentes son numerosas: entre otras, el posicionamiento ideológico, las preferencias económicas, el género, los factores étnicos o las preferencias derivadas de la situación territorial” (MANIN, 2009: p.1).

En este sentido, los parlamentos que se desarrollen en los espacios de la integración regional y tengan por fin representar a los ciudadanos y a las ciudadanas de los Estados que lo conforman, deberán hacerlo comprendiendo su diversidad de intereses y demandas que se manifiesten en cada sociedad en particular.

A simple vista se puede observar en las nóminas de parlamentarios en los diferentes procesos regionales, que aún no se encuentra adecuadamente representada la diversidad ciudadana, es por esa razón que analizaremos si se puede vincular el alejamiento de representantes y representados con las deudas que presentan frente a la representación plural de sus pueblos. Para este análisis describiremos algunas características de la representación plural de los parlamentos.

### **iii. i. Representación ciudadana e ideológica**

#### **iii.i.i. Parlamento Europeo**

En el ejercicio de su representación al pueblo europeo, los diputados y las diputadas tienen voto individual y personal y no pueden quedar vinculados por instrucciones ni recibir mandato imperativo alguno, a fin de asegurar su libertad e independencia en sus funciones políticas, sin perjuicio de los compromisos que adquieran como consecuencia de su adscripción voluntaria a alguno de los grupos políticos del Parlamento Europeo. Pueden elegir solo uno o ninguno y

formar parte del cuerpo como “no inscripto”. Se debe destacar, que los grupos políticos se reúnen por afiliación política y no por nacionalidades.

En el caso de que los representantes del pueblo opten por no constituirse como no inscritos y conformar un grupo político, deberán tener presente que son necesarios 25 miembros y la representación de al menos la cuarta parte de los Estados miembros.

Actualmente<sup>49</sup> existen siete grupos políticos:

- Grupo del Partido Popular Europeo (Demócrata- Cristiano), compuesto por 187 representantes.
- Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas en el Parlamento Europeo, compuesto por 146 representantes.
- Renew Europe Group, compuesto por 98 representantes.
- Grupo de los Verdes/Alianza Libre Europea, compuesto por 68 representantes.
- Grupo Identidad y Democracia, compuesto por 76 representantes.
- Grupo de los Conservadores y Reformistas Europeos, compuesto por 62 representantes
- Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea/ Izquierda Verde Nórdica, compuesto por 39 representantes.

De los 705 representantes que conforman el Parlamento Europeo, 29 se encuentran no inscritos, siendo la mayoría de origen italiano.

El grupo político mayoritario y más antiguo es el del Partido Popular Europeo (PPE), que se autodefine como “una fuerza de centro-derecha, comprometidos a crear una Europa más fuerte, construida en el interés de sus ciudadanos” <sup>50</sup>identificando sus raíces políticas en las ideas de los “Padres fundadores de la UE”. Mientras que el Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria

---

<sup>49</sup> Fecha de consulta al sitio web oficial del Parlamento Europeo: 17 de agosto de 2020. Accesible en <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/organisation-and-rules/organisation/political-groups>

<sup>50</sup> Información extraída del sitio web oficial de la agrupación política PPE. Accesible en <https://www.eppgroup.eu/es/quienes-somos#:~:text=El%20Grupo%20del%20Partido%20Popular,pa%C3%ADses%20de%20la%20Un%C3%B3n%20Europea.>

Europea/Izquierda Verde Nórdica (GUE-NGL<sup>51</sup>) es el que tiene menor representación, identificándose como un grupo con ideas socialistas y comunistas.

De acuerdo a la representación proporcional a la cantidad de habitantes, Alemania es el país que tiene más eurodiputados y eurodiputados integran el cuerpo, seguido por Francia (79), Italia (76), España (59) y Polonia (52).

Mientras que los países que menos nacionales se encuentran conformando el parlamento son Chipre (6), Luxemburgo (6), Malta (6), Estonia (7), Letonia (8), Eslovenia (8) y Lituania (11).

---

<sup>51</sup> Información extraída del sitio web oficial de la agrupación política GUE/NGL. Accesible en <https://left.eu/about-the-group/>

**Tabla N° 2 Grupos Políticos y cantidad de Parlamentarios por Estado.**

País	PPE	S&D	Renew	ID	Verdes/ALE	CRE	GUE/NGL	NI	Total
Bélgica	4	3	4	3	3	3	1	-	21
Bulgaria	7	5	3	-	-	2	-	-	17
Chequia	5	-	6	2	3	4	1	-	21
Dinamarca	1	3	6	1	2	-	1	-	14
Alemania	29	16	7	11	25	1	5	2	96
Estonia	1	2	3	1	-	-	-	-	7
Irlanda	5	-	2	-	2	-	4	-	13
Grecia	8	2	-	-	-	1	6	4	21
España	13	21	9	-	3	4	6	3	59
Francia	8	6	23	23	13	-	6	-	79
Croacia	4	4	1	-	-	1	-	2	12
Italia	8	18	1	29	-	6	-	14	76
Chipre	2	2	-	-	-	-	2	-	6
Letonia	2	2	1	-	1	2	-	-	8
Lituania	4	2	2	-	2	1	-	-	11
Luxemburgo	2	1	2	-	1	-	-	-	6
Hungría	13	5	2	-	-	-	-	1	21
Malta	2	4	-	-	-	-	-	-	6
Países Bajos	6	6	7	1	3	4	1	1	29
Austria	7	5	1	3	3	-	-	-	19
Polonia	17	8	-	-		27	-	-	52
Portugal	7	9	-	-	1	-	4	-	21
Rumanía	14	10	8	-	-	1	-	-	33
Eslovenia	4	2	2	-	-	-	-	-	8
Eslovaquia	5	3	2	-	-	2	-	2	14
Finlandia	3	2	3	2	3	-	1	-	14
Suecia	6	5	3	-	3	3	1	-	21
<b>UE</b>	<b>187</b>	<b>146</b>	<b>98</b>	<b>76</b>	<b>68</b>	<b>62</b>	<b>39</b>	<b>29</b>	<b>705</b>

Fuente: Página Oficial del Parlamento Europeo. Fecha de consulta: 17 de agosto de 2020, en base a las elecciones europeas de 2019.

### iii.i.ii. Parlasur

El Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR (PCPM) determina la integración del Parlasur, siguiendo un criterio de representación ciudadana. La conveniencia de este criterio, significa un aporte a la calidad y equilibrio institucional, creando, de acuerdo a la exposición de motivos del PCPM, un espacio común en el que se refleje el pluralismo y las diversidades de

la región, y que contribuya a la democracia, la participación, la representatividad, la transparencia y la legitimidad social en el desarrollo del proceso de integración y de sus normas.

En este sentido, la elección directa conforme el artículo 6, inciso 1 del PCPM por parte de los ciudadanos del MERCOSUR, se constituye como un medio para la promoción de la participación ciudadana en el proceso de integración, el aumento de la legitimidad democrática y la construcción de una comunidad e identidad mercosureña.

En las disposiciones transitorias del PCPM, se establecen etapas de transición hacia un pleno funcionamiento del mismo, donde todos los Estados convoquen a elecciones donde se elijan a los representantes de sus pueblos del MERCOSUR que no se cumplieron, lo que llevó a extender los plazos. En este sentido, un representante uruguayo sostuvo que “el Parlasur se encuentra en transición. Cuando se inició la actividad del órgano se establecieron plazos, un tanto ambiciosos, para llegar a tener un Parlamento con representación directa de la ciudadanía; la realidad, es que las circunstancias políticas han variado desde entonces y han tenido que interpretar estos contextos e ir acompañando las pretensiones que tenían”<sup>52</sup> Manifestando que es la ambición de quienes se encuentran ejerciendo funciones en el cuerpo “que la ciudadanía lo sintiera como un órgano a su servicio y se involucrará más con sus demandas y que los Parlamentarios pudieran avanzar en logros concretos”.<sup>53</sup>

Por su parte los artículos 33 y 35 del Reglamento Interno del Parlamento del MERCOSUR, para ejercer la función parlamentaria, los representantes se deben conformar en grupos políticos según sus afinidades políticas, no pudiendo permanecer simultáneamente a más de un grupo político.

Se establece, en el artículo 34 Reglamento Interno del Parlamento del MERCOSUR, que cada grupo político debe estar integrado al menos por:

---

<sup>52</sup> Conf. Revista del Parlamento del MERCOSUR N°5, junio de 2016, p.5. Accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/12027/1/revista-parlasur-5.pdf>

<sup>53</sup> Conf. Revista del Parlamento del MERCOSUR N°5, junio de 2016, p.5. Accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/12027/1/revista-parlasur-5.pdf>

a) Un 10% (diez por ciento) de la integración del Parlamento si son representantes de un solo Estado Parte.

b) 5 (cinco) Parlamentarios o Parlamentarias, si son representantes de más de un Estado Parte.

Durante la XXI Sesión Plenaria del Parlasur, se dio formalidad a la creación del nuevo Grupo Político dentro del cuerpo de legisladores regionales: el Grupo Progresista, con el objetivo de impulsar el mejoramiento continuo de la acción política integradora y el fortalecimiento permanente de sus vínculos con la sociedad civil y sus más diversas expresiones organizadas. El Grupo Progresista se encuentra compuesto por parlamentarios de las siguientes fuerzas políticas: Frente Para la Victoria (FPV) de Argentina, el Frente Guasú (FG) de Paraguay, el Partido de los Trabajadores (PT) y el Partido Comunista (PCdoB) de Brasil y el Frente Amplio (FA) de Uruguay.<sup>54</sup>

En la LII Sesión Ordinaria, se prestó conformidad para la creación del grupo político Democracia Ciudadana, en virtud del artículo 36 del Reglamento Interno del Parlamento del MERCOSUR, mediante nota de su coordinador<sup>55</sup>.

Por su parte se observan publicadas declaraciones del Grupo Integración Democrática en relación a la situación de la democracia de Venezuela, firmadas por su coordinador.<sup>56</sup> Sin embargo, no se informa sobre su constitución e integración desde fuentes oficiales publicadas y accesibles. Tampoco se puede encontrar información oficial en las fuentes oficiales, que informen claramente sobre otros grupos políticos constituidos en el Parlamento del MERCOSUR y quienes lo integran.

---

<sup>54</sup> Conf. comunicación en la página Oficial del Parlamento del MERCOSUR. Accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/4009/2/parlasur/grupo-progresista-del-mercrosur-se-conforma-en-el-parlamento-del-mercrosur.html>

<sup>55</sup> Conf. comunicación en la página Oficial del Parlamento del MERCOSUR. Accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/14575/1/mep-484-2017.pdf>

<sup>56</sup> En la LVI Sesión ordinaria del año 2018 se presentan dos comunicaciones manifestando la preocupación por los hechos ocurridos en Venezuela. Accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/15238/1/parlasur/lvi-sesion-ordinaria-del-parlamento-del-mercrosur.html>

### **iii.i.iii. Parlamento Andino**

En el Parlamento Andino, los parlamentarios originarios de Bolivia, Ecuador y Perú deben presentar a los pueblos en el Parlamento Andino ejerciendo su función con exclusividad, mientras que en el caso de Chile y Colombia pueden, al mismo tiempo ejercer funciones en los parlamentos nacionales, conforme el artículo 7 del Reglamento General del Parlamento Andino.

Se conforma el cuerpo por 25 parlamentarios y parlamentarias, correspondiendo cinco por cada Estado parte, que no se organizan en grupos políticos.

### **iii.i.iv. El Parlacen**

Los integrantes del Parlacen poseen la calidad de diputados o diputadas, siendo los representantes de los pueblos de los Estados Parte; no estando ligados por ningún mandato imperativo. En razón de ello, no tienen responsabilidad en tiempo alguno por las opiniones y votos que emitan en relación con los asuntos vinculados con el ejercicio de sus cargos..

Conforme al Reglamento interno del Parlacen, además de organizarse en bancadas nacionales, sus integrantes se agrupan de acuerdo a su expresión ideológica y política en grupos parlamentarios. Pueden conformar un grupo parlamentario no menos de 15 integrantes que representen al menos a dos Estados parte del Parlacen, no pudiendo un mismo diputado o una misma diputada conformar más de un grupo. Estos grupos parlamentarios se formalizan mediante un acta que presentan ante la Junta directiva para su pertinente tramitación y difusión.

Por su parte, el Reglamento interno del Parlacen, establece que las diputadas conforman el Bloque de Mujeres Parlamentarias, con el objeto de aportar la visión de género en cada uno de los órganos e instancias del Parlacen, así como también las decisiones que este tome.

Actualmente<sup>57</sup> se integra por 123 diputados y diputadas, siendo que Guatemala cuenta con 22 y Honduras con 21 personas en su bancada nacional. Entre ellos, se registran cuatro grupos parlamentarios. El más numeroso del Grupo Parlamentario Integración Centro Democrático con 41 integrantes, seguido del Grupo Parlamentario de Izquierda con 16 integrantes. Sin embargo, el Grupo Parlamentario Unidad Democrática Integracionista con 13 integrantes y el grupo con menos representantes: Grupo Parlamentario Alianza Democrática, no alcanzando el mínimo de representantes requerido.

**Tabla N° 3 Grupos Políticos y cantidad de Parlamentarios por Estado.**

País	Alianza Democrática	Izquierda	Centro Democrático	Unidad Democrática Integracionista	Total
El Salvador	4	8	3	6	21
Honduras	-	6	11	5	22
Panamá	-	2	9	2	13
Guatemala	-	-	9	-	9
República Dominicana	-	-	9	-	9
<b>Total</b>	<b>4</b>	<b>16</b>	<b>41</b>	<b>13</b>	<b>-</b>

Fuente: elaboración propia con los datos presentados en la Página

Oficial del Parlamento. Fecha de consulta: 25 de octubre de 2020

### iii.ii. Representación y paridad de género

La Cumbre Europea “Mujeres en el Poder” desarrollada en Atenas en 1992, declaró constatar un déficit democrático, toda vez que existe una desigualdad profunda en todas las instancias y organismos de decisión públicos y políticos. Destacando que la igualdad formal y real entre mujeres y hombres es un derecho fundamental del ser humano. Por cuanto, expresó que la igualdad

<sup>57</sup> Fecha de consulta 25 de octubre del 2020

exige la paridad en la representación y en la administración de las naciones, advirtiendo que las mujeres representan a más de la mitad de la población.

Receptando esta postura, diferentes Estados han sancionado las leyes de paridad, estableciendo, a diferencia de las cuotas de género, una nueva comprensión de la democracia (BAREIRO, 2012: p.103). En tanto, “la paridad no es una cuota mayor a favor de las mujeres, es la expresión más amplia de universalidad y un instrumento de reivindicación del derecho a la igualdad, mediante el reconocimiento de la dualidad del género humano: mujeres y hombres. Dicho de otra manera, esta contribuye a realizar una de las finalidades mayores de la democracia: el derecho a la igualdad de todos los seres humanos” (TORRES, 2008: p. 240).

En este sentido la paridad es un aspecto pendiente en los procesos de integración regional, ya que no se observan normativas regionales en la materia. Sin embargo, en relación a la elección de los parlamentarios y parlamentarias, se pueden observar normas paritarias estatales que contribuyen a fortalecer la legitimidad democrática de los mismos.

### **iii.ii.i. Paridad de género en el Parlamento Europeo.**

En los países que conforman la Unión Europea, se observa que solo nueve países (Bélgica, Francia, Croacia, Italia, Polonia, Portugal, Eslovenia y España y Rumanía<sup>58</sup>) establecen en sus normas electorales, reglas de cuotas o paridad<sup>59</sup>. Sin embargo, existe una deuda pendiente respecto a la incorporación paritaria en las normas comunitarias. El Acta electoral europea de 1976 y sus posteriores modificaciones no lo han contemplado, como tampoco las directivas, las decisiones y los reglamentos, que se dictaron en materia electoral<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Aunque su Ley Electoral también incluye una cuota de mujeres obligatoria, ésta es mínima: al menos un candidato de cada sexo en cada de las listas.

<sup>59</sup> En las elecciones Europeas, nueve países de la UE aseguran una cuota mínima de género en las listas electorales, entre ellos España. Conf. Sitio web oficial del Parlamento Europeo, Accesible en [https://www.europarl.europa.eu/spain/es/prensa/ comunicados\\_de\\_prensa/pr-2019/04-2019/09042019.html](https://www.europarl.europa.eu/spain/es/prensa/ comunicados_de_prensa/pr-2019/04-2019/09042019.html)

<sup>60</sup> La Directiva 93/109/CE del Consejo modificada por la Directiva 2013/1/UE del Consejo, estableció las modalidades de ejercicio del derecho al sufragio, la Decisión (UE, Euratom) 2018/994 del Consejo, establece un umbral mínimo obligatorio entre el 2 % y el 5 % en las

La Unión Europea reconoce en sus tratados fundacionales a la igualdad como un valor democrático esencial y la necesidad de garantizar a todos los niveles la participación equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones.

El artículo 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957, establece la igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores que realizan el mismo trabajo, prohibiendo la discriminación salarial por razón de sexo. Sin embargo, conforme a MUSHABEN, en su artículo “*Dotar de género a la Unión Europea*” se reconoce que luego de casi veinte años, se comenzaron a obtener fallos judiciales que hicieran vinculante el artículo 119 en todos los estados miembros, lo cual proporcionó la base para nuevas directivas, programas de acción y al final cambios en los tratados.<sup>61</sup>

En relación, entiendo que “la Comunidad Europea siempre ha tenido un problema de imagen en relación con sus ciudadanas. Dado que no hubo madres fundadoras implicadas en su creación en la década de 1950, las mujeres la percibieron como poco más que un club de industriales blancos a quienes importaba poco su bienestar. Francia, por ejemplo, insistió en introducir en el tratado de Roma de 1957 el artículo 119 (“igual salario por igual trabajo”) no porque respaldara el empoderamiento económico femenino sino porque temía que su sector textil se enfrentara a la competencia desleal de Bélgica, donde las mujeres eran pagadas mucho menos que los hombres”<sup>62</sup>. Desde que los

---

circunscripciones que cuenten con más de 35 escaños (incluidos los Estados miembros de circunscripción única), la Decisión 2002/772/CE, Euratom del Consejo ha establecido las incompatibilidades con la función de Parlamentario europeo, el Reglamento (UE, Euratom) Nº 1141/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo reguló sobre el estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas, entre otras normas.

<sup>61</sup> MUSHABEN, JOYCE M. (5 de octubre de 2019) *Dotar de género a la Unión Europea*, artículo de “La Vanguardia”. Accesible en <https://www.lavanguardia.com/vanguardia-dossier/20191004/47788704723/mujeres-union-europea.html#:~:text=La%20estrategia%20Europa%202020%20pretende,parciales%20o%20pecarios%20del%20sector>

<sup>62</sup> MUSHABEN, JOYCE M. (5 de octubre de 2019) *Dotar de género a la Unión Europea*, artículo de “La Vanguardia”. Accesible en <https://www.lavanguardia.com/vanguardia-dossier/20191004/47788704723/mujeres-union-europea.html#:~:text=La%20estrategia%20Europa%202020%20pretende,parciales%20o%20pecarios%20del%20sector>

europeos comenzaron a elegir por medio del voto popular directo a sus representantes en el parlamento Europeo en 1979, las mujeres de la Unión comenzaron a ocupar escaños.

El porcentaje de escaños pasó de un 5,5% a un 16% en 1979, a un 24% en 1994 y al récord absoluto de un 36,1% en el 2018; con todo, sólo dos de los veintiséis presidentes del Parlamento Europeo han sido mujeres desde 1957.<sup>63</sup>

La primera en hacerlo fue Simone Veil, quien fue la primera presidenta del Parlamento, tras las primeras elecciones directas de 1979 y estuvo en el cargo hasta 1982. Después de ella, solo la francesa Nicole Fontaine ha ocupado el puesto y fue entre 1999 y 2002. “Con el paso de los años, el porcentaje de mujeres en el Parlamento Europeo ha aumentado. Desde 1952 y hasta las primeras elecciones directas en 1979 sólo hubo 31 diputadas. En los primeros comicios por sufragio directo, la representación femenina se quedó en el 15,2%”<sup>64</sup>

Suecia es el único país que entre sus Eurodiputados y Eurodiputadas cuenta con más mujeres que hombres. Mientras que Eslovenia, Austria, Países Bajos, Malta, Luxemburgo, Letonia y Francia cuentan con la misma cantidad de Eurodiputados y Eurodiputadas. Cumplen también con la paridad, Finlandia, Irlanda y Dinamarca, con solo una diferencia de uno en razón de contactar con una totalidad impar. Eslovaquia es el país que menos Eurodiputadas aporta con tan solo dos sobre un total de 13.

Conformándose respecto a la proporción total de mujeres en el Parlamento Europeo en “su máximo histórico, con un 40,4%, una media que supera España que tiene un 47% de mujeres eurodiputadas.”<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> MUSHABEN, JOYCE M. (5 de octubre de 2019) *Dotar de género a la Unión Europea*, artículo de “La Vanguardia”. Accesible en <https://www.lavanguardia.com/vanguardia-dossier/20191004/47788704723/mujeres-union-europea.html#:~:text=La%20estrategia%20Europa%202020%20pretende,parciales%20o%20precaarios%20del%20sector>

<sup>64</sup> Conf. Infografía Sociedad publicada el 12 de octubre de 2019 en el sitio web oficial del Parlamento Europeo. “Las mujeres en el Parlamento Europeo”. Accesible en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20190226STO28804/las-mujeres-en-el-parlamento-europeo-infografia>

<sup>65</sup> Conf. Infografía Sociedad publicada el 12 de octubre de 2019 en el sitio web oficial del Parlamento Europeo. “Las mujeres en el Parlamento Europeo”. Accesible en

Por su parte, “el número de mujeres con puestos directivos en el Parlamento Europeo crece. En esta novena legislatura, ocho de los 14 vicepresidentes y 11 de los 22 presidentes de comisiones son mujeres. Lo que supone una subida con respecto a la legislatura anterior, en la que hubo cinco mujeres vicepresidentas y once presidentas de un total de 23 comisiones parlamentarias”<sup>66</sup>.

Sin embargo puede observarse, que el Consejo Europeo siempre ha estado fuertemente dominado por hombres. Resulta más difícil garantizar el equilibrio en la Comisión, donde cada Estado miembro designa a un solo candidato.<sup>67</sup>

En tanto la paridad en la Unión Europea, continúa siendo una materia pendiente, que atenta contra el valor fundamental europeo de la igualdad.

---

<https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20190226STO28804/las-mujeres-en-el-parlamento-europeo-infografia>

<sup>66</sup> Conf. Infografía Sociedad publicada el 12 de octubre de 2019 en el sitio web oficial del Parlamento Europeo. “Las mujeres en el Parlamento Europeo”. Accesible en <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20190226STO28804/las-mujeres-en-el-parlamento-europeo-infografia>

<sup>67</sup> MUSHABEN, JOYCE M. (5 de octubre de 2019) *Dotar de género a la Unión Europea*, artículo de “La Vanguardia”. Accesible en <https://www.lavanguardia.com/vanguardia-dossier/20191004/47788704723/mujeres-union-europea.html#:~:text=La%20estrategia%20Europa%202020%20pretende,parciales%20o%20precaios%20del%20sector>

Tabla N° 4 Eurodiputadas y Eurodiputados por país.

País	Eurodiputadas	Eurodiputados	Total
<b>Bélgica</b>	8	13	21
<b>Bulgaria</b>	5	12	17
<b>Chequia</b>	7	14	21
<b>Dinamarca</b>	6	7	13
<b>Alemania</b>	35	61	96
<b>Estonia</b>	2	4	6
<b>Irlanda</b>	5	6	11
<b>Grecia</b>	5	16	21
<b>España</b>	24	27	51
<b>Francia</b>	37	37	74
<b>Croacia</b>	4	7	11
<b>Italia</b>	30	43	73
<b>Chipre</b>	0	6	6
<b>Letonia</b>	4	4	8
<b>Lituania</b>	3	8	11
<b>Luxemburgo</b>	3	3	6
<b>Hungría</b>	8	13	21
<b>Malta</b>	3	3	6
<b>Países Bajos</b>	13	13	26
<b>Austria</b>	9	9	18
<b>Polonia</b>	18	33	51
<b>Portugal</b>	9	12	21
<b>Rumanía</b>	7	25	32
<b>Eslovenia</b>	4	4	8
<b>Eslovaquia</b>	2	11	13
<b>Finlandia</b>	5	6	11
<b>Suecia</b>	11	9	20
<b>UE</b>	<b>267</b>	<b>406</b>	<b>673</b>

Fuente: Página del Parlamento Europeo al 16 de julio de 2019.

Fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020 conf. a la última elección europea de 2019.

### iii.ii.ii. Paridad de género en el Parlamento del MERCOSUR

En el Consenso de Brasilia realizado celebrado en las Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe de la CEPAL, los Estados de la región se comprometieron a “promover la representación paritaria en los parlamentos regionales, como por ejemplo el Parlamento del MERCOSUR, el Parlamento Centroamericano, el Parlamento Andino y el Parlamento Latinoamericano”.<sup>68</sup>

En relación a atender la representación por género, el artículo 6 del PCPM, invita a los Estados partes a procurar legislación interna que asegure su representación.

De los Estados partes del MERCOSUR, solo Argentina a partir del año 2017 cuenta con legislación electoral de paridad de género<sup>69</sup>.

Esta ley establece criterios para la oficialización de listas de candidatos y candidatas a Parlamentarios del MERCOSUR, y regula la sustitución en caso de vacancia y refiere a la integración paritaria de las autoridades y órganos partidarios. Por los cuales, es un requisito para la oficialización de listas de candidatos/as a Parlamentarios/as del MERCOSUR deben integrarse ubicando de manera intercalada a mujeres y varones desde el/la primer/a candidato/a titular hasta el/la último/a candidato/a suplente<sup>70</sup>. Mientras que en caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a Parlamentario/a del MERCOSUR lo/a sustituye el/la primer/a suplente del mismo sexo de su lista<sup>71</sup>.

Por su parte, Venezuela, ha incorporado transitoriamente la paridad por medio de un reglamento especial para las elecciones legislativas de 2015, sin

---

<sup>68</sup> Conf. XI Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe de la CEPAL de 2010. Accesible en [https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/consensobrasilia\\_esp\\_1.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/consensobrasilia_esp_1.pdf)

<sup>69</sup> Ley 27.412. Aprobada en 22/06/2017. Publicada 15/12/2017. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=304794>

<sup>70</sup> Conf. artículo 60 bis de la ley 27.412. Aprobada en 22/06/2017. Publicada 15/12/2017. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=304794>

<sup>71</sup> Conf. artículo 164 octies de la ley 27.412. Aprobada en 22/06/2017. Publicada 15/12/2017. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=304794>

sancionar una ley nacional, por esa razón aun no lo consideramos como país paritario latinoamericano.<sup>72</sup> En la actualidad tampoco cuenta con ley de cuotas.

De acuerdo a los escasos datos proporcionados por las páginas oficiales del MERCOSUR, se observa una escasa representación de mujeres. No representan ni el 30 % del cuerpo deliberativo. Demostrando que es esta una tarea pendiente en materia de representación política, de los Estados y en el espacio regional.

**Tabla N° 5 Parlamentarias del MERCOSUR por país.**

País	Mujeres	Total de Parlamentarios/as
Argentina	11	39
Brasil	6	36
Paraguay	3	18
Uruguay	6	18
Venezuela	no informa	no informa
<b>PARLASUR</b>	<b>26</b>	<b>111</b>

**Fuente:** elaboración propia en base al directorio de parlamentarios de la página oficial. Fecha de consulta: 2 de junio de 2021.

### iii.ii.iii. Paridad de género en el Parlamento Andino

El principio de igualdad es uno de los principios en los que se funda el Acuerdo de Cartagena. Por su parte, incluye en su artículo 130, dentro de los campos de interés comunitario a los programas de armonización de políticas en los campos de la participación de la mujer en la actividad económica; de apoyo

<sup>72</sup> En el artículo 3º del Reglamento especial del Consejo Nacional Electoral N° 1500625 del 25 de junio de 2015, para garantizar los derechos de participación política de forma paritaria en las elecciones de diputadas y diputados a la Asamblea Nacional 2015, se estipula que las postulaciones para las elecciones de diputadas y diputados a la Asamblea Nacional del año 2015, deberán tener una composición paritaria y alterna de cincuenta por ciento (50%) para cada sexo.

y protección a la infancia y a la familia; y, de atención a las etnias y a las comunidades locales.

En relación a la participación política paritaria en el ámbito comunitario, se encuentra pendiente la sanción de normas. Sin embargo, en los sistemas electorales nacionales se pueden encontrar normas relativas a ello, interviniendo en la elección de candidatos y candidatas a conformar el Parlamento Andino.

En esta materia, cabe destacar, que han incorporado el principio paritario directamente en la Constitución Política del Estado, siendo pioneros en esa cuestión en América Latina, Bolivia y Ecuador, además de establecerlo en las leyes electorales.

La paridad en Bolivia, es adoptada en el proceso constituyente que llevó adelante la reforma constitucional del año 2009, sin embargo no definió explícitamente la paridad, pero la incluyó en relación con los gobiernos de nivel departamental, y dejó abierta la posibilidad de considerarla y reglamentarla en el desarrollo legislativo. Estableciendo el artículo 278 de la Constitución política que “la Ley determinará los criterios generales para la elección de asambleístas departamentales, tomando en cuenta representación poblacional, territorial, de identidad cultural y lingüística cuando son minorías indígena originario campesinas, y paridad y alternancia de género.”

Al respecto, la propuesta de las organizaciones de mujeres a la Asamblea Constituyente, que incluía con precisión la paridad y la alternancia en todos los niveles, no recibió igual respaldo de los constituyentes, quienes admitieron fórmulas verbales más abiertas, pero que no limitaban los posibles avances en la legislación (CHOQUE ALDANA, 2013: pp.123- 171)

A pesar de no mencionar explícitamente la palabra paridad, Bolivia constitucionaliza<sup>73</sup> la paridad en su sistema de gobierno en el artículo 11.1, estableciendo que se adopta “la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres”. De la misma forma, el artículo 147 establece que la igualdad de condiciones sea un principio rector en: la elección de asambleístas, garantizando la participación

---

<sup>73</sup> Conf. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, reformada en 2009. Accesible en [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)

proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; Los artículos 210 y 172, proponen que en la elección interna de las dirigentes y los dirigentes y de las candidatas y los candidatos de las agrupaciones ciudadanas y de los partidos políticos y la composición del gabinete ministerial. La igualdad de género es un valor que sustenta el Estado boliviano en su Constitución, según el inciso 2 artículo 8 y que se fomentará en la educación según el artículo 79.

La ley boliviana 26/2010<sup>74</sup>, establece los principios de la democracia intercultural y sustenta la equidad de género, aplicando la paridad y alternancia en las listas de candidatas y candidatos para todos los cargos de gobierno y de representación, en la elección interna de las dirigencias y candidaturas de las organizaciones políticas, y en las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Por su parte, Ecuador se convirtió en el año 2008 en el primer país de América Latina en darle rango constitucional a la paridad<sup>75</sup>. La paridad se aplicó por primera vez en la elección a la Asamblea Constituyente en el año 2007, cuando se logró el porcentaje más alto de mujeres electas hasta ese momento: 34,6% (LLANOS - MARTINEZ, 2016: pp.16-44). Esta reforma significó propagarla a todos los cargos de selección y designación y ampliar su influencia a los partidos políticos (GOYES QUELAL, 2013: pp. 47-115).

Los ecuatorianos y las ecuatorianas gozan, en virtud del inciso 7 artículo 61, del derecho de desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional. En el artículo 116 de la Constitución Política, se establece que para las elecciones pluripersonales, la ley establecerá un sistema electoral conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad del voto, equidad, paridad y alternabilidad entre

---

<sup>74</sup> Ley 26 de Bolivia. Publicada el 30/06/ 2010. Accesible en <https://www.iidh.ed.cr/capel2016/media/1284/ley-del-r%C3%A9gimen-electoral.pdf>

<sup>75</sup> Constitución Política de Ecuador reformada en 2008. Accesible en [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)

mujeres y hombres; y determinará las circunscripciones electorales dentro y fuera del país.

Es preciso destacar, que no solo se incorpora el principio constitucional de paridad, sino que se lo instaura como rector para regular el proceso electoral.

Por otro lado, introduce la paridad constitucional en el ámbito de la selección de miembros para conformar el Poder Judicial, y órganos electorales.<sup>76</sup> Además de ser un derecho que debe garantizar el órgano encargado de administrar concursos públicos denominado Consejo de Participación Ciudadana y Control Social,<sup>77</sup> se especifica la aplicación para la integración del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso. Mientras que se solo "promueve", teniendo menor rigor y sin establecer obligatoriedad, para la integración de otros cuerpos colegiados, como el Consejo de la Judicatura, la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional<sup>78</sup>, trasladándose, en estos últimos casos, a la normativa secundaria la facultad de incorporar o no mecanismos paritarios. No existe obligación constitucional de integración paritaria de los gabinetes ministeriales.

En consecuencia, la constitucionalización de la paridad en Ecuador se aplica a toda función pública de forma general según el artículo 61. En el mismo sentido se manifiesta la ley ecuatoriana 2/2009, más conocida como Código de la Democracia.<sup>79</sup>

En el caso de Perú, se legisla a la paridad en la ley electoral del Estado en la ley 31.030 del año 2020<sup>80</sup>, previendo la paridad en la fórmula de presidencia y vicepresidencia. Se contempla que en las listas de candidatos al Congreso de

<sup>76</sup> Conf. Artículos 176, 179 y 183, 217, 224 y 434 de la Constitución Política de Ecuador reformada en 2008. Accesible en [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)

<sup>77</sup> Conf. Artículos 210 y 224 Constitución Política de Ecuador reformada en 2008. Accesible en [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)

<sup>78</sup> Conf. Artículos 176, 179, 183, 434 de la Constitución Política de Ecuador reformada en 2008. Accesible en [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)

<sup>79</sup> Ley 2 de Ecuador. Publicada el 27/04/2009. Accesible en <https://www.cpccs.gob.ec/wp-content/uploads/2018/05/Cod-de-la-Democracia.pdf>

<sup>80</sup> Ley 31.030 de Perú. Publicada el 23/07/2020. Accesible en [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/ADLP/Normas\\_Legales/31030-LEY.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/31030-LEY.pdf)

la República y al Parlamento Andino, se exige que cumplan con la paridad y alternancia en las elecciones internas o elecciones primarias y luego en la lista resultante para competir en las elecciones generales.

Colombia ha regulado la paridad en el ámbito de los partidos políticos, a través del artículo 262 de su Constitución Nacional, estableciendo que las listas de candidatos que propondrán los partidos en sus elecciones primarias, deberán observar la aplicación progresiva de los principios de paridad, alternancia y universalidad. Por no existir aplicación plena de la regla paritaria en el ámbito electoral, ni un principio constitucional que rige la paridad a alguno de los poderes del Estado, no se presenta como un país paritario de América Latina.

En la integración del Parlamento Andino se puede ver la influencia de estas normas paritarias, en especial en los casos de Bolivia y Ecuador, que son los países que más mujeres aportan. Mientras Colombia solo tiene una parlamentaria y en el resto de los Estados se observa la ausencia de las mujeres.

**Tabla N° 6 Parlamentarias del Parlamento Andino por país.**

País	Parlamentarias	Total
Bolivia	3	5
Chile	0	5
Colombia	1	5
Ecuador	3	5
Perú	0	5
<b>PARLAMENTO ANDINO</b>	<b>7</b>	<b>25</b>

**Fuente: elaboración propia en base a los datos de la página oficial  
del Parlamento Andino. Fecha de consulta: 2 de junio de 2021.**

### iii.ii.iv. Paridad de género en el Parlacen

El Tratado para la Integración Social Centroamericana, destaca que entre los objetivos del espacio de integración, se encuentra “promover la igualdad de oportunidades entre todas las personas, eliminando las prácticas de discriminación legal o de hecho”<sup>81</sup> y la ejecución de una serie de políticas, mecanismos y procedimientos que garanticen el desarrollo de todo el potencial de los hombres y mujeres centroamericanos.<sup>82</sup> No se encuentra en los tratados fundacionales del SICA, referencias a la igualdad de derechos políticos entre hombres y mujeres. En cuanto, si se encuentran normativas paritarias en los Estados parte del SICA.

En 2012, Honduras, Panamá y Nicaragua sancionaron leyes electorales de paridad.

Honduras establece la paridad electoral, de manera progresiva para cargos de autoridad de los partidos políticos, así como en la integración de sus órganos de dirección y para los cargos de elección popular, previendo que los fondos sean utilizados exclusivamente para la capacitación de género, en virtud del artículo 105, decreto 54<sup>83</sup>. En 2016, el Tribunal Supremo Electoral reglamenta la paridad y alternancia en las nóminas de candidatos al PARLCEN y al Congreso Nacional de la República y fórmula presidencial, por medio del Acuerdo 003-2014.<sup>84</sup>

Panamá sancionó la paridad electoral, por medio de la ley 54, previendo su aplicación en las elecciones internas de los partidos políticos y hasta las

---

<sup>81</sup> Conf. Artículo 7 Tratado de la Integración Social Centroamericana de 1995. Accesible en [http://www.sice.oas.org/labor/sica\\_tsocial.pdf](http://www.sice.oas.org/labor/sica_tsocial.pdf)

<sup>82</sup> Conf. Artículo 2 Tratado de la Integración Social Centroamericana de 1995. Accesible en [http://www.sice.oas.org/labor/sica\\_tsocial.pdf](http://www.sice.oas.org/labor/sica_tsocial.pdf)

<sup>83</sup> Decreto 54 de Honduras. Publicado el 15/05/2012. Accesible en <https://reformaspoliticas.org/wp-content/uploads/2015/03/honduras-leydecuotas-2012-decreto-54.pdf>

<sup>84</sup> Conf. Acuerdo 003-2014 del Tribunal Supremo Electoral. Publicado el 09/09/2016. Accesible en [http://www.tse.hn/web/documentos/Reglamentos-2016/Acuerdo%20003\\_2016%20Reglamento%20de%20Paridad%20y%20Alternancia.PDF](http://www.tse.hn/web/documentos/Reglamentos-2016/Acuerdo%20003_2016%20Reglamento%20de%20Paridad%20y%20Alternancia.PDF)

primarias. Además contempla que se deben destinar aportes públicos para la capacitación de género<sup>85</sup>.

Nicaragua incorporó la paridad sin contar con la aplicación previa de medidas afirmativas a diferencia de los demás Estados de la región, a través de la Ley 790<sup>86</sup>. En el año 2014, le da rango constitucional a la paridad.

La Constitución Política de Nicaragua del año 2014<sup>87</sup> sostiene en el artículo 131, para el caso de los funcionarios electos mediante el voto popular por listas cerradas propuestas por los partidos políticos bajo el principio de la proporcionalidad, diputados ante la Asamblea Nacional, diputados al Parlamento Centroamericano, Concejales Municipales, Concejales Regionales, las listas de candidatos deberán estar integrados por un cincuenta por ciento de hombres y un cincuenta por ciento de mujeres, ordenados de forma equitativa y presentados de forma alterna; igual relación de género deberán mantener entre propietarios y suplentes donde los hubiere. De esta manera, la paridad quedó aprobada a nivel constitucional para todas las instancias y cargos de elección excepto para Presidente y Vicepresidente de la República. Se introduce a la Constitución de manera innovadora la paridad en la elección de representantes a un parlamento de un proceso de integración regional.

A pesar de los avances legislativos, de Honduras, Panamá y Nicaragua que los sitúa como los Estados partes que más representantes mujeres nacionales poseen, se observa que el número de mujeres parlamentarias en el Parlacen no supera el 33%, estando muy lejos de alcanzar una igualdad sustantiva.

---

<sup>85</sup> Ley 54 de Panamá. Publicada el 17/09/2012. Accesible en [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012\\_ley54\\_pan.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_ley54_pan.pdf)

<sup>86</sup> Ley 760 de Nicaragua.. Publicada el 23/05/2012. Accesible en [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012\\_ley790\\_nic.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_ley790_nic.pdf)

<sup>87</sup> Constitución Política de Nicaragua reformada en 2014. Accesible en [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_nic\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf)

**Tabla N° 7 Parlamentarias del Parlacen por país.**

Pais	Parlamentarias	Total
El Salvador	7	20
Guatemala	8	22
Honduras	8	21
Nicaragua	8	20
Panamá	5	20
República Dominicana	4	20
<b>PARLACEN</b>	<b>40</b>	<b>123</b>

**Fuente:** elaboración propia sobre los datos de la página oficial del Parlacen.

**Fecha de consulta:** 2 de junio de 2021.

### **iii.iii. Representación de los pueblos originarios, etnias y regiones.**

La multiplicidad lingüística, las diversas etnias, religiones, creencias, culturas, entre otras, conviven en las diferentes regiones y pueblos de los procesos de integración que son objeto de estudio. En relación a la representación de las diversidades se pueden observar algunos avances.

La Unión Europea se ha forjado en el lema “*unida en la diversidad*” y ha establecido en el artículo 2 del TUE, que la protección y participación política de las minorías nacionales es uno de los principios fundacionales de la Unión Europea. Por su parte, a pesar de “los rechazos de varios Estados a incorporar las obligaciones legales y los compromisos internacionales en la materia, la Conferencia de Niza intentó incluir, durante la elaboración de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, el aspecto. El texto final se limitará a fijar una prohibición general de la discriminación, así como una obligación de respetar la diversidad cultural, religiosa y lingüística” (CIREFICE, 2014: p.4).

Se han establecido en este aspecto, diferentes medidas para alcanzar condiciones reales de igualdad<sup>88</sup>. En el año 2002, la Comisión ha realizado un

<sup>88</sup> Como por ejemplo la adopción de diferentes Directivas en materia de discriminación fueron adoptadas por el Consejo, como la Directiva 2000/43/CE “*Directiva igualdad racial*”, y la Directiva 2000/78/CE “*Directiva igualdad en el empleo*”.

trabajo con los pueblos indígenas europeos, que busca la participación activa de los pueblos que se encuentran muchas veces en situación de desventaja social o desvinculados de su entorno, para su propio desarrollo. Con este objeto, el proyecto se orienta a: integrar esa cuestión en la totalidad de las políticas, programas y proyectos de la Unión; consultarlos sobre las políticas y las actividades que les afecten; prestar ayuda en los ámbitos temáticos más importantes (CIREFICE, 2014: p.12).

El Parlamento Europeo, recibe propuestas del Comité de las Regiones sobre las evaluaciones de impacto de diferentes propuestas legislativas, además de mantener la participación del organismo en las diferentes comisiones parlamentarias.<sup>89</sup>

En lo que respecta al MERCOSUR, el Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur establece como uno de los principios del Parlasur el repudio a todas las formas discriminación negativa sobre colectivos históricamente desventajados, entre ellos nombra a grupos religiosos y étnicos<sup>90</sup>. Mientras en lo que respecta a la elección de representantes de los pueblos del MERCOSUR en el Parlamento, afirma que “el mecanismo de elección de los parlamentarios y sus suplentes, se regirá por lo previsto en la legislación de cada Estado Parte, la cual procurará asegurar una adecuada representación por género, etnias y regiones según las realidades de cada Estado.”<sup>91</sup>

En cumplimiento con esta obligación los Estados partes, tienen un llamamiento a regular cupos que se traduzcan en representación de las minorías que habitan en sus territorios.

La Constitución Nacional de Paraguay, reconoce expresamente “la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores

---

<sup>89</sup> La Comisión REGI y la Comisión COTER organizan desde el año 2008 una reunión conjunta anual en el marco de la “Semana Europea de las Regiones y Ciudades”.

<sup>90</sup> Conf. Artículo 3.5 del Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur. Aprobado el 8/11/2005. Accesible en [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=195](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=195)

<sup>91</sup> Conf. Artículo 6.2 del Protocolo Constitutivo del Parlasur. Aprobado el 8/11/2005. Accesible en [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=195](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=195)

a la formación y organización del Estado paraguayo”<sup>92</sup>, reconociendo su identidad étnica, las lenguas indígenas como idioma nacional y los derechos de participación “en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales”<sup>93</sup>.

A pesar de ello, no se han sancionado leyes que prevean mecanismos de acción afirmativa que tiendan a corregir la histórica desigualdad.

Es un antecedente interesante el de las elecciones nacionales del año 2018, ya que se conformó el Movimiento Político Indígena Plurinacional del Paraguay (MPIP). Esta entidad se constituyó en el primer movimiento político indígena que participó de manera autónoma –esto es sin el auspicio de otro partido– en las elecciones generales. Sus integrantes se postularon a cargos de nivel nacional como la Cámara de Senadores, Cámara de Diputados y el Parlamento del MERCOSUR. Fue la primera organización indígena en el país que pretendió constituirse en una estructura autónoma para la participación electoral de los pueblos indígenas (VILLALBA, 2018: 34).<sup>94</sup>

El idioma indígena Guaraní es reconocido como una de las lenguas oficiales del MERCOSUR, aunque los documentos se traducen sólo en Español y Portugués.

La Comunidad Andina de Naciones, se caracteriza por un alto porcentaje de su población que se identifica como población indígena, significando más del 11 por ciento de la población y se reconocen 183 lenguas nativas en el territorio andino.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Conf. Artículo 62 Constitución Nacional de Paraguay. Accesible en <http://digesto.senado.gov.py/archivos/file/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Rep%C3%BAblica%20del%20Paraguay%20y%20Reglamento%20Intern%20HCS.pdf>

<sup>93</sup> Conf. Artículo 65 Constitución Nacional de Paraguay. Accesible en <http://digesto.senado.gov.py/archivos/file/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Rep%C3%BAblica%20del%20Paraguay%20y%20Reglamento%20Intern%20HCS.pdf>

<sup>94</sup> Mas información en el sitio web del Tribunal Superior de Justicia Electoral Accesible en <https://tsje.gov.py/noticias/leer/6733-cidee-brinda-asistencia-tecnica-a-miembros-del-movimiento-politico-indigena-plurinacional-del-paraguay.html>

<sup>95</sup> Conf. Derecho de los pueblos indígenas en la CAN. Publicado en julio de 2013. Accesible en <http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/2013819121949indigenasJUL2013.pdf>

La Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de 2002<sup>96</sup>, identifica los principios básicos sirven para el reconocimiento de derechos de los Pueblos Indígenas. Por su parte, la Decisión 486, sobre protección de la propiedad industrial y la Decisión 391 sobre al acceso a los recursos genéticos, reconocen el derecho de los Pueblos Indígenas a que se salvaguarde y respete sus conocimientos tradicionales y colectivos y a decidir sobre ellos.

En el 2007 , en la XI Reunión Extraordinaria del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, mediante la Decisión 674, se crea una instancia de participación de los Pueblos Indígenas en la Comunidad Andina: el Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas.

En 2019, el Sistema de Integración Centroamericana, se ha fortalecido a través de la Agenda Regional de los Derechos de los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, que crea la Declaración AP/1-CCCIII-2019<sup>97</sup>, haciendo propio el planteamiento de las Autoridades Ancestrales Indígenas y Garífunas de Guatemala y tomando en cuenta los contenidos basicos como : el derecho a la diferencia o principio de no discriminación; el derecho al desarrollo, educación, salud y bienestar social con pertinencia cultural; el derecho a la integridad y diversidad cultural; el derecho al territorio, tierra y recursos naturales; el derecho a la participación política y el consentimiento libre, previo e informado conforme la cosmovisión, prácticas tradicionales y la decisión propia de los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> La Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, no forma parte del ordenamiento jurídico de la CAN, ni tiene fuerza vinculante, aunque constituye un marco de valores y principios comunes a los países andinos. Accesible en <http://www.sice.oas.org/labor/Carta%20Andina.pdf>

<sup>97</sup> Conf. Declaración AP/1-CCCIII-2019, emitida en la sede del Parlamento Centroamericano, en la Ciudad de Guatemala. Publicación 16/01/2019. Accesible en [https://www.sica.int/documentos/declaracion-ap-1-ccciii-2019-construccion-de-la-agenda-regional-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-afrodescendientes-para-fortalecer-el-sistema-de-la-integracion-centroamericana-sica\\_1\\_117484.html](https://www.sica.int/documentos/declaracion-ap-1-ccciii-2019-construccion-de-la-agenda-regional-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-afrodescendientes-para-fortalecer-el-sistema-de-la-integracion-centroamericana-sica_1_117484.html)

<sup>98</sup> Que fueron presentados a la Junta Directiva del Parlacen, conf. punto 5 de la Declaración AP/1-CCCIII-2019, emitida en la sede del Parlamento Centroamericano, en la Ciudad de Guatemala. Publicación 16/01/2019. Accesible en [https://www.sica.int/documentos/declaracion-ap-1-ccciii-2019-construccion-de-la-agenda-regional-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-afrodescendientes-para-fortalecer-el-sistema-de-la-integracion-centroamericana-sica\\_1\\_117484.html](https://www.sica.int/documentos/declaracion-ap-1-ccciii-2019-construccion-de-la-agenda-regional-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-afrodescendientes-para-fortalecer-el-sistema-de-la-integracion-centroamericana-sica_1_117484.html)

La agenda regional, se conforma del trabajo realizado desde el año 2016 por el Parlamento Centroamericano, y particularmente por la Comisión de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, a través de un proceso de intercambios con Autoridades Ancestrales y representantes de los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes de los Estados que conforman el SICA. Estos intercambios han permitido conocer la la situación de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes y evidenciar la exclusión de estos temas en la institucionalidad del proceso de integración<sup>99</sup>.

En este sentido, se reconocen las medidas constitucionales, legislativas y administrativas que han adoptado los Estados partes para el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes<sup>100</sup> que considera que “los esfuerzos integracionistas para la consolidación de un modelo de desarrollo sostenible en los países de la región implican también el respeto a la diversidad étnica y cultural regional, nacional y local y el fortalecimiento de mecanismos que faciliten el diálogo y la consecución de acuerdos con los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes.”<sup>101</sup>

A pesar de los avances mencionados, se observa que falta un largo desarrollo normativo que pueda verse reflejado en la constitución de los

---

<sup>99</sup> Conf. Considerando, de la Declaración AP/1-CCCIII-2019, emitida en la sede del Parlamento Centroamericano, en la Ciudad de Guatemala. Publicación 16/01/2019. Accesible en [https://www.sica.int/documentos/declaracion-ap-1-ccci-2019-construccion-de-la-agenda-regional-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-afrodescendientes-para-fortalecer-el-sistema-de-la-integracion-centroamericana-sica\\_1\\_117484.html](https://www.sica.int/documentos/declaracion-ap-1-ccci-2019-construccion-de-la-agenda-regional-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-afrodescendientes-para-fortalecer-el-sistema-de-la-integracion-centroamericana-sica_1_117484.html)

<sup>100</sup> En Panamá con el reconocimiento de las Comarcas Indígenas y sus Autoridades Ancestrales; en Costa Rica con el reconocimiento del derecho de consulta; en Nicaragua con la Ley de las Regiones Autonómicas elevada a rango constitucional; en El Salvador el reconocimiento constitucional en el año 2014 y la Política sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de noviembre del año 2018. En Guatemala con el reconocimiento constitucional de la identidad cultural y la organización social y política de los Pueblos Indígenas, las Alcaldías Indígenas, el Decreto 52-2005 Ley Marco de los Acuerdos de Paz, particularmente el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, tipificación del delito de discriminación y un importante conjunto de sentencias de la Corte de Constitucionalidad que refrendan los derechos de los Pueblos Indígenas. En Honduras la Política contra el Racismo y la Discriminación Racial.

<sup>101</sup> Conf. Considerando, de la Declaración AP/1-CCCIII-2019, emitida en la sede del Parlamento Centroamericano, en la Ciudad de Guatemala. Publicación 16/01/2019. Accesible en [https://www.sica.int/documentos/declaracion-ap-1-ccci-2019-construccion-de-la-agenda-regional-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-afrodescendientes-para-fortalecer-el-sistema-de-la-integracion-centroamericana-sica\\_1\\_117484.html](https://www.sica.int/documentos/declaracion-ap-1-ccci-2019-construccion-de-la-agenda-regional-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-afrodescendientes-para-fortalecer-el-sistema-de-la-integracion-centroamericana-sica_1_117484.html)

parlamentos regionales, en representación de todos sus pueblos originarios, etnias y regiones.

### III. Conclusión

Los Parlamentos regionales que se desarrollan en los sistemas de la Unión Europea (UE), Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Comunidad Andina (CAN) y Sistema de Integración Centroamericano (SICA), se mandan a cumplir con el principio de representación ciudadana, sin embargo se han cuestionado en relación a su legitimidad democrática, advirtiendo el problema del déficit democrático que distancia representantes y representados.

En la consideración de las funciones parlamentarias que se les instruyen en los instrumentos regionales y su vinculación a la percepción de carencia soberana, que recae sobre los parlamentos regionales, se puede observar un correlato entre ambos aspectos.

El Parlamento de la UE, muestra una percepción de un grado medio de autonomía en sus funciones legislativas y presupuestarias, ya que comparte estas funciones y no son una competencia exclusiva. Sin embargo demuestra una percepción de altos grados de autonomía en sus competencias consultivas y de control político.

El Parlasur muestra un bajo grado perceptible de autonomía, teniendo en cuenta que su opinión no es vinculante, mientras en relación a las funciones de control político y consultivas, adquiere una importancia trascendente en lo que refiere a velar por la democracia y los derechos humanos en la región.

El Parlamento Andino, representa dependencia de otros órganos de la CAN, mostrando una debilidad en la importancia de su funcionamiento, manteniéndose como un órgano consultivo, lo que puede ser percibido como un órgano con bajo grado de autonomía en su función parlamentaria.

Del mismo modo, el Parlacen, manifiesta una percepción de un bajo grado, en virtud de su capacidad autónoma, mostrando dependencia con los demás órganos del proceso de integración. Aunque, mantiene un impacto importante en relación a sus funciones de control político y consultivas.

Al momento de analizar la forma en que se constituyen los parlamentos de los sistemas regionales objeto de estudio, resulta destacable que influye en la representación de los ciudadanos, la carencia de regímenes electorales únicos propuestos la normativa regional, quedando la elección de los representantes regionales vinculada a la política local de los Estados partes.

La prevalencia de los sistemas electorales internos de los Estados partes, y las carencias reflejadas en su composición de una representación que contemple de manera integral al pueblo que representan, erosiona la autopercepción de ciudadano regional.

#### IV. Bibliografía

Acuerdo de Cartagena firmado en 1969. Accesible en <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>

AGÁMEZ MARTÍNEZ, JUAN F. (2016), *El rol del Parlamento Andino como órgano central en el proceso de integración de la CAN*. Universidad del Colegio de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Relaciones Internacionales, Bogotá, D.C., Colombia. Accesible en <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/13802/AgomezMartinez-Juan-2016.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

ÁLVAREZ MACÍAS, MARÍA V. (2011), *Origen y evolución de los parlamentos en los procesos de integración regional. Los casos del Parlamento Europeo y el Parlamento del MERCOSUR* Colombia Internacional N° 74 (pp. 207-229) Universidad de Los Andes. Accesible en [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0121-56122011000200009&lng=en&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0121-56122011000200009&lng=en&nrm=iso&tlng=es)

ARCHENTI, NÉLIDA- TULA, MARÍA I. (2013), *¿Las mujeres al poder? Cuotas y paridad de género en América Latina*. Seminario de investigación N° 9. Instituto de Iberoamérica. Universidad de Salamanca.

\_\_\_\_\_ (2019 a), *Teoría y política en clave de género*, “Revista electrónica Colección volumen 30”, (p.20). Accesible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/9548/1/teoria-politica-clave-genero.pdf>

\_\_\_\_\_ (2019 b), *(Des)Igualdad de género en las listas partidarias. Argentina 2007*, en Bicentenario, otros relatos, compilado por W. Ansaldi, P. Funes y S. Villavicencio, Instituto de Investigaciones Gino Germani – Instituto de América Latina y el Caribe (pp.253-272). Buenos Aires: Editores del Puerto.

ARROYAVE QUINTERO, MARIO (2013), Problemas de la legitimidad democrática de la Unión Europea (pp.165-170) Lecciones para la UNASUR, *Iberoamericana XII*. Accesible en <https://journals.iai.spk-berlin.de/index.php/iberoamericana/article/view/359>

BALAGUER, MARÍA L. (2015), *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*. (pp. 116-117) Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la mujer.

BAREIRO, LINE (2012), *La democracia de ciudadanía : Visiones y debates desde los derechos de las mujeres en las Américas*, Comisión Interamericana de Mujeres (p.103). Accesible en <https://www.oas.org/es/cim/docs/PubForoHemisfericol-FINAL.pdf>

\_\_\_\_\_ (2018), *Lo constitutivo y más sustantivo de cada forma de democracia*. Tejedoras, Revista sobre democracia paritaria. Órgano Electoral Plurinacional de

Bolivia. Accesible en [https://iknowpolitics.org/sites/default/files/revista\\_tejedoras\\_pdf.pdf](https://iknowpolitics.org/sites/default/files/revista_tejedoras_pdf.pdf)

BARÓN GOIRIENA DE GANDARIAS, ALEJANDRO (2009), El problema del déficit democrático y la resolución parlamentaria en el seno de la Unión Europea, Revista Española de Relaciones Internacionales N° 1 (pp. 179-181). Accesible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4844043>

BECERRA CÓRDOBA, GERARDO. A. (2018), *Parlamentarios del MERCOSUR: contexto y regulación supranacional. Incidencia en la normativa electoral de la República Argentina*. Revista Administración Pública Y Sociedad Vol. 5 (p. 55-66).

CAMINOTTI, MARIANA- FREIDENBERG, FLAVIA (2018), *Reformas electorales inclusivas en América Latina y retos para la igualdad real de las mujeres en la política*. Universidad Nacional Autónoma de México.

CERA, Documento de la Cámara de Exportadores de la República Argentina, Parlamento del MERCOSUR ¿La voz de los ciudadanos de la integración? Publicado en 2006. Accesible en

[Parlamento del Mercosur - Cámara de Exportadores de la ...](#)

CHOQUE ALDANA, MARLENE (2013), *Paridad y alternancia en Bolivia. Avances y desafíos de la participación de las mujeres en la política en “La apuesta por la paridad: democratizando el sistema político en América Latina. Casos de Ecuador, Bolivia y Costa Rica*. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral y Comisión Interamericana de Mujeres. (pp. 123-171). Accesible en <http://www.oas.org/es/CIM/docs/ApuestaPorLaParidad-Final-Web.pdf>

CIREFICE, RONAN (2014), *El trato de las minorías por el derecho de la Unión Europea*, ponencia en el XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública en Quito, Ecuador.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, reformada en 2009. Accesible en [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)

Constitución Política de Nicaragua reformada en 2014. Accesible en [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_nic\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf)

Constitución Política de Ecuador reformada en 2008. Accesible en [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)

COTTA, MAURIZIO (1993) *Parlamentos y representación*, en PASQUINO, GIANFRANCO Manual de ciencia política. Madrid: Alianza Editorial, (pp. 265-308). Accesible en [http://www.terras.edu.ar/biblioteca/10/10ECP\\_Pasquino\\_Unidad\\_1.pdf](http://www.terras.edu.ar/biblioteca/10/10ECP_Pasquino_Unidad_1.pdf)

Declaración AP/1-CCCI-2019, emitida en la sede del Parlamento Centroamericano, en la Ciudad de Guatemala. Publicación 16/01/2019. Accesible en <https://www.sica.int/documentos/declaracion-ap-1-ccci-2019-construccion-de-la-agenda-regional-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas->

[y-afrodescendientes-para-fortalecer-el-sistema-de-la-integracion-centroamericana-sica 1 117484.html](#)

Decreto 54 de Honduras. Publicado el 15/05/2012. Accesible en <https://reformaspoliticas.org/wp-content/uploads/2015/03/honduras-leydecuotas-2012-decreto-54.pdf>

EUR LEX. Síntesis de la legislación de la UE. Glosario de la síntesis. Accesible en [https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/democratic\\_deficit.html?locale=es](https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/democratic_deficit.html?locale=es)

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA (2010), *El Parlamento Europeo como institución: las dificultades para la consolidación del principio democrático en la Unión Europea*. Revista Facultad de Derecho. Ratio Juris Vol. 5 N°. 10 (pp. 7-20) Medellín, Colombia.

FREIDENBERG, FLAVIA (2015), *¡Un país (¿ya no?) gobernado por hombres! Los obstáculos que aún dificultan la representación política de las mujeres en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

GARCÍA GARCÍA, MARÍA J.(2019) El sistema electoral europeo: cuando el todo no equivale a la suma de las partes. *Revista de Estudios Europeos* N° 74 (pp. 3-29)

GELLI, MARÍA A. (2015), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. (4<sup>a</sup> ed), Buenos Aires:La Ley.

GONÇALVES FIGUEIREDO, HERNAN (2013), *Principios y reglas del derecho electoral: criterios teóricos y prácticos del régimen electoral y de los partidos políticos* (1<sup>a</sup> ed), Buenos Aires: Di Lalla.

GOYES QUELAL, SOLANDA (2013), *De las cuotas a la paridad: el caso de Ecuador*. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral. Comisión Interamericana de Mujeres. (pp.47-115). Accesible en <http://www.oas.org/es/CIM/docs/ApuestaPorLaParidad-Final-Web.pdf>

GRANDI, JORGE, (1997) Déficit democrático y social en los procesos de integración. *Estudios Internacionales* (p.433). Accesible en <https://core.ac.uk/download/pdf/46534187.pdf>

HAAS, ERNEST (1972), *El estudio de la integración: Reflexiones acerca de la alegría y la angustia de preterrorizar*, Revista de la Integración, Instituto para la integración de América Latina, Buenos Aires.

HINOJOSA, MAGDA- VAZQUEZ CORREA, LORENA (2018), *La selección de candidaturas, partidos y mujeres en América Latina, en Mujeres en la Política. Experiencias nacionales y subnacionales en América Latina*. Instituto Electoral de la Ciudad de México (pp. 35- 65). Accesible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5488/3.pdf>

Ley 3.166 de Paraguay. Fecha de promulgación 30/03/2007. Fecha de publicación 12/04/2007. Accesible en <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/290/ley-n-3166-modifica-los-articulos-106-170-246-247-248-y-258-de-la-ley-n-83496-que-establece-el-codigo-electoral-paraguayo>

Ley 27.120. Fecha de sanción 29/12/2014. Fecha de publicación 8/01/2015. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=240491>

Ley 27.412. Aprobada en 22/06/2017. Publicada 15/12/2017. Accesible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=304794>

Ley 26 de Bolivia. Publicada el 30/06/ 2010. Accesible en <https://www.iidh.ed.cr/capel2016/media/1284/ley-del-r%C3%A9gimen-electoral.pdf>

Ley 760 de Nicaragua.. Publicada el 23/05/2012. Accesible en [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012\\_ley790\\_nic.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_ley790_nic.pdf)

Ley 54 de Panamá. Publicada el 17/09/2012. Accesible en [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012\\_ley54\\_pan.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2012_ley54_pan.pdf)

Ley 2 de Ecuador. Publicada el 27/04/2009. Accesible en <https://www.cpcbs.gob.ec/wp-content/uploads/2018/05/Cod-de-la-Democracia.pdf>

Ley 31.030 de Perú. Publicada el 23/07/2020. Accesible en [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/ADLP/Normas\\_Legales/31030-LEY.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/ADLP/Normas_Legales/31030-LEY.pdf)

LLANOS, BEATRIZ - MARTINEZ, MARTA (2016), *La paridad en América Latina: Se hace camino al andar* en “La democracia paritaria en América Latina: los casos de México y Nicaragua”. Comisión Interamericana de Mujeres (pp. 16-44) Accesible en <https://www.oas.org/en/cim/docs/DemocraciaParitaria-MexNic-ES.pdf>

MANIN, BERNARD (2009), *Los principios del Gobierno Representativo*, en Sribman Ariel D., La representación territorial en los parlamentos latinoamericanos, Boletín de Opinión N° 9, Universidad de Salamanca.

MATTIA PORTILLA, FRANCISCO J. (2015) Legitimidad del Parlamento Europeo vs. la legitimidad del Parlamento nacional, en *El Parlamento Europeo: ¿Esta vez es diferente? European Inklings (EUI)* N° 5 (pp. 211-212).

MILLARD, ERIC (2008), *La paridad en Francia: concepción y puesta en marcha*, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 9 (pp. 431-460) Universidad Complutense de Madrid. Accesible en <https://revistas.ucm.es/ANDH/article/viewFile>

MOLINA DEL Pozo, CARLOS - PIZZOLO, CALOGERO (2001), El Parlamento de la Unión Europea y el Parlamento del MERCOSUR: ensayos para un estudio comparado (1 ed) Buenos Aires: Eudeba.

MUSHABEN, JOYCE M. (5 de octubre de 2019) *Dotar de género a la Unión Europea*, artículo de “La Vanguardia” Accesible en <https://www.lavanguardia.com/vanguardia-dossier/20191004/47788704723/mujeres-union-europea.html#:~:text=La%20estrategia%20Europa%202020%20pretende,parciales%20o%20precarios%20del%20sector>

PAVONI, NATALÍ M. (2017), Parlamentarios del MERCOSUR: las dietas y las inmunidades. Comentarios a los fallos “Karlen” y “Milman” en Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet, Año V N° 2, Facultad de Derecho, UBA.

PEROTTI, ALEJANDRO D. (2018), El inicio del fin de la grieta en el MERCOSUR. Accesible en <http://www.saij.gob.ar/alejandro-daniel-perotti-inicio-fin-grieta-mercousur-dacf180159-2018-03-14/123456789-0abc-defg9510-81fcancirtcod?&o=450&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPubl icaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=9128>

PIZZOLO, CALOGERO (2010), Derecho e Integración Regional: Comunidad Andina, MERCOSUR, SICA, Unión Europea (1<sup>a</sup> ed), Buenos Aires: Ediar.

\_\_\_\_\_, IX Jornadas de Derecho de la Integración, Universidad de Buenos Aires, (2015, abril). Facultad de Derecho, UBA. Accesible en <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/tapa/ix-jornadas-de-derecho-de-la-integracion-parlasur-eleccion-directa/+5562>

Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino. Aprobado el 23/04/1997 Accesible en <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>

Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur. Aprobado el 8/11/2005. Accesible en [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=195](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=195)

Revista del Parlamento del MERCOSUR N° 3, publicada en febrero de 2016. p. 11. Accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/11158/1/revista-febrero.pdf>

Revista del Parlamento del MERCOSUR N°5, junio de 2016, p.5. Accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/12027/1/revista-parlasur-5.pdf>

Revista del Parlamento del MERCOSUR N° 6, agosto de 2016. Accesible en <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/12271/1/revista-6.1.pdf>

RODRÍGUEZ AGUILERA DE PRAT, CESAREO (2015), Cesáreo ¿Es el Parlamento Europeo el principal responsable del déficit democrático comunitario? REAF N° 21, (pp. 99-127). Accesible en <https://www.raco.cat/REAF/article/download>

RODRÍGUEZ SAUMELL DE KOCH, MARIANA (2020), El derecho parlamentario del Mercosur “Integración Regional y Derechos Humanos” Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet Universidad de Buenos Aires, Año VIII, N° 1, (pp.80-109). Accesible en <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica/revista-002.php>

SARTORI, GIOVANNI (1994), La importancia de los sistemas electorales, en *Ingeniería constitucional comparada*, México: Fondo de Cultura Económica.

Tratado Constitutivo del Parlamento Andino. Aprobado el 25/10/1979. Accesible en <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?link=TP>

Tratado Constitutivo del Parlacen y otras instancias políticas, ratificado por cinco países centroamericanos en 1987. Accesible en <https://parlacen.int/assets/pdf/Parlacen-Tratado%20Constitutivo.pdf>

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), publicado en el BOE 26/10/2012. Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A12012E294>

Tratado de la Unión Europea (TUE), publicado el 30/03/2010 en el BOE. Accesible en <https://www.boe.es/DOUE/2010/083/Z00013-00046.pdf>

Tratado de la Integración Social Centroamericana de 1995. Accesible en [http://www.sice.oas.org/labor/sica\\_tsocial.pdf](http://www.sice.oas.org/labor/sica_tsocial.pdf)

TORRES, ISABEL (2008), *Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad*. Revista IID (pp. 225-240). Accesible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23830.pdf>

VILLALBA SARA M. (2018), Participación electoral indígena en Paraguay. Democracia REKA. Accesible en <https://www.semillas.org.py/wp-content/uploads/2019/08/PARTICIPACI%C3%93N-ELECTORAL-IND%C3%8DGENA-EN-PARAGUAY-original-pdf.pdf>

LOS ACUERDOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL Y EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN  
DE PERSONAS ENTRE ESTADOS ¿UNA ALTERNATIVA SILENCIADA EN UN MUNDO  
AMURALLADO?<sup>1</sup>

Ignacio Odriozola<sup>2</sup>

---

Fecha de recepción: 2 de julio de 2021

Fecha de aceptación: 31 de julio de 2021

### Resumen

Salir de un territorio para ingresar en otro, transitar a través de él o incluso permanecer allí, fue algo cotidiano en la historia de la humanidad. La libre circulación de personas entre Estados se restringió legalmente recién a lo largo del siglo XX, momento en que se consolidó a nivel internacional el derecho derivado de la soberanía territorial que permite a los Estados decidir quién puede ingresar en su territorio. Desde entonces y llegando hasta nuestros días, también se fortaleció la percepción de las migraciones internacionales como un asunto de seguridad nacional, con un enfoque *securitista*. En este contexto, el artículo propone visibilizar una alternativa silenciada que retoma una antigua tradición de libre movilidad humana: los Acuerdos de Integración Regional. A pesar de ser subestimados, estos regímenes representan, hoy por hoy, el principal medio para garantizar la libre circulación de personas entre Estados y una inobjetable limitación, de carácter vinculante, a la discreción estatal para determinar quién puede ingresar al territorio de un país.

---

<sup>1</sup> El autor agradece a Diego Acosta Arcarazo y a Virginia Díaz Gill, además del constante apoyo, por los aportes y las sugerencias para la elaboración de este artículo.

<sup>2</sup> Abogado (UBA). Magister in Migration and Mobility Studies (University of Bristol). Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (American University) y en Migrantes y Protección de Refugiados (UBA). Ex-Becario Chevening (2019/2020). Se desempeña como abogado en la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación. Es docente en Derecho Internacional de los Refugiados (UBA). Consultor y autor de diversos artículos de opinión e investigación en materia de movilidad humana.

*Palabras clave: Acuerdos de Integración Regional – Libre circulación – Admisión de Extranjeros - Derechos Humanos -*

## **Abstract**

Leaving a territory to enter another one, move through it or even remaining there, has been an everyday occurrence in human history. The free movement of people between States was only legally restricted in the 20th century, when the right derived from territorial sovereignty, which allows states to decide who can enter their territory, was consolidated at the international level. Since then and up to the present day, the perception of international migration as a matter of national security, with a *securitarian* approach, has also been strengthened. This article therefore proposes to make visible a silenced alternative that takes up an ancient tradition of free human mobility: the Regional Integration Agreements. Despite being underestimated, these regimes represent, today, the main means of guaranteeing the free movement of people between states and an unquestionable binding limitation on state discretion to determine who can enter a country's territory.

*Keywords: Regional Integration Agreements – Free movement – Foreigners' admission – Human Rights*

## **I. Introducción**

La libre circulación de personas entre Estados, es decir, la posibilidad de salir de un territorio para ingresar en otro y permanecer o transitar por él, fue con claridad la regla – por sobre la excepción – en la historia de la humanidad (CHETAIL, 2019:p. 39). En rigor, el derecho de los Estados a establecer sus políticas migratorias y a decidir quiénes pueden ingresar a sus dominios no es tan antiguo como se cree: recién en el siglo XX se consolidó como una facultad inherente a la soberanía territorial y como una norma en el derecho internacional (SONG, 2018:p. 1)

Un siglo más tarde, mientras se abren fronteras económicas y tecnológicas, los límites entre Estados - territoriales e incluso extraterritoriales -

se asimilan a muros, vallas, controles, militarización, entre muchos otros, y las políticas migratorias se perciben en clave de seguridad nacional (RIVAS, 2017:p. 152). Por su parte, la narrativa político-mediática exacerbaba esta tendencia, al presentar “a la movilidad humana como un problema que hay que resolver o una carga que hay que mitigar” (IOM, 2017:p. 1), permeando el juicio de la opinión pública y fomentando una representación negativa del otro (MELTZER ET AL., 2007:p. 3).

En este contexto, los Acuerdos de Integración Regional quedan invisibilizados en la opacidad de un discurso *securista* predominante. De tal modo, se pierde de vista que “la explosión de los procesos regionales de integración” (ACOSTA, 2019:p. 9) representan, hoy por hoy, el principal medio para garantizar que las personas puedan, como sucediera siglos atrás, circular libremente entre países y, así, limitar la discreción de los Estados a decidir quién ingresa a sus territorios.

El objetivo de este artículo será visibilizar la importancia de los Acuerdos de Integración Regional como una herramienta sustancial - aunque subestimada - para asegurar el pleno ejercicio del derecho a la libre circulación de personas entre Estados y la admisión de no nacionales a escala regional.

Con esto en mente, en primer lugar, analizando diversos pasajes históricos hasta arribar a finales del siglo XIX, el trabajo revela cómo la libre circulación de personas y la admisión de extranjeros fue concebida antaño como un derecho y como una regla tanto social como político-jurídica. Luego examina los factores que, hacia la culminación del siglo decimonónico y el inicio del siglo XX, llevaron al crecimiento y a la consolidación del derecho soberano de los Estados a establecer políticas de control migratorio y determinar discrecionalmente, con contadas excepciones, quiénes pueden ingresar a su territorio. El último apartado se enfoca en los Acuerdos de Integración Regional. En este punto, se explica el concepto y los justificativos que convierten a estos acuerdos en medios fundamentales para limitar la discreción estatal en la materia. Asimismo, con la finalidad de dar a conocer otros procesos tan evolucionados – aunque menos promocionados - como aquellos de mayor conocimiento público como lo son los regímenes de la Unión Europea o del

Mercado Común del Sur (Mercosur), se presta especial atención a los regímenes de libre circulación de la Organización de Estados del Caribe Oriental y del Consejo de Cooperación de los Estados Árabes del Golfo. Por último, se brindan otros ejemplos de acuerdos en la materia y se abordan los desafíos aún pendientes en la temática. Para finalizar, se ofrecen unas reflexiones a modo de conclusión.

## **II. La libre circulación de personas entre Estados en perspectiva histórica**

La migración encierra una característica innata e intrínseca al ser humano (BAUMAN, 2016:p. 65). Desde tiempos inmemoriales, hombres y mujeres han migrado en busca de mejores condiciones de vida, para poblar otros lugares del planeta, para huir y sobrevivir a desastres o a la violencia causada por conflictos o para evitar situaciones de racismo, persecución y discriminación (ODRIozOLA, 2018:p. 90). En esta misma línea, el circular libremente e ingresar a otros territorios es, desde hace siglos, reconocido por teóricos políticos y legales como un hecho y un derecho.

En la Antigua Grecia, los intelectuales se preocuparon por la posibilidad de que una persona pudiera salir de su país libremente y sin interferencias (UNITED NATIONS SPECIAL UNIT ON PALESTINIAN RIGHTS, 1978). Por caso, en la obra *Diálogos*, Platón cita a Sócrates en un discurso sobre la libertad, en que declara: "[...] es permitido a cada uno en particular [...] retirarse a donde guste con todos sus bienes; y si hay alguno que [...] quiere irse a una colonia o a cualquiera otro punto, [...] puede libremente marcharse a donde le acomode [...]" (EDGE, 2001:p. 2).

La libertad de circular también es visible en las crónicas de Chao Ju-Kua, Ibn Batuta o Marco Polo, que revelan la libertad de la que gozaban para regresar a sus respectivos territorios, así como en la entrada y salida de los muchos reinos de Asia e islas periféricas por las que viajaron hace siglos (INGLÉS, 1963:p. 9).

Desde un punto de vista legal, una de las primeras codificaciones registradas de este derecho se encuentra en la Carta Magna (1215), en la que el Rey Juan de Inglaterra declaró, en la cláusula 42, que “será lícito que cualquier

hombre salga y regrese a nuestro reino ileso y sin temor, por tierra o agua, preservando su lealtad hacia nosotros [...]"<sup>3</sup>.

Estas ideas fueron perfeccionadas gracias a los aportes de diferentes teóricos que abordaron el derecho a la libre de circulación de personas entre Estados. El español Francisco de Vitoria (1483-1546), se refirió al *ius communicationis* (derecho a la comunicación), como un "axioma básico del derecho internacional" que permitía a toda persona "visitar y viajar por cualquier tierra" sobre la base de la sociabilidad natural de la humanidad y la tradición de la hospitalidad. Para de Vitoria, el derecho de entrada de los extranjeros era obligatorio, y sólo podía derogarse si estos eran perjudiciales o dañinos para la sociedad de acogida (CHETAIL, 2019:pp. 20-21). El jurista holandés Hugo Grotius (1583-1645) fue un paso más allá al agregar que la libre circulación de personas y la admisión de personas extranjeras se complementaba con el derecho a permanecer: la permanencia dentro de las fronteras de un país exigiría una "causa justa" y el respeto de las leyes estatales del anfitrión (ibídem, p. 25).<sup>4</sup> Más tarde, Immanuel Kant (1724-1804), en *La Paz Perpetua*, aludió a la "hospitalidad" y al "derecho de visitante" que ostenta toda persona para salir, ingresar en otro país y presentarse en una nueva sociedad sin recibir un trato hostil (KANT, 1795:p. 49). Según Kant, este derecho se justificaba en la "común posesión de la tierra", que obliga al ser humano a "tolerar mutuamente su presencia, porque nadie tiene más derecho que otro a estar en un sitio determinado del globo" (ibídem, p. 50).

La fuerza de estos pensamientos político-liberales quedó reflejada con claridad en la Revolución Francesa de 1789 y la consiguiente Constitución Francesa de 1791, que garantizó "[...] la libertad de todos de ir, quedarse o partir,

---

<sup>3</sup> Carta Magna, artículo 42. Adoptada el 15 de junio de 1215. Accesible en: [https://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist\\_medi/documentos/ocidente/carmagna.pdf](https://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist_medi/documentos/ocidente/carmagna.pdf)

<sup>4</sup> Debe decirse que estas posturas también fueron contrarrestadas posteriormente por Samuel \*Pufendorf (1632-1694) y Christian Wolf (1679-1754), quienes, a pesar de apoyar el derecho a la libre circulación, también fomentaron una visión más restrictiva al posicionarse a favor de la discrecionalidad del Estado para admitir a personas extranjeras.

sin que puedan ser arrestados o detenidos, más que en las formas determinadas por la Constitución”<sup>5</sup>.

Poco después, el siglo XIX abrió camino a la llamada “era global de la libre circulación”, un periodo de migraciones masivas caracterizado por una gran diversidad de nuevos flujos migratorios alrededor del mundo, enmarcados en el auge del positivismo jurídico y la soberanía estatal (CHETAIL, 2019:p. 39). En este contexto, el derecho a la libre circulación de personas entre Estados y a la admisión de personas extranjeras en otros territorios se convirtió en la norma predominante en las constituciones y en las leyes domésticas: se permitió a los nacionales y no nacionales viajar a otros países, entrar en ellos y regresar sin restricciones (ibidem, p. 40). En rigor, este fenómeno fue particularmente visible en los nacientes Estados de la región sudamericana que, influenciados por las ideas liberales de Europa y en la necesidad de hacerse de población, consagraron el derecho bajo estudio en sus constituciones políticas e incluso firmaron entre sí acuerdos de libre movilidad (ACOSTA, 2018:pp. 64-71).

Más aún, hacia finales del siglo decimonónico el Instituto de Derecho Internacional concluyó un proyecto de instrumento internacional en materia de movilidad humana. Si bien nunca entró en vigor, en él los Estados parte reconocerían eventualmente la “libertad” de emigrar e inmigrar sin distinciones y que dicha “libertad” sólo podría ser restringida por decisiones gubernamentales públicas y bajo estrictos límites de necesidad social y política (CHETAIL, 2019:p. 40).<sup>6</sup>

En suma, estos hechos históricos se alinean con la idea de que la migración existe desde tiempos inmemoriales y revelan lo importante que fue – y que es – el derecho a circular como motor clave en y para el desarrollo de las sociedades. Como indica Kochenov, “el derecho a salir, a distanciarse, a huir, es

---

<sup>5</sup> Constitución Francesa, título primero. Adoptada el 3 de septiembre de 1791. Accesible en: <http://aaajc.com.ar/home/wp-content/uploads/2016/07/Constituci%C3%B3n-Francesa-de-1791.pdf>

<sup>6</sup> El proyecto en cuestión surgió en un contexto de importantes cambios a nivel global en materia migratoria. En rigor, pasó rápidamente a ser letra muerta ante el creciente control migratorio del siglo XX, el cual se convertiría rápidamente en la regla más que en la excepción.

una de las garantías más inmanentes a la libertad humana" (KOCHENOV, 2012:p. 47).

Sin embargo, como adelantamos, el siglo XX marcaría el final de la era de las migraciones masivas y un fortalecimiento en la discreción estatal que, mientras permitiría ejercer la facultad soberana de establecer quién puede ser admitido dentro de un territorio, limitaría fuertemente la libertad de circular entre Estados.

### III. Las restricciones a libre circulación de personas entre Estados

La transición de un período de *hospitalidad* hacia uno de *hostilidad* (BAUMAN, 2016:p. 69), suele decirse, tiene su punto de partida en dos sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos: el Caso de la *Exclusión China*<sup>7</sup> (1889) y el Caso *Nishimura Ekiu*<sup>8</sup> (1892). En este último se encuentran los fundamentos jurídicos en que se sustenta el derecho del Estado moderno a limitar la libre circulación de personas entre países y a controlar la admisión de extranjeros en su territorio. Citando la obra de Emmer de Vattel, *El Derecho de Gentes*, la Corte Suprema de los Estados Unidos se refirió al derecho y a la facultad de las naciones soberanas "de prohibir la entrada de extranjeros en sus dominios, o de admitirlos sólo en los casos y bajo las condiciones que consideren oportuno prescribir"<sup>9</sup>. En el pasaje citado, el jurista suizo concluye que no hay "nada en todo esto, que no se derive del derecho de dominio y soberanía".<sup>10</sup>

Aunado a estas decisiones y a una creciente obstaculización a la libre movilidad, se combinaron y entrelazaron dos acontecimientos que surgieron junto con la Primera Guerra Mundial (1914-1918): la consolidación política de los

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, Estados Unidos, 13 de mayo de 1889, "Chae Chae Ping v. United States", 130 U.S. 609. En esta decisión, la Corte Suprema aseguró que el "poder de exclusión", delegado por la Constitución, pertenece al gobierno de Estados Unidos y que puede ser ejercido cuando "los intereses del país lo requieran". Accesible en: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/130/581>

<sup>8</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, Estados Unidos, 18 de enero de 1892, "Nishimura Ekiu v. United States", 142 U.S. Accesible en: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/142/651>

<sup>9</sup> Ibid, p. 659

<sup>10</sup> Ibid.

Estados-nación a través del establecimiento detallado de sus fronteras internacionales y la fuerte introducción de controles migratorios (CHETAIL, 2019:pp. 46-47). Ambos fenómenos, provocaron un efecto doble que podría simplificarse de la siguiente manera: por un lado, mostraron la necesidad de que cada persona probase, a los ojos del derecho internacional, ser nacional de un Estado (MUCHMORE, 2004:p. 307) y, por otro, transformaron los mapas en un rompecabezas de territorios *bien* definidos, donde podía diferenciarse el “adentro” y el “afuera” (KOCHENOV, 2012:p. 45).

Desde entonces, el control de la movilidad humana se transformó en un acto de soberanía estatal desenfrenado (SMITH, 2009:p. 919) que “engendró un desastroso efecto dominó en otros países tradicionales de inmigración” (CHETAIL, 2019:p. 47). Así, se consolidó en el mundo, plena y firmemente, un sistema en el que los pasaportes y los visados se convirtieron en la norma hoy vigente para cruzar las fronteras internacionales (DAUVERGNE, 2014:p. 80).

Años más tarde, y finalizada la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), el *naciente* sistema universal de derechos humanos terminaría por convalidar un régimen en que la libertad de circular entre Estados se vería truncada.

En 1948, se firmó la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) donde quedó plasmada, con fuerte impronta estadounidense, la tendencia global en materia de libre circulación (MANSELL Y OPPENSHAW, 2013:pp. 126-127 ; POSNER, 2014:p. 15). A pesar de no ser vinculante y de contar con ciertas disposiciones vagas, la DUDH aseguró con nitidez que “[t]oda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”<sup>11</sup>, reforzando implícitamente la regla general de que cada Estado se reserva el derecho a dejar ingresar – o no - a personas extranjeras y “sólo están obligados a admitir en su territorio a sus propios nacionales... [excluyendo] a todos los demás” (DAUVERGNE, 2014:p. 79).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) (1966), cuyo objetivo fue proveer de efectos legales a los principios

---

<sup>11</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 13.2, Adoptada y proclamada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Accesible en: [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=1003](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=1003)

contenidos en la DUDH (MANSELL Y OPPENSHAW, 2013:p. 139), brindó aún más precisiones – y restricciones – a la movilidad humana. El derecho humano a circular libremente y residir, únicamente se confirmó puertas hacia adentro de un mismo Estado y exclusivamente a quien que se “halle legalmente” en él. Además, se robusteció la lógica de que toda persona tiene “derecho a salir libremente de cualquier país”, pero no se aseguró el sucesivo derecho a ingresar en otro.<sup>12</sup>

Los principales instrumentos regionales de derechos humanos siguieron, sin excepciones, esta misma línea. Por caso, el Protocolo 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (1963), garantizó a toda persona que se encuentre de manera regular dentro de un Estado el “derecho a circular libremente por él” mientras que aquellos que lo deseen serán “libre[s] de abandonar[lo]”<sup>13</sup>. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), aseguró que quien “se halle legalmente” en el territorio de un país tiene “derecho a circular por él mismo” y toda persona puede “salir libremente”<sup>14</sup>. Por último, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), fue aún más explícita ya que respaldó la libertad de tránsito y residencia “dentro de las fronteras de un Estado” mientras la persona “se atenga a la ley”, extendiendo, al igual que los tratados anteriores, el derecho a egresar de cualquier país.<sup>15</sup>

En definitiva, estos instrumentos respaldaron – y respaldan - la regla general impuesta entonces: 1) la libre circulación de personas, sólo se garantiza

---

<sup>12</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976. Accesible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

<sup>13</sup> Protocolo 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, artículos 2.1 y 2.2. Adoptada y abierta a la firma el 16 de septiembre de 1963. Entrada en vigor el 2 de mayo de 1968. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1250.pdf>

<sup>14</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 22.1 y 22.3. Adoptada y abierta a la firma el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978. Accesible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm)

<sup>15</sup> Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, artículos 12.1 y 12.2. Adoptada y abierta a la firma el 27 de julio de 1981 Entrada en vigor el 21 de octubre de 1986. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>

puertas hacia adentro de aquel Estado en el cual la persona extranjera se halle “legalmente”; y 2) el derecho humano a salir de un país no es acompañado por otro derecho idéntico que garantice el ingreso en otro Estado. De esta forma, conforme con Chetail, se consolidó tácitamente la competencia de los Estados para determinar quién puede ser admitido en sus territorios (CHETAIL, 2019:p. 92).

Por lo demás, a partir de la década de 1970 el análisis de las migraciones internacionales en clave de seguridad cobró aún más importancia y esta tendencia continuaría – fortaleciéndose - iniciado el siglo XXI. En rigor, con los ataques terroristas de Nueva York (2001), Madrid (2004) y Londres (2005), se acentuaría la lógica “entre la lucha antiterrorista, la inmigración y el asilo [bajo] una suposición más general de que el ‘peligro’ viene de ‘ahí fuera’, de los extranjeros”, enmarcándose a las políticas migratorias como un asunto de seguridad nacional, y limitándose aún más a la libre circulación (ATAK Y CRÉPEAU, 2014:p. 93).

Aunado a ello, la - mal llamada - “crisis de refugiados” de Europa o las “caravanas migrantes centroamericanas” de América del Norte, una década después, sólo ratificarían el paradigma de la *securitización*<sup>16</sup> imperante. Esto, no hizo más que apuntalar las percepciones en materia de movilidad humana: muros, vallas, controles, militarización, entre muchos otros, demuestran que los países del Norte Global marcan el pulso de la agenda (o de las “urgencias”) de las políticas migratorias internacionales y que los Estados continúan ejerciendo con absoluto recelo el “derecho de exclusión” respecto de aquellos que no desean admitir en sus territorios (DAUVERGNE, 2016:p. 3).

De esta forma, aún en tiempos de globalización, el régimen en el cual los Estados se reservan el derecho de limitar la libre circulación de personas entre Estados a través de la determinación de quién puede ingresar en su territorio demostró su resistencia y su vigencia (DAUVERGNE, 2009:p. 170)

---

<sup>16</sup> En palabras de Lelio Marmor, el modelo de “securitización” como eje de políticas migratorias, tiene a la seguridad nacional, social, cultural y laboral del país. Dentro de esta visión, el migrante es visto como una amenaza potencial debido a su posible vinculación con el terrorismo internacional o bien al narcotráfico, a la delincuencia en general. De allí que se restringen sus derechos, bajo una perspectiva que se focaliza en la condición de regularidad o la nacionalidad (Marmor, 2010: p. 76-77).

¿Existen excepciones a este régimen de admisión de extranjeros? Sí, aunque sean excepciones limitadas, las hay. El ejemplo más habitual deriva del principio de no devolución,<sup>17</sup> garantizado por el derecho internacional de las personas refugiadas y por el derecho internacional de los derechos humanos. En virtud de este principio, se debe asegurar el acceso al territorio (y la no expulsión) a quienes requieren protección internacional e impedir que el Estado de acogida devuelva a su país de origen o de residencia habitual a aquella persona que la solicita. Tal excepción, no obstante, tiene alcance limitado. Es que se entiende a la protección internacional como “un recurso escaso” (MARTIN, 1991:p. 33) cuya naturaleza “pacífica, apolítica y exclusivamente humanitaria”, antes que masiva, demanda un análisis caso por caso (CASCON, 2017:p. 213). Además, se considera que la restricción que puede importar a la discreción estatal de decidir quién ingresa o deja de hacerlo es “exagerada” y que tomó “proporciones míticas” ya que los Estados son “libres de abrir y cerrar sus fronteras como quieran” (DAUVERGNE, 2004:p. 588). Otras limitaciones al respecto pueden resultar del principio de reunificación familiar o incluso de la (reducida) jurisprudencia en materia de admisión de personas extranjeras (CHETAIL, 2019: pp. 124-137).

En este contexto, contrario a la percepción y a la retórica que circunda a nivel global a las migraciones internacionales, a las sombras de las escasas excepciones mencionadas se encuentran los Acuerdos de Integración Regional. Los acuerdos en cuestión representan, entonces, una concesión de soberanía por parte del Estado a una entidad regional y la principal limitación a las facultades estatales en la materia. Así, estos acuerdos simbolizan el ejemplo más claro por medio del cual se debe garantizar el derecho a la libre circulación

<sup>17</sup> El principio de *no devolución (non-refoulement)*, es la piedra angular del derecho internacional de las personas refugiados: prohíbe a las autoridades del país receptor devolver a un individuo al país de persecución (retorno directo) o a un tercer país (retorno indirecto) donde su vida o su libertad podrá correr peligro, después de que haya solicitado asilo, se encuentre pendiente su decisión o mientras haya requerido la condición de refugiado (MARTÍNEZ MONGE, 2012:30). El principio de *no devolución* no es absoluto (art. 33.2 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951) y es complementado por el derecho internacional de los derechos humanos. Esta rama del derecho priva al Estado receptor de devolver a cualquier persona, más allá de las circunstancias que lo motiven, y aún a pesar de no merecer la protección internacional, cuando esté en riesgo su vida, libertad o integridad personal (ACNUR, 2006:p. 61).

de personas entre Estados y el derecho de admisión de no nacionales, e invierten la lógica de imperante de *discreción* por una nueva lógica de *obligación*.

#### **IV. La libre circulación de personas entre Estados en el marco de los Acuerdos de Integración Regional**

Los Acuerdos de Integración Regional son tratados concertados entre Estados vecinos con un desarrollo económico similar que fomentan la libre circulación de servicios, capitales, mercancías y también alientan la libre circulación de personas como una vía de progreso (POPP, 2012:p. 367).

Las implicaciones de estos acuerdos “sobre la movilidad de personas son cada vez más evidentes, siendo difícil desligar el impacto que la integración económica tiene sobre la circulación regional” (CAICEDO CAMACHO, 2020:318).

Algunas cifras respaldan esta afirmación. En Sudamérica, por ejemplo, el 80% de las personas migrantes son, justamente, sudamericanas (OIM, 2020:2). En África, a pesar de las dificultades en la recolección de datos, se estima que al menos la mitad de las migraciones son intrarregionales (IOM, 2020:36), aunque esta tendencia puede variar según la subregión del continente. Por caso, contrario a las asunciones de que la emigración hacia Europa es la regla, en África Occidental la migración intrarregional es, holgadamente, el patrón migratorio predominante: 7.5 millones de migrantes circulan intrarregionalmente, representando el 86% del total de emigración (NITA ET AL, 2017:p XIV). Asimismo, en el Caribe, se calcula que gracias a estos acuerdos hacia 2017 se había facilitado la circulación de al menos 2.040.750 de personas a nivel regional (IOM, 2019:p. 33) mientras que la mayoría de los 23.6 millones de personas emigrantes del sudeste asiático permanecen en el continente y al menos un tercio de ellos se quedan en la misma subregión (MIGRATION DATA PORTAL, 2021).

La migración intrarregional, vale aclarar, no es una realidad que responde tan sólo al funcionamiento de estos acuerdos sino a una tendencia histórica y razonable que refleja que “la gran mayoría (85%) [de personas migrantes] permanec[e] en países de una misma región” (POPP, 2012:p. 14).

En otro orden, tal como destaca Acosta, estos acuerdos tienen la virtud de poder acordarse más rápida y fácilmente debido al número reducido de actores que participan en las negociaciones (ACOSTA, 2019.p 9). En la

actualidad, cubren casi todas las zonas del planeta: África, América del Sur, América Central, el Caribe, Asia, Europa y Oriente Medio, incluso solapándose entre sí. Su alcance es aún más impresionante si se tiene en cuenta que al menos 174 Estados pertenecen a una o varias organizaciones regionales destinadas a promover la libre circulación de personas (CHETAIL, 2019:p. 98). Incluso más, el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, firmado en diciembre de 2018, ha reconocido este patrón al referirse a la palabra "regional" más de 50 veces dentro de sus 23 Objetivos (ACOSTA, 2019:p. 10).

De allí que, a pesar de que una "poderosa narrativa insiste en presentar la migración como un problema que se aborda en todas partes mediante la erección de fronteras -físicas y legales-" (ibidem, p. 9) estos acuerdos representan la "limitación más importante a la soberanía de los Estados en materia de admisión [de extranjeros]", presentándose como una "vía poderosa y prometedora" para garantizar la libre circulación de personas entre países y la admisión de no nacionales (CHETAIL, 2019:98).

Cabe destacar que hay variaciones considerables de un Acuerdo de Integración Regional a otro; cada región tiene sus propias especificidades y prioridades (ibidem, p. 98). Por lo tanto, bajo el paraguas de la "libre circulación de personas", la admisión de personas extranjeras no está necesariamente abierta a *todas* las personas. Por el contrario, esto dependerá de diferentes factores como las desigualdades socioeconómicas entre países, la institucionalización de los acuerdos o la forma en que se enmarca la libre circulación (GARTLAND ET AL, 2017:pp. 428-430). Este complejo panorama lleva, como concluyen Gartland et al, a pensar que "hay quizá tantos enfoques diferentes de la cuestión como regiones" (ibidem, p. 428).

Aun así, a pesar de este "mosaico ecléctico de regímenes [de integración]" (CHETAIL, 2019:p.100), en la actualidad existen ciertas similitudes y convergencias entre estos acuerdos, que reflejan el fuerte avance en la mejora de la gestión de la migración a nivel regional y fortalecen la idea de que resultan medios indispensables para garantizar la libre circulación de personas entre Estados y la admisión de personas extranjeras. Según Chetail, a pesar de las especificidades jurídicas, los regímenes de libre circulación evolucionados y

completos siguen un patrón común basado en tres pilares principales 1) derecho de entrada y exención de visado para todos los nacionales de los Estados Parte; 2) derecho de residencia en el territorio de cualquier Estado Parte y; 3) derecho a permanecer a efectos de realizar cualquier actividad económica (ibidem, p. 102).

Las características anteriores están presentes, con claridad, en el caso más estudiado y desarrollado en la materia: la Unión Europea (UE). La UE es el "ejemplo paradigmático" (ACOSTA, 2019:p. 9) de Acuerdo de Integración Regional en el cual la legislación respecto de la libre circulación de personas llegó "más lejos y más profundo" (POPP, 2012:p. 370) que cualquier otro.<sup>18</sup>

Sin embargo, a la sombra de la UE existen otros casos que cumplen los tres patrones sugeridos por Chetail: los regímenes de libre circulación de personas de la Organización de Estados del Caribe Oriental (OEKO) y el Consejo de Cooperación de los Estados Árabes del Golfo (CCG).

La relevancia de ambos acuerdos radica en que los dos, a pesar de no tener la exposición de la UE, representan claros regímenes bajo los cuales se garantizan plenamente, sin ningún tipo de obstáculo ni temporalidad, el ejercicio del derecho a la libre circulación respecto de todo nacional de un Estado miembro.

La OEKO es una organización intergubernamental que nació el 18 de junio de 1981, cuando siete países del Caribe Oriental firmaron el Tratado de Basseterre por el que acordaban cooperar entre sí y promover la unidad y la solidaridad entre los miembros. Los Estados miembros de la OEKO son Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, Montserrat, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves y San Vicente y las Granadinas<sup>19</sup> y comparten entre sí una historia común,

---

<sup>18</sup> Para un análisis más detallado, véase: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, adoptado el 13 de diciembre de 2007, arts. 20(2)(a) y 21; Directiva 2004/38/CE, adoptada el 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio del Estado miembro; Reglamento nº 492/2011, adoptado el 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores en la Unión; Directiva 2003/86/CE, adoptada el 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar; Directiva 2003/109/CE, 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, entre otras.

<sup>19</sup> Los Estados miembros asociados de Anguila, las Islas Vírgenes Británicas, Martinica y Guadalupe, aunque forman parte de la OEKO, no son Estados participantes en la Unión Económica

experiencias coloniales y una tradición de libre circulación e intercambio (IOM, 2019:p. 17).

El 18 de junio de 2010 firmaron el Protocolo de la Unión Económica del Caribe Oriental del Tratado Revisado de Basseterre (Protocolo)<sup>20</sup>. El Protocolo, que entró en vigor el 21 de enero de 2011, persigue el objetivo de lograr "relaciones económicas más estrechas"<sup>21</sup> entre los Estados Miembro de la OECO, siguiendo una serie de principios que incluyen "la abolición... de los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales"<sup>22</sup>. En su artículo 12 se asegura la total libertad de circulación de los ciudadanos de los Estados miembro de la OECO, al tiempo que se garantiza la igualdad de trato y la no discriminación con los nacionales. Asimismo, las personas ciudadanas de un Estado miembro reciben un sello de "estancia indefinida" con el sólo hecho de ingresar a otro de los países, sin necesidad de obtener un permiso de trabajo, y se les permite viajar utilizando sólo un documento de identidad con fotografía válido (TIMES CARIBBEAN, 2015). El Protocolo también garantiza el derecho a la unidad familiar<sup>23</sup>, asegura que las personas pueden conducir en un Estado miembro con una licencia válida emitida por otro Estado miembro y no es necesario mostrar recursos suficientes para radicarse (GENE, 2015:pp. 10-11). El Protocolo es plenamente operativo desde octubre de 2014.

Sobre la OECO, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) destacó que "mientras que la integración económica ha progresado internamente a través de la libre circulación de personas, los regímenes de libre

---

<sup>20</sup> Tratado Revisado de Basseterre por el que se establece la Unión Económica de la Organización de Estados del Caribe Oriental. Adoptado y abierto a la firma el 18 de junio de 2010. Accesible en: [http://foreign.gov.vc/foreign/images/stories/Foreign\\_Affairs/Article\\_pdf/revised-treaty-of-basseterre.pdf](http://foreign.gov.vc/foreign/images/stories/Foreign_Affairs/Article_pdf/revised-treaty-of-basseterre.pdf)

<sup>21</sup> Ibídem, artículo 2.

<sup>22</sup> Ibídem, artículo 3(c).

<sup>23</sup> La persona ciudadana de un Estado Parte de la OECO puede migrar con su familia, incluidos el cónyuge y las personas a su cargo. En rigor, la política de la OECO establece que el derecho de un ciudadano a migrar y residir libremente dentro del Espacio de la Unión Económica de la OECO y a disfrutar de los derechos y privilegios como ciudadanos debe concederse también a su familia, independientemente de su nacionalidad. Por lo tanto, la unidad familiar y la calidad de la vida familiar están protegidas.

circulación de bienes y servicios se están definiendo y negociando actualmente" (IOM, 2019:28): paradójicamente en este mundo globalizado, entre los Estados miembro de la OECO las personas se mueven más rápido que los capitales.

Por otra parte, el CCG es una organización intergubernamental que nació el 24 de mayo de 1981, cuando los Estados miembro firmaron el Acuerdo Económico Unido con el fin de construir un marco de cooperación para llevar a cabo la coordinación, la integración y la interconexión entre ellos en todos los ámbitos con el fin de lograr la unidad. Los Estados Parte del CCG son Bahrein, Kuwait, Omán, Qatar, Arabia Saudí y los Emiratos Árabes Unidos y entre ellos han impulsado un proceso de integración "coincidiendo con la evolución de una identidad regional o 'khaleeji'" (BABAR, 2011:p. 3). Estos Estados firmaron el Acuerdo Económico Unido de 1981 y el 31 de diciembre de 2001, reforzando el proceso de integración, firmaron el Acuerdo Económico entre los Estados del Consejo de Cooperación del Golfo (Acuerdo Económico)<sup>24</sup>. Si bien el primero de estos acuerdos contenía disposiciones específicas sobre la libre circulación de personas, el segundo establece un claro compromiso en su preámbulo al referirse a: "[...] las aspiraciones y expectativas de los ciudadanos del CCG para alcanzar la ciudadanía del Golfo [...]" . Asimismo, en su artículo 3, el Acuerdo Económico garantiza a los "ciudadanos naturales y legales" el mismo trato que a los nacionales, al tiempo que asegura, además de la libre circulación y residencia, una larga lista de derechos: reagrupación familiar, ejercicio de todas las profesiones y oficios, educación, sanidad y servicios sociales e incluso trabajo en empleos privados y públicos, entre otros. Cabe destacar que todas las personas nacionales de un Estado miembro del CCG tienen derecho a ingresar a otro Estado miembro mostrando una "tarjeta inteligente" de identificación multifuncional,<sup>25</sup> que no tiene limitaciones temporales de residencia, y tienen

---

<sup>24</sup> El Acuerdo Económico entre los Estados del Consejo de Cooperación del Golfo. Adoptado el 31 de diciembre de 2001, adoptado por el Consejo Supremo del CCG (22<sup>a</sup> sesión), Mascate, Sultanato de Omán. Accesible en: <https://www.bahainedb.com/app/uploads/2020/08/The-Economic-Agreement-GCC-States.pdf>

<sup>25</sup> Según el sitio web del CCG, actualmente todos los Estados miembros aceptan la "tarjeta inteligente" de identificación, excepto el Reino de Arabia Saudí, que está "ultimando los trámites para permitir la circulación con identificación". Accesible en: <https://www.gcc-sg.org/en-us/CooperationAndAchievements/Achievements/EconomicCooperation/TheGCCCommonMark>

acceso inmediato a la seguridad social y a las pensiones. No hay condiciones claras respecto de las circunstancias bajo las cuales los Estados miembro del GCC se reservan el derecho de admisión (BABAR, 2017:p. 152). El Acuerdo Económico está operativo desde 2005 (ibídem, p. 153). Según Babar, a pesar de garantizar "derechos de entrada, residencia y empleo", la circulación actual de personas en el ámbito del GCC "sigue siendo mínima" y los Estados no han visto "grandes cambios en los flujos migratorios entre sus nacionales" (ibídem, pp. 150-153). Contrario a la OECO, en el ámbito del CCG, paradójicamente, aunque las puertas estén abiertas para hacerlo las personas prefieren no emigrar.

En cualquier caso, más allá de la eficacia de ambos regímenes en la práctica, desde el punto de vista jurídico la OECO y el CCG representan dos excelentes ejemplos de cómo los Acuerdos de Integración Regional garantizan el derecho a la libre circulación de personas entre Estados, mientras que reflejan la predisposición de estos Estados a renunciar a su soberanía para garantizar por completo los derechos de entrada y permanencia a todas las personas extranjeras que sean nacionales de un Estado miembro. Además, ambos cumplen los tres patrones indicados por Chetail para ser considerados dos regímenes evolucionados y completos.

Otros Acuerdos de Integración Regional, si bien no cumplen necesariamente con los tres patrones en cuestión, promueven la libre circulación de personas entre Estados y la admisión de no nacionales. Los motivos que los impulsan varían y representen una limitación menor a la discreción estatal en la materia. Por ejemplo, el MERCOSUR<sup>26</sup> o la Comunidad Andina<sup>27</sup>, a pesar del interesante desarrollo de ambos, si se los compara con la OECO o el CCG , se

---

[et and Economic nationality/ Steps have been taken to achieve economic citizenship/ Pages/ IMovement and residence.aspx](#)

<sup>26</sup> Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados parte del Mercosur, Bolivia y Chile. Adoptado y abierto a la firma el 6 de diciembre de 2002. Accesible en: <https://www.mercosur.int/documento/acuerdo-residencia-nacionales-estados-parte-mercosur-bolivia-chile/>

<sup>27</sup> Estatuto Migratorio Andino de la Comunidad Andina. Adoptado el 12 de mayo de 2021. Accesible en: <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%204239.pdf>

asemejan más bien a la UE ya que ambos regímenes imponen ciertos obstáculos para residir en otro Estado miembro, sea por motivos de temporalidad o seguridad<sup>28</sup>.

Mientras tanto, otros procesos sólo se centran en la admisión de migrantes con fines laborales. Por ejemplo, la Unión Económica Euroasiática, creada por el Tratado de Astana de 2014 y en vigor desde 2015, garantiza a las personas nacionales de los Estados miembros<sup>29</sup> el derecho a trabajar en otro Estado miembro sin necesidad de obtener un permiso de trabajo, así como, entre otros derechos, el reconocimiento automático de las calificaciones educativas, y la igualdad de trato en el acceso a los servicios médicos o los derechos de educación para los hijos de los trabajadores<sup>30</sup>.

Otros, como la Comunidad del Caribe (CARICOM), se centran – primordialmente - en la admisión de trabajadores calificados. El Tratado de Chaguaramas Revisado de 2001 de la CARICOM, en vigor desde 2006, fomenta la circulación de nacionales “calificados” de los Estados miembro<sup>31</sup>, como aquellas personas con titulados universitarios; trabajadores de los medios de comunicación; deportistas; artistas y músicos<sup>32</sup>.

Incluso, existen acuerdos, como el Protocolo de Libre Circulación de Personas, el Derecho de Residencia y de Establecimiento en el marco de la

---

<sup>28</sup> Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados parte del Mercosur, Bolivia y Chile artículo 4 (c)(d)(e); Estatuto Migratorio Andino de la Comunidad Andina, artículo 21 (ii)(iii). Cabe destacar que el Estatuto Migratorio Andino de la Comunidad Andina, cuenta con la particularidad – y la novedad - de brindar un trato igualitario en cuanto a la libre circulación a nacionales de los Estados miembro y a aquellos nacionales extracomunitarios que obtengan una residencia permanente en uno de los Estados miembro. Ver: artículo 17 del Estatuto Migratorio Andino.

<sup>29</sup> Los Estados miembro son Bielorrusia, Kazajistán y Rusia, a los que se sumaron posteriormente Armenia y Kirguistán.

<sup>30</sup> Tratado de Astana, artículos 97 y 98. Adoptado y abierto a la firma el 24 de mayo de 2014. Accesible en: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/acc\\_e/kaz\\_e/WTACCKAZ85\\_LEG\\_1.pdf](https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/kaz_e/WTACCKAZ85_LEG_1.pdf)

<sup>31</sup> Los Estados miembros son Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat (territorio británico de ultramar en las Islas de Sotavento), San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam y Trinidad y Tobago. Además de los miembros de pleno derecho de la comunidad, hay 5 miembros asociados y 7 observadores. Los 5 miembros asociados son Anguila, Bermudas, las Islas Vírgenes Británicas, las Islas Caimán y Turcas y Caicos.

<sup>32</sup> Tratado de Chaguaramas Revisado, artículos 45 y 46. Adoptado y abierto a la firma el 5 de julio de 2001. Entrada en vigor el 1 de enero de 2006. Accesible en: [https://caricom.org/documents/11109-treaty\\_caricom\\_2-spanish.pdf](https://caricom.org/documents/11109-treaty_caricom_2-spanish.pdf)

Unión Africana, que buscan alentar el ejercicio de este derecho a lo largo y ancho de todo el continente<sup>33</sup>. Paralelamente, en la misma región, organismos como la Autoridad Intergubernamental para el Desarrollo, han ido más allá al aprobar recientemente un protocolo que garantizará la libre circulación entre Estados a las personas nacionales de un Estado miembro que se desplazan por desastres naturales y los efectos adversos del cambio climático hacia otro Estado miembro<sup>34</sup>.

En suma, estos ejemplos también revelan que, además de perseguir fines económicos o comerciales, los Estados celebran acuerdos multilaterales en miras a dar respuestas conjuntas a los retos relacionados con la migración (GONZÁLEZ MORALES, 2021:p. 12).

Desde ya, los desafíos en la materia son numerosos y no debe sobredimensionarse su alcance. Principalmente, porque la letra de la ley muchas veces dista de aquello que realmente sucede en la práctica y no basta con referirse a la existencia de un acuerdo supranacional para asegurar su cumplimiento. Como señala Al-Nashif, la preocupación por la seguridad de las fronteras y el temor a las reacciones políticas en contextos marcados por las desigualdades socioeconómicas pueden afectar el compromiso con estos acuerdos y dar lugar a divergencias con respecto a las normas regionales acordadas (NITA ET AL, 2017:p. xi). Asimismo, aún persisten grandes diferencias entre los acuerdos firmados en las distintas partes del planeta, situación que lleva a disparidades que impiden pensar en el ejercicio de un derecho *universal*

---

<sup>33</sup> Protocolo de libre circulación de personas, el derecho de residencia y de establecimiento en el marco de la Unión Africana (2018). El Protocolo, que entrará en vigor cuando lo ratifiquen 15 Estados miembros, facilitará la migración en la región mediante la apertura de vías legales de migración para todos los nacionales de los países africanos. En el momento de escribir este ensayo, sólo 4 países lo han ratificado: Malí, Níger, Ruanda y Santo Tomé y Príncipe. Accesible en: <https://au.int/sites/default/files/treaties/36403-sl-PROTOCOL%20TO%20THE%20TREATY%20ESTABLISHING%20THE%20AFRICAN%20ECONOMIC%20COMMUNITY%20RELAT....pdf>

<sup>34</sup> La Autoridad Intergubernamental para el Desarrollo (IGAD, por sus siglas en inglés) está formada por 8 Estados miembros: Yibuti, Etiopía, Eritrea, Kenia, Somalia, Sudán, Sudán del Sur y Uganda. Para más información sobre el Protocolo aprobado, véase: IGAD, Los Estados miembros de la IGAD perfeccionarán el proyecto de protocolo sobre la libre circulación de personas, 14 de octubre de 2019. Accesible en: <https://igad.int/divisions/health-and-social-development/2016-05-24-03-16-37/2256-igad-member-states-to-refine-the-draft-protocol-on-free-movement-of-persons>.

a la libre circulación de personas entre Estados (CHETAIL, 2019:p. 98). Al mismo tiempo, mientras los acuerdos de este tenor eliminan las fronteras intrarregionalmente, crean fronteras extrarregionales respecto de los países que no pertenecen a ellos; de este modo, realzan otro punto de fricción en lo que respecta al acceso a derechos, diferenciado entre migrantes intrarregionales y extrarregionales (NITA ET AL, 2017:p. xv).

En cualquier caso, los desarrollos en la materia y los ejemplos reseñados reflejan que los Acuerdos de Integración Regional, a la par en que retoman una tradición histórica de libre circulación de personas entre Estados, son una opción sociopolítica realista y, eventualmente, pueden servir como un paso previo a la universalización de este derecho.

## V. Conclusión

Los Acuerdos de Integración Regional representan, hoy por hoy, el principal medio para garantizar la libre circulación de personas entre Estados y una inobjetable limitación, de carácter vinculante, a la discreción estatal para determinar quién puede ingresar al territorio de un país. Lejos de la narrativa imperante, en que el mundo amurallado asimila a las migraciones internacionales a una problemática que merece respuestas *securitistas*, estos acuerdos reflotan silenciosamente una alternativa práctica y olvidada en que las fronteras virtuales permitían el ingreso pacífico al territorio ajeno; práctica que se desvaneció paulatinamente en el siglo XX, en la bruma de los regímenes de pasaportes, los controles y las vallas. Asimismo, estos acuerdos, como hemos visto, no se reducen a la mera garantía de la movilidad humana transfronteriza, sino que aseguran a las personas extranjeras de un Estado miembro del acuerdo el acceso a derechos humanos básicos e incluso, en distintos supuestos, en igualdad de condiciones a las personas nacionales.

Desde ya, a pesar de la relevancia de estos acuerdos, la cautela en su ponderación y en su concreción efectiva es igual de importante. Exagerar sus alcances legales impediría ver las mejores que merece su aplicación práctica. Además, tal como reflejan los ejemplos brindados en esta presentación, recordemos que estos acuerdos se resuelven entre Estados cercanos - por no

decir limítrofes -, con pasados y tradiciones comunes, con situaciones socioeconómicas y pretensiones comerciales similares, por lo cual la libre circulación de personas entre Estados, en este contexto, es netamente regional. Los desafíos persisten: las diferencias del grado de desarrollo de los distintos acuerdos existentes, las categorías de personas con derecho a la movilidad e igualdad de trato o respecto de su aplicación efectiva, real y no ficta, son algunos.

De todos modos, estos desafíos no impiden proyectar, llegado el caso en que estos acuerdos continúen su marcha - aunque silenciosa -, sostenida, que en un futuro puedan existir aún más acuerdos que universalicen este derecho, alcanzando a cada rincón del planeta, o incluso que los acuerdos entre bloques regionales incorporen previsiones específicas que promuevan la libre circulación de personas *inter-regional*.

De seguro, y tal la pretensión de esta contribución, es importante visibilizar estos acuerdos ya que, a pesar de ser subestimados, representan – y seguirán representando - el cambio más importante en la regulación de la migración en los últimos años, afectando la vida y las oportunidades de millones de personas. De allí que, en tanto intrínsecas a la naturaleza del ser humano, las migraciones continuarán, como perdurará la necesidad de entrar, transitar o salir de un país y, en definitiva, retomando las palabras Kant, de circular libremente a través de la “común posesión [de nuestra] tierra”.

## VI. Bibliografía

- ACNUR (2006), Los Derechos Humanos y la Protección de los refugiados, Módulo autoformativo 5, Volumen II. Ginebra: Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.
- ACOSTA D. (2018) *The National versus the Foreigner in South America. 200 Years of Migration and Citizenship Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ACOSTA D (2019), 'The Expansion of Regional Free Movement Regimes. Towards a Borderless World?', en Paul Minderhoud, Sandra Mantu and Karin Zwaan (eds), *Caught in Between Borders. Citizens, migrants and humans*, Paises Bajos: Wolf Legal Publishers, pp. 9-15.
- ATAK I. Y CRÉPEAU F. (2014), "National security, terrorism and the securitization of migration" en Vincent Chetail y Céline Bauloz (ed) *Research handbook on international law and migration*, Nueva York: Elgar Ed, pp. 93-112.
- BABAR, Z.R. (2011) *Free Mobility within the Gulf Cooperation Council*, Center for International and Regional Studies, Vol. 8, N° 3, pp.1-34 <https://www.files.ethz.ch/isn/135006/ZahraBabarOccasionalPaper.pdf>
- BABAR, Z.R. (2017) 'Free movement of people within the Gulf Cooperation Council', en Sonja Nita, Antoine Pécout, Philippe de Lombaerde, Paul de Guchteneire, Kate Neyts and Joshua Gartland (eds.), *Migration, Free Movement and Regional Integration*, Paris: UNESCO, 149-170.
- BAUMAN, Z. (2014) *Extraños llamando a la puerta* (1° Ed), Barcelona: Paidós.
- CASCONE, A. (2017) "Debido proceso legal y protección de personas refugiadas y solicitantes de asilo a la luz del caso 'Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia' de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en Eugenia C. Contarini (Coord), *Protección Internacional de Personas Refugiadas*, Revista Jurídica de Buenos Aires, Año 42, N° 95, pp. 205-227.
- CHETAIL V. (2019), *International Migration Law*, Cambridge: Cambridge Press University.
- DAUVERGNE C (2004), *Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times*, Modern Law Review, Vol. 67 N° 4 588-615.
- DAUVERGNE, C. (2009) *Making People Illegal. What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- DAUVERGNE, C. (2016), *The New Politics of Immigration and the end of Settler Societies*, Cambridge: Cambridge University Press.
- EDGE M. (2009), *Athens and the expectrum of liberty*, History of Political Thought, Vol. 30, N° 1, pp. 1-45.
- GARTLAND, J, NEYTS, K, DE GUCHTENEIRE, P, DE LOMBAERDE, P, PÉCOUD A, AND NITA, S (2017) "Migration, Free movement and Regional Integration: concluding remarks", en Sonja Nita, Antoine Pécout, Philippe de Lombaerde, Paul de

LOS ACUERDOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL Y EL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS  
ENTRE ESTADOS ¿UNA ALTERNATIVA SILENCIADA EN UN MUNDO AMURALLADO?

Guchteneire, Kate Neyts y Joshua Gartland (eds.), *Migration, Free Movement and Regional Integration*, Paris: UNESCO, 428-430.

GENE E. (2015), *Advances Made and Potential Benefits of the OECS Free Movement Regime*, OECS Business Focus, pp. 10-11.

GONZALEZ MORALES, F. (2021) *Report on means to address the human rights impact of pushbacks of migrants on land and at sea*, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, U.N. Doc. A/HRC/47/30. <https://undocs.org/en/A/HRC/47/30>

INGLÉS J.D., (1963) *Study of Discrimination in respect of the Right of Everyone to Leave any country, including his own, and to return to his country*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/220/Rev.1, U.N. Sales N° 64.XIV.2 <https://digitallibrary.un.org/record/683292>

IOM (2017). *Media Coverage on Migration: Promoting a Balanced Reporting. Migration research leaders syndicate in support of the Global Compact on Migration*, Geneva: International Organization for Migrations. <https://publications.iom.int/books/media-coverage-migration-promoting-balanced-reporting>

IOM (2019), *Free Movement of Persons in the Caribbean: Economic and Security Dimensions*, Geneva: International Organization for Migrations [https://publications.iom.int/system/files/pdf/free\\_movement\\_in\\_the\\_caribbean.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/free_movement_in_the_caribbean.pdf)

IOM (2020). *Migration in West and North Africa and across the Mediterranean Trends, risks, development and governance*, Geneva: International Organization for Migrations <https://publications.iom.int/es/node/2469>

KANT, I. (1795), *La Paz Perpetua*, Buenos Aires: Longseller.

KOCHENOV D. (2012), *The Right to leave any country including your own in International Law*, Connecticut Journal of Intl Law, Vol 28 N° 43, pp. 43-71.

MANSELL W. Y OPENSHAW K (2013), *International Law. A critical introduction* (3° Ed.), Oxford: Hart Publishing.

MÁRMORA, L. (2010) *Modelos de gobernabilidad migratoria. La perspectiva política en América del Sur*, REMHU – Revista Interdisciplinaria da Mobilidade Humana, Vol. 18, N° 35, pp. 71-92.

MARTIN, D. (1991), “The Refugee Concept: On definition, Politics and the Careful Use of a Scarce Resource”, en Howard Adelman (ed) *Refugee Policy: Canada and the United States*. Toronto: York Lanes Press, pp. 30-51.

MARTINEZ MONGE, F. (2012) “El asilo como fundamento de la protección de los refugiados”, en Martín Lettieri, *Protección Internacional de los Refugiados en el Sur de Sudamérica*, Buenos Aires, Ed. UNLa,

MELTZER C.E., SCHEMER C., BOOMGAARDEN H.G., STRÖMBÄCK J., EBERL J., THEORIN N. AND HEIDENREICH T., (2017). *Media Effects on Attitudes toward Migration and Mobility in the EU*. REMINDER Project, 1, pp. 1-23.

MIGRATION DATA PORTAL (2021), *Regional Data Overview – South Eastern Asia*. Accesible en: <https://migrationdataportal.org/regional-data-overview/south-eastern-asia>

MUCHMORE A I (2004), *Passports and Nationality in International Law*, U.C. Davis Journal of International Law & Policy, Vol. 10, N° 301, pp. 301-355.

NITA, S., PÉCOUD, A., DE LOMBAERDE, P., NEYTS, K. Y GARTLAND J. (2017) “Migration, Free Movement and Regional Integration: Introduction”, en Sonja Nita, Antoine Pécoud, Philippe de Lombaerde, Paul de Guchteneire, Kate Neyts y Joshua Gartland (eds.), *Migration, Free Movement and Regional Integration*, Paris: UNESCO, pp. xi-xxiii.

OIM (2020) *Tendencias Migratorias en América del Sur*. Informe Migratorio Sudamericano N° 3. Buenos Aires: Organización Internacional para las Migraciones.

ODRIozOLA, I. (2017) “Desplazados sin nombre: dificultades y desafíos en torno a una definición universal de ‘Refugiados climáticos’”, en Eugenia C. Contarini (Coord), *Protección Internacional de Personas Refugiadas*, Revista Jurídica de Buenos Aires, Año 42, N° 95, pp. 87-112.

POPP, K. (2012) ‘Regional processes, law and institutional developments on migration’, en Brian Opeskin, Richard Perruchoud and Jillyanne Redpath-Cross (eds), *Foundations of International Migration Law*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 336-387.

POSNER, E. (2014) *The twilight of Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press.

RIVAS, L. (2017) *Derechos Humanos y Sistema Penal. Migrantes, Refugiados, Apátridas, Resistencia*: Ed. ConTexto.

SMITH R (2009), *Beyond Sovereignty and Uniformity: The Challenges for Equal Citizenship in the Twenty First Century*, Harvard Law Review, Vol. 122 N° 3, pp. 907-936.

SONG S. (2018), *Immigration and Democracy*, Oxford: Oxford Scholarship Online.

TIMES CARIBBEAN (2015) *Four years on since the implementation of the Free Movement of OECS Nationals*. Accesible en: <http://www.timescaribbeanonline.com/four-years-on-since-the-implementation-of-the-free-movement-of-oecs-nationals/>

UNITED NATIONS SPECIAL UNIT ON PALESTINIAN RIGHTS (1978), ‘*The Right of Return of the Palestinian People*’, United Nations. Accesible en: <https://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/805C731452035912852569D1005C1201>

**BREVE ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL MERCOSUR  
PARA CONTENER LA PROPAGACIÓN DE LA PANDEMIA  
Y SU IMPACTO EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL<sup>1</sup>**

Eva Gugelmeier<sup>2</sup> y Leticia Silvetti<sup>3</sup>

---

Fecha de recepción: 2 de julio de 2021

Fecha de aceptación: 9 de agosto de 2021

## **Resumen**

La propagación a escala mundial del virus SARS-CoV-2 ha llevado a la mayoría de los Estados a adoptar medidas excepcionales para contenerla, entre las que se encuentran las restricciones de acceso a sus territorios. Simultáneamente, la existencia de conflictos, crisis humanitarias y múltiples formas de persecución continúa forzando a miles de personas a huir de sus hogares y buscar protección internacional fuera de las fronteras. La tensión entre la necesidad de salvaguardar la salud pública y garantizar el derecho humano al refugio o asilo no ha sido ajena al Mercosur y sus Estados parte han establecido sus propias regulaciones para hacer frente al dilema. No obstante el reconocimiento conjunto del impacto desproporcionado de la pandemia en las personas refugiadas y desplazadas y el compromiso regional con la protección internacional, las

---

<sup>1</sup> Las opiniones incluidas en el presente artículo se expresan a título personal de las autoras y no representan la visión del lugar donde se desempeñan de manera laboral.

<sup>2</sup> Licenciada en Relaciones Internacionales (Universidad de la República [Udelar], Uruguay). Realizó la Diplomatura en Migrantes y Protección de Refugiados (Universidad de Buenos Aires [UBA], Argentina). Actualmente cursando el Diploma de Posgrado en Estudios Internacionales - Sistema Internacional e Integración- (Facultad de Ciencias Sociales, Udelar, Uruguay). Oficial de Elegibilidad en el Servicio Ecuménico para la Dignidad Humana (SEDHU), en Montevideo, Uruguay.

<sup>3</sup> Licenciada en Relaciones Internacionales (Udelar, Uruguay) con el trabajo monográfico de grado *Derechos, oportunidades y experiencias de las mujeres migrantes en Uruguay: Análisis de los instrumentos de derechos humanos desde una perspectiva de género*. Realizó la Diplomatura en Migrantes y Protección de Refugiados (UBA, Argentina) y al día de hoy se encuentra cursando el Diploma Superior en Género y Políticas de la Igualdad (FLACSO, Uruguay). Es Oficial de Elegibilidad en el Servicio Ecuménico para la Dignidad Humana (SEDHU), en Montevideo, Uruguay.

respuestas han sido variadas, en detrimento del derecho humano al refugio, evidenciándose la ausencia de una postura común como bloque.

*Palabras clave:* Mercosur, Covid-19, derecho al refugio, acceso al territorio, protección internacional.

**Title:** Brief analysis of the measures taken by Mercosur to contain the spread of the pandemic and their impact on international protection

### **Abstract**

The worldwide spread of the SARS-CoV-2 virus has led most States to adopt exceptional measures to contain it, including restrictions on access to their territories. Simultaneously, the existence of conflicts, humanitarian crises and multiple forms of persecution continues to force thousands of people to flee their homes and seek international protection across borders. The tension between the need to safeguard public health and guarantee the human right to asylum has not been alien to Mercosur and its Member States have imposed its own regulations to deal with the dilemma. Despite joint recognition of the disproportionated impact of the pandemic on refugees and displaced persons and the regional commitment with international protection, responses have been varied, to the detriment of the human right to asylum, evidencing the absence of a common position as a bloc.

*Keywords:* Mercosur, Covid-19, right to seek asylum, access to territory, international protection.

### I. Introducción

Al culminar el año 2020, alrededor de 26,4 millones de personas a nivel mundial tenían el estatuto de refugiadas según las estadísticas difundidas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, 2021a), en adelante ACNUR. Además, la cantidad de personas refugiadas en América superó las 650.000, la población venezolana desplazada hacia distintos países de la región fue de 3.8 millones y el desplazamiento forzado desde los países

del Triángulo Norte de Centroamérica (El Salvador, Guatemala y Honduras) aumentó en unas 80.000 personas en comparación con el 2019 (ACNUR, 2021a).

Al mismo tiempo, desde finales de 2019 y hasta hoy en día, la propagación a escala mundial del virus SARS-CoV-2 que causa la enfermedad infecciosa denominada Covid-19, ha generado un escenario global inédito y en el que prima la incertidumbre, que ha impulsado a la mayoría de los Estados del mundo a adoptar, en el ejercicio del atributo de soberanía, medidas excepcionales tendientes a contener dicha propagación. Entre las medidas más generalizadas se encuentran la prohibición o restricción de acceso a sus respectivos territorios y la exhortación u obligación de permanecer en el hogar, que en muchos casos han amenazado o implicado la suspensión del derecho al refugio. En un contexto tal, es crucial que los Estados garanticen el acceso a este derecho dado que las estadísticas confirman que persiste la necesidad de buscar protección internacional debido a la existencia de conflictos, crisis humanitarias y múltiples formas de persecución y que esta necesidad convive con nuevos desafíos emergentes.

En el reconocimiento y en la regulación del derecho al asilo o al refugio<sup>4</sup> convergen disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de carácter universal<sup>5</sup> y regional<sup>6</sup>, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Refugiados<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> En el presente artículo serán utilizados indistintamente los términos de refugio y de asilo. Para profundizar en el debate en el ámbito interamericano, ver Arbuet-Vignali, H. (2005).

<sup>5</sup> Como lo es el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

<sup>6</sup> A modo de ejemplo, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

<sup>7</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo Facultativo de 1967.

En el continente americano en particular, el asilo ha sido regulado por instrumentos regionales de Derecho Internacional de larga data<sup>8</sup> y reconocido en aquellos sobre derechos humanos<sup>9</sup>, complementando y fortaleciendo a la normativa internacional para la protección de refugiados (MURILLO, 2011: p. 67). En este sentido, los países de la región adoptaron en 1984 la Declaración de Cartagena que, aunque carente de fuerza vinculante, aboga por una ampliación de la definición de persona refugiada contenida en los instrumentos universales, que ha sido incluida en la normativa interna de la mayoría de los países de América Latina (MURILLO, 2011: p. 55).

Frente a estas cuestiones de naturaleza global, la cooperación y la coordinación de acciones entre Estados cobran un papel fundamental en la búsqueda y en el otorgamiento de respuestas. En el ámbito regional, la identificación de necesidades, objetivos y oportunidades propicias para la cooperación es usualmente más sencilla (SETARO, GARCIA & NOGUEIRA, 2019). En este sentido, los procesos de integración regional se convierten en una plataforma para el debate y diseño de respuestas comunes ante situaciones de alcance mundial como la protección internacional.

El presente artículo tiene como objetivo describir las medidas adoptadas ante la situación sanitaria mundial, por parte de los Estados Parte del Mercado Común del Sur, en adelante Mercosur, en términos de acceso al territorio y al procedimiento de solicitud de la condición de persona refugiada, a la luz de sus compromisos en materia de protección internacional. A pesar de los hitos del bloque en la materia, las decisiones de los Estados evidencian la ausencia de un accionar común en el actual contexto excepcional. A su vez, se muestra el

---

<sup>8</sup> Tales como en el Tratado de Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1889), la Convención sobre Asilo (La Habana, 1928), Convención sobre Asilo Político (Montevideo, 1933), el Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos (Montevideo, 1939), el Tratado sobre Derecho Penal Internacional (Montevideo, 1940), la Convención sobre Asilo Territorial (Caracas, 1954) y la Convención sobre Asilo Diplomático (Caracas, 1954).

<sup>9</sup> Tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

impacto de dichas medidas en el derecho a solicitar refugio, a partir de las estadísticas disponibles sobre nuevas solicitudes durante los años 2019 y 2020.

## II. Mercosur y protección internacional: hitos institucionales

El Mercosur es un proceso de integración regional conformado por la República Argentina (Argentina), la República Federativa del Brasil (Brasil), la República del Paraguay (Paraguay), la República Oriental del Uruguay (Uruguay) y la República Bolivariana de Venezuela (que se encuentra suspendida desde el año 2017<sup>10</sup>), con el objetivo de conformar un mercado común. A su vez, tiene como Estados Asociados al Estado Plurinacional de Bolivia (en proceso de adhesión), las Repúblicas de Chile, Perú, Ecuador, Colombia y Surinam y la República Cooperativa de Guyana. Se fundó con el Tratado de Asunción de 1991 que entre sus lineamientos de acción establece:

“- La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países. (...)

- El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración” (Tratado de Asunción, 1991, art. 1).

En este sentido, la libre circulación de factores productivos debe leerse como la libre circulación de trabajo y por ende de personas migrantes, que, en sentido amplio significa el derecho a transitar, residir y establecerse, el acceso a los mercados de trabajo y el reconocimiento de los demás derechos en igualdad con las personas nacionales del Estado receptor (BELLO, 2015: p. 26).

A pesar del énfasis comercial de la agenda original (BIANCULLY & RIBEIRO, 2016: p. 14-15), la dimensión social de la integración cobró mayor relevancia a

---

<sup>10</sup> Esto implica la suspensión en cuanto a sus derechos y obligaciones como Estado Parte, de acuerdo al artículo 5 del Protocolo de Ushuaia. Para este trabajo, no será contemplado en el análisis.

comienzos del siglo XXI, evidenciada en el aumento de la producción de normativas sociales (SETARO *et al.*, 2019). Enmarcado en esta dimensión y crucial para la consecución de los objetivos del bloque, se adoptó en el año 2002 el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur, que entró en vigencia en 2009<sup>11</sup> y promueve la profundización del proceso de integración regional al proponer una armonización de legislaciones nacionales en materia migratoria y procurando requisitos comunes para la tramitación de permisos de residencia entre nacionales de los Estados miembros (Acuerdo sobre Residencia, 2002, artículo 4).

A pesar de estas herramientas que hacen referencia a la movilidad de las personas, no se incluyen en los instrumentos internos y vinculantes que constituyen al Mercosur, referencias explícitas a la protección internacional ni a las personas refugiadas (BELLO, 2015: p. 43). Por el contrario, el derecho a solicitar y recibir protección es reconocido en algunas declaraciones que se constituyen como principios o bases de actuación, pero no tienen carácter mandatorio (BELLO, 2015: p. 45). Los hitos en este sentido los constituyen la Declaración de Río de Janeiro sobre la Institución del Refugio (2000) en la que se reconoce la conveniencia de armonizar los procedimientos en la materia, la Declaración de Santiago (2004) y la Declaración de Principios del Mercosur sobre Protección Internacional de los Refugiados (2012) en la que se declara a la región como un espacio humanitario de protección acuñando el concepto de extraterritorialidad:

"Que los Estados Parte del MERCOSUR y Asociados no aplicarán a quien haya sido reconocido como refugiado por cualquiera de las Partes, medidas de retorno forzado a un país donde su vida, libertad o integridad física estén amenazadas por alguna de las razones mencionadas en el párrafo anterior" (Declaración de Fortaleza, 2012).

---

<sup>11</sup> Para la adopción de las normas del bloque se requiere el consenso entre los Estados parte y la incorporación de dichas normas al ordenamiento jurídico interno de cada uno de ellos es necesaria para su entrada en vigor, según los artículos 37 y 40 del Protocolo de Ouro Preto de 1994.

Por su parte, cada Estado Parte ha asumido otros compromisos internacionales en materia de protección de población refugiada, que permiten inferir similares aspiraciones. A modo de ejemplo, podemos citar a la Declaración y Plan de Acción de Brasil (2014) y al Pacto Mundial sobre Refugiados (2018).

En cuanto al primero, resulta relevante el rol asignado a la cooperación regional y la mención a procesos como el Mercosur, reconociendo sus antecedentes en la materia como el Foro Especializado Migratorio (FEM), las Conferencias Suramericanas de Migraciones (CSM) y otras consultas regionales (Plan de Acción de Brasil, 2014: p. 18, 19).

Todos los instrumentos a los que los Estados Parte del Mercosur han adherido y comprometido, sean vinculantes o no, responden a lo que se conoce como gobernanza global y regional para la protección de las personas refugiadas. La gobernanza implica una dinámica de reflexión, deliberación e intercambio de experiencias entre actores locales, nacionales, internacionales y transnacionales “con el fin de favorecer las sinergias y reforzar la coherencia” de las políticas adoptadas (WIHTOL DE WENDEN, 2013: p. 160). En particular, esta gobernanza ha influido en la adopción de legislaciones propias para reconocer el derecho de las personas al refugio y para determinar el procedimiento de acceso al mismo.

### **III. Acceso al territorio de los Estados Parte del Mercosur en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19**

Todos los Estados parte del Mercosur declararon la emergencia sanitaria nacional en distintos momentos, entre diciembre de 2019 y marzo de 2020<sup>12</sup>. Desde entonces y hasta la actualidad, han impuesto restricciones de ingreso a sus territorios, las que han sido modificadas en reiteradas oportunidades atendiendo al control de la situación sanitaria en su interior y a la aparición de

---

<sup>12</sup> Las autoridades argentinas decretaron la emergencia sanitaria en diciembre de 2019, la cual ha sido prorrogada en dos ocasiones, abarcando hasta el 31 de diciembre del año 2021 (Decreto N° 260/2020; Decreto N° 167/21). En el caso de Brasil, esto ocurrió en febrero de 2020 (Ley N° 13.979, 2020); en Uruguay, el 13 de marzo de 2020 (Decreto N° 093/020) y en Paraguay, el 16 de marzo de 2020 (Decreto N° 3456).

nuevas variantes del virus, como se evidencia en los textos de las normas jurídicas adoptadas a tales efectos. La consideración de aquellas personas con necesidad de protección internacional al decretar estas medidas, no fue extendida entre los miembros del bloque.

Las autoridades argentinas establecieron, el 16 de marzo de 2020, la prohibición de ingreso al territorio por 15 días (Decreto N° 274/2020), que se ha ido renovando desde entonces<sup>13</sup>. En sus disposiciones no hace referencia a las personas con necesidad de protección internacional.

En el caso de Brasil, mediante ordenanzas interministeriales se prohibió temporalmente el ingreso de personas por sus distintas fronteras terrestres, prorrogable de acuerdo a lo considerado por las autoridades<sup>14</sup>. Las posteriores disposiciones abarcaron la prohibición del ingreso de población extranjera de cualquier nacionalidad, por vías terrestres o acuáticas, por un plazo que se renovó varias ocasiones<sup>15</sup>. Entre sus excepciones no se menciona a las personas solicitantes de refugio, aunque sí se refiere a personas cuyo ingreso sea previamente autorizado por las autoridades debido al interés nacional o por razones humanitarias. No obstante, se advierte que el incumplimiento de las medidas sanitarias implicará la repatriación o deportación inmediata y la inhabilitación de la solicitud de refugio. A partir de diciembre de 2020 se elimina la referencia al plazo de la prohibición de ingreso y se mantiene la excepción señalada<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Decreto N° 274/20, prorrogado, a su vez, por los Decretos N° 331/20, 365/20, 409/20, 459/20, 493/20, 520/20, 576/20, 605/20, 641/20, 677/20, 714/20, 754/20, 792/20, 814/20, 875/20, 956/20, 1033/20, 67/21, 125/21, 168/21, 235/2021 y 287/2021.

<sup>14</sup> A través de la frontera con Venezuela (Ordenanza N° 120, 2020), de los restantes países de la región excepto Uruguay (Ordenanza N° 125, 2020) y desde Uruguay (Ordenanza N° 132, 2020).

<sup>15</sup> A detallar: Ordenanza N° 340, del 30 de junio de 2020; Ordenanza N° 1, del 29 de julio de 2020; Ordenanza N° 419, del 26 agosto de 2020; Ordenanza N° 456 del 24 de septiembre de 2020. Ordenanza N° 470, del 2 de octubre de 2020; Ordenanza N° 478, del 14 de octubre de 2020; Ordenanza N° 518, del 12 de noviembre de 2020.

<sup>16</sup> Ordenanza N° 615, del 11 de diciembre de 2020; Ordenanza N° 630, del 17 de diciembre de 2020; Ordenanza N° 648, del 23 de diciembre de 2020; Ordenanza N° 651, del 8 de enero de 2021; Ordenanza N° 652, del 25 de enero de 2021; Ordenanza N° 653, del 14 de mayo de 2021.

Las autoridades de Paraguay decretaron el cierre parcial y temporal de las fronteras, inhabilitando puestos de control migratorio y reduciendo el ingreso para casos puntuales, entre los que no se señala a las personas con necesidad de protección internacional (Decreto N° 3458/2020, art. 3). Este decreto fue ampliado al día siguiente, añadiendo la restricción para el egreso (Decreto N° 3465, 2020). En setiembre del mismo año se dispuso la apertura parcial y temporal de algunos puestos migratorios (Decreto N° 4026, 2020).

En el caso de Uruguay, el 24 de marzo de 2020 se prohibió el ingreso de población extranjera proveniente de cualquier país<sup>17</sup> con algunas excepciones, entre las que sí se hallan los “casos manifiestamente fundados de protección internacional (...) que deberán ser analizados, caso a caso” (Decreto N° 104/2020, art. 2.g). Esta consideración se mantuvo en el Decreto N° 159/020 del 2 de junio (Decreto N° 159/020). Pese a lo anterior, desde el 21 de diciembre de 2020 hasta el 31 de enero de 2021 inclusive, las fronteras permanecieron cerradas excepto para dos casos puntuales<sup>18</sup> (Ley N° 19.932, 2020, art. 5; Decreto N° 3/021, art. 1). Sin embargo, a mediados de enero de 2021 se autoriza el ingreso de aquellas personas que se amparen en alguna de las excepciones previstas en el artículo 2 del Decreto N° 104/020, en la redacción dada por el Decreto N° 159/020 (Decreto N° 16/021).

#### IV. **Protección internacional y determinación de la condición de persona refugiada en los Estados Parte del Mercosur durante la emergencia sanitaria causada por COVID-19**

El denominado cierre de fronteras detallado con anterioridad estuvo acompañado de otras disposiciones para contener la propagación del SARS-CoV-2 tales como la cuarentena obligatoria por algunos períodos en Argentina o la recomendación de cuarentenas voluntarias de la mano del *home office* como

---

<sup>17</sup> Previo a ello se habían establecido restricciones para personas provenientes de países clasificados como “zonas de alto riesgo” (Decreto N° 094/020).

<sup>18</sup> Ver Ley N° 19.932, 2020, art. 6.

sucedió en Uruguay. Estas medidas significaron la suspensión de la atención al público de manera presencial por las Comisiones o Comité Nacionales de Refugiados (CONARE) o Comisión de Refugiados (CORE) y otras instituciones estatales, lo que obligó a la adopción de mecanismos alternativos para garantizar el acceso al derecho al refugio y a la documentación. Por el momento, no se encuentra información pública sobre cómo se están realizando las entrevistas de elegibilidad, indispensables para la resolución de las solicitudes, en ninguno de los Estados Parte.

### **i. República Argentina**

Con anterioridad a la emergencia sanitaria quienes quisieran solicitar la condición de persona refugiada, podían realizarlo únicamente de manera presencial ante la Secretaría Ejecutiva de la CONARE, ante cualquier delegación de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) incluyendo las autoridades de frontera o ante cualquier otra autoridad nacional, provincial o municipal (Ley N° 26.165, 2006).

Sin embargo, ante la irrupción del COVID-19, se determinó un mecanismo de solicitud de refugio virtual al que se puede acceder mediante la página web de la DNM, donde se debe completar un formulario en línea y adjuntar una nota explicando los motivos por los que solicita protección internacional, además de fotografías de los documentos de identidad que tenga la persona. Tras registrar esta solicitud se envía el certificado de residencia precaria vía correo electrónico, documento con el que la persona puede acceder a servicios públicos y derechos en el país (Solicitar protección internacional como refugiado, s/f; Ayuda para refugiados y solicitantes de refugio ACNUR Argentina, s/f).

### **ii. República Federativa de Brasil**

Previo a la emergencia sanitaria, este Estado ya contaba con un mecanismo electrónico para el inicio del trámite de solicitud de refugio (Solicitar Refúgio pela primeira vez no Brasil, 2021; FAQ - Perguntas Frequentes e Respostas, s/f), por lo que el acceso al mismo no se vio suspendido por la ausencia de vías no presenciales de atención. Para culminar el registro de la

solicitud y recibir el Protocolo de Refugio, un documento de identidad con el que se puede acceder a un permiso laboral y a los servicios públicos del país, la persona sí debe presentarse ante alguna dependencia de la Policía Federal (Ayuda para refugiados y solicitantes de refugio, ACNUR Brasil s/f).

No obstante lo anterior, cabe señalar que en las ordenanzas sobre la prohibición excepcional y temporal de ingreso al territorio, se advierte que el incumplimiento de las medidas sanitarias conlleva a la responsabilidad civil, administrativa y penal; la repatriación o deportación inmediata y la inhabilitación de la solicitud de refugio.

### **iii. República del Paraguay**

En este caso, previo a ser decretada la emergencia sanitaria, las solicitudes del reconocimiento de la condición de persona refugiada se realizaban ante la Secretaría Ejecutiva de la CONARE o de las instituciones migratorias en frontera de manera presencial. Tras la llegada del virus SARS-CoV-2, la modalidad virtual para el inicio de este procedimiento se convirtió en la única vía, para lo que se requiere completar un formulario, expresar las razones por las que salió de su país y presentar un documento de identidad nacional (GONZÁLEZ, 2020, Ayuda para refugiados y solicitantes de refugio ACNUR Paraguay, s/f).

Tras solicitar la condición de persona refugiada, la persona recibe una constancia de solicitante de refugio que permite la identificación, trabajar y acceder a servicios públicos esenciales como salud y educación (Ayuda para refugiados y solicitantes de refugio ACNUR Paraguay, s/f).

### **iv. República Oriental del Uruguay**

Históricamente, las distintas instancias del proceso de determinación de la condición de persona refugiada han sido presenciales ante el Ministerio de Relaciones Exteriores (MRREE), ante el Servicio Ecuménico para la Dignidad Humana (SEDHU) o ante Inspectorías de la DNM en los puntos fronterizos

(instituciones parte de la Secretaría Permanente de la CORE) (Ayuda para refugiados y solicitantes de refugio ACNUR Uruguay, s/f).

En el contexto actual se impulsó un mecanismo electrónico de recepción de solicitudes de refugio en Montevideo (MRREE y SEDHU) mientras que las Inspectorías de DNM continúan con atención presencial (Ayuda para refugiados y solicitantes de refugio ACNUR Uruguay, s/f).

#### **V. Las medidas adoptadas por los Estados parte del Mercosur en el marco de la emergencia sanitaria y su impacto en el derecho al refugio**

En base a lo anteriormente expuesto es posible afirmar que las medidas adoptadas por los Estados parte del Mercosur como reacción a la situación sanitaria, en lo que respecta a las restricciones de ingreso a sus respectivos territorios y acceso al procedimiento de reconocimiento de la condición de persona refugiada<sup>19</sup>, no han sido fruto de la coordinación entre los países del bloque. La información disponible al público no revela la existencia de instancias para la armonización de las medidas en este ámbito a pesar de haber reconocido que la pandemia causada por el Covid-19 puede profundizar las desigualdades socio-económicas de las personas refugiadas y desplazadas<sup>20</sup> y el compromiso asumido a fortalecer políticas públicas para revertir esos efectos (Declaración de Asunción de la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos en el MERCOSUR sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en Situación de Pandemia Covid-19, 2020). Esta unilateralidad se visualiza en la variedad de medidas adoptadas para restringir la movilidad y el acceso a los territorios, destacándose que la mayoría han impuesto restricciones que no contemplan la situación de las personas con necesidad de protección internacional.

---

<sup>19</sup> Al respecto y a modo de ejemplo, es importante destacar que el Mercosur sí ha coordinado acciones para el diagnóstico y seguimiento epidemiológico del virus (Mercosur, 2020).

<sup>20</sup> Declaración de Asunción de la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos en el MERCOSUR sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en Situación de Pandemia Covid-19 en ocasión de la XXXV Reunión Plenaria de la RAADDHH y Estados Asociados - 5 de junio de 2020.

Cuando se trata de la adaptación de acceso al procedimiento de solicitud de refugio, se observa una coincidencia en el accionar de los Gobiernos hacia vías electrónicas.

### **i. Impacto en el derecho al refugio**

La evaluación de la totalidad de los impactos que han tenido y aún tienen las medidas referidas en las secciones anteriores es una tarea compleja y ambiciosa que excede el objetivo del presente trabajo. Partiendo de esta base, el análisis a continuación se focalizará en los siguientes aspectos cuantitativos y cualitativos: número de nuevas solicitudes de asilo registradas en los años 2019 y 2020 y principales nacionalidades y países de origen de las solicitudes recibidas por los Estados Parte del Mercosur.

En cuanto al primer punto, los datos proporcionados por el ACNUR muestran una disminución significativa de las nuevas solicitudes de refugio formalizadas en los países del Mercosur en el año 2020 en comparación con el año anterior, tal y como se visualiza en la Tabla N°1. Excepto en el caso de Paraguay, que durante 2020 registró una mayor cantidad de solicitudes, los demás Estados del bloque recepcionaron entre el 53% y 76% menos de solicitudes que en 2019.

Tabla N° 1: Número de nuevas solicitudes de asilo registradas por los Estados Parte del Mercosur en los años 2019 y 2020

País de asilo	Nuevas solicitudes de asilo formalizadas		Variación interanual (%)
	2019	2020	
Argentina	3.172	1.501	-53%
Brasil	82.467	22.565	-73%
Paraguay	1.071	1.439	34%
Uruguay	12.222	2.932	-76%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Refugee Data Finder de ACNUR (s/f).

La ausencia de la consideración de las personas con necesidad de protección internacional en las normas que disponen sobre la prohibición de ingreso al territorio en el actual contexto, se presenta como uno de los factores que puede explicar esta disminución. Tomando en cuenta esto y el hecho de que una gran cantidad de personas se ven forzadas a abandonar sus hogares a pesar de la parálisis mundial, se deduce que la irregularidad generada por esta situación ha mermado el derecho al refugio.

Asimismo, estas restricciones provocaron una disminución generalizada de la movilidad mundial. Así, muchas personas no pudieron salir de sus países de origen cuando de no estar vigentes dichas restricciones, se hubiesen trasladado a otro país en busca de asilo, dada la persistencia de situaciones que motivan el desplazamiento (ACNUR, 2021a). En la misma línea, otras personas pueden haber permanecido varadas en un país de tránsito por la imposición imprevista de las restricciones de circulación (CEAR, 2020). Por otro lado, las restricciones a la movilidad también impactan negativamente en las tres soluciones tradicionales para la protección de la población refugiada (reasentamiento, repatriación voluntaria e integración local). En particular, fueron suspendidos de manera temporal, los traslados de reasentamiento lo que afectó de manera grave a estas personas (OIM y ACNUR anuncian la suspensión temporal de los viajes para el reasentamiento de las personas refugiadas, 2020; ACNUR, 2021a).

En el caso concreto de Uruguay, a diferencia de los demás países del bloque, la necesidad de protección internacional sí fue considerada en las disposiciones el cierre de fronteras, haciendo referencia a “casos manifiestamente fundados de protección internacional” que serán “analizados caso a caso”. Al respecto, conviene destacar que no se explicita qué se entiende como tales ni se desarrolla el procedimiento para su análisis. De todas formas, aún bajo esta consideración, se evidencia un considerable descenso en la cantidad de solicitudes de refugio que puede responder al hecho de que parte de las solicitudes de refugio sean infundadas (permitiendo el rechazo del ingreso de esas personas), pero también a las restricciones de acceso a los territorios

de los países de la región que usualmente son países de tránsito para los solicitantes de refugio en Uruguay (RIVERO, S. (COORD.), 2020).

Las decisiones de las autoridades relativas al control de sus fronteras deben analizarse a la luz de los compromisos en materia de derechos humanos y derechos de los refugiados. El impedimento de formalizar una solicitud de refugio priva a la persona de su derecho humano a solicitarlo y a ser beneficiaria de la protección internacional. Partiendo de la base de que el otorgamiento del estatuto de refugiada a una persona implica el reconocimiento de que ha abandonado el país de su nacionalidad o residencia habitual, por fundados temores de ser perseguida por determinados motivos y que por estos no puede o no quiere acogerse a la protección de su país; o que ha huido de su país porque su vida, seguridad o libertad resultan amenazadas por circunstancias como violencia generalizada, agresión u ocupación extranjera, terrorismo, conflictos internos y la violación masiva de los Derechos Humanos, obstaculizar el acceso al procedimiento supone su desprotección.

El hecho de que una persona necesite protección internacional significa que el Estado de su nacionalidad o residencia habitual no puede garantizar su integridad física, seguridad y el consecuente acceso a derechos humanos fundamentales como la vida, trabajo, educación, salud, entre otros. Por lo tanto, ante esta omisión o incapacidad del Estado de nacionalidad o residencia habitual, surge una responsabilidad moral de la comunidad internacional de protegerla. En este sentido, el acceso al procedimiento de la condición de persona refugiada es fundamental tanto para protegerla de aquello que amenaza su vida, seguridad y/o libertad como para el goce de otros derechos fundamentales que no puede disfrutar en su Estado.

Por su parte, uno de los derechos inherentes a la protección internacional es el derecho a la no devolución al territorio del Estado donde la integridad física o libertad de la persona corran peligro. Este derecho se encuentra reconocido

en la Convención sobre el Estatuto del Refugiado<sup>21</sup> y demás instrumentos regionales y nacionales en la materia (Convención sobre el Estatuto del Refugiado, 1951, art. 33). El Estado de asilo es responsable por el cumplimiento de este principio que constituye, a su vez, una norma del derecho internacional consuetudinario, por lo que su cumplimiento es obligatorio aun cuando no se haya ratificado esta Convención (ACNUR, 2001). A propósito, preocupa que, en las ordenanzas interministeriales de Brasil, se expresa que el incumplimiento de las medidas sanitarias implicará la repatriación o deportación inmediata y la inhabilitación de la solicitud de refugio<sup>22</sup>. En este sentido, el ACNUR emitió un mensaje clave en marzo de 2020 acerca del desafío de encontrar un equilibrio entre la obligación de cuidar la salud y garantizar el derecho a la no devolución y al refugio (ACNUR, 2020a).

Otro aspecto relevante a tomar en cuenta para evaluar el impacto de las restricciones de acceso al territorio de los Estados Parte, es la consideración de los países de origen de los que provienen la mayor parte de sus solicitantes de refugio.

---

<sup>21</sup> Artículo 33.1. 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 (Convención sobre el Estatuto del Refugiado, 1951, art. 33).

<sup>22</sup> Ver ordenanzas a las que se hizo referencia en la sección anterior.

Tabla N° 2: Principales nacionalidades y países de origen de las solicitudes de refugio recibidas por los Estados Parte del Mercosur en los años 2019 – 2020

País de asilo	País de origen	Nº de nuevas solicitudes de asilo en 2019	País de origen	Nº de nuevas solicitudes de asilo en 2020
Argentina	1° Venezuela	2.157	1° Venezuela	1.159
	2° República Dominicana	196	2° Bolivia	65
	3° Cuba	188	3° Cuba	56
	4° Senegal	98	4° Colombia	44
	5° <del>Haití</del>	86	5° República Dominicana	31
	<b>Subtotal</b>	2.725	<b>Subtotal</b>	1.355
	<b>Tot. de solicitudes nuevas</b>	3.172	<b>Tot. de solicitudes nuevas</b>	1.501
Brasil	1° Venezuela	48.456	1° Venezuela	12.865
	2° Haití	19.169	2° Haití	6.385
	3° Cuba	7.868	3° Cuba	1.044
	4° China	1.273	4° China	329
	5° Bangladesh	701	5° Bangladesh	240
	<b>Subtotal</b>	77.467	<b>Subtotal</b>	20.863
	<b>Tot. de solicitudes nuevas</b>	82.467	<b>Tot. de solicitudes nuevas</b>	22.565
Paraguay	1° Venezuela	649	1° Venezuela	1.288
	2° Cuba	382	2° Cuba	113
	3° Colombia	15	3° Colombia	22
	<b>Subtotal</b>	1.046	<b>Subtotal</b>	1.423
	<b>Tot. de solicitudes nuevas</b>	1.071	<b>Tot. de solicitudes nuevas</b>	1.439
Uruguay	1° Cuba	10.853	1° Cuba	2.215
	2° Venezuela	507	2° Venezuela	398
	3° Senegal	388	3° República Dominicana	100
	4° República Dominicana	193	4° Bangladesh	89
	5° Bangladesh	65	5° Colombia	36
	<b>Subtotal</b>	12.006	<b>Subtotal</b>	2.838
	<b>Tot. de solicitudes nuevas</b>	12.222	<b>Tot. de solicitudes nuevas</b>	2.932

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Refugee Data Finder de ACNUR (s/f).

En base a la información disponible, es posible observar algunas tendencias comunes en cuanto a los principales orígenes de la población que solicita ser reconocida como refugiada en la región: los países de origen de la mayor parte de las personas que formalizaron sus solicitudes de refugio en 2019 y 2020 en cada uno de los Estados analizados, tienden a coincidir; Venezuela y Cuba se mantienen como países de origen de gran parte de la población que busca asilo en la región en ambos años y Colombia aparece en el listado como uno de los principales países de origen en las nuevas solicitudes de 2020. Además, a grandes rasgos y pese al descenso en la cantidad de solicitudes formalizadas, los principales orígenes se mantienen igual en 2019 y en 2020.

Resulta pertinente realizar especial referencia a la situación de las personas de nacionalidad venezolana, que se constituye como el principal país de origen de las solicitudes de refugio recibidas por los Estados Parte del bloque, a excepción de Uruguay<sup>23</sup> (Refugee Data Finder de ACNUR, s/f). De acuerdo a organizaciones internacionales como el ACNUDH y ONGs como Amnistía Internacional, la situación humanitaria y socio-económica que atraviesa Venezuela ha provocado que el desplazamiento sea una alternativa para mejorar la calidad de vida de las personas de esta nacionalidad (ACNUDH, 2019<sup>24</sup>; Amnistía Internacional, 2020). El desplazamiento de la población venezolana constituye un desafío para los Estados miembros del Mercosur, por lo que, la cercanía con esta situación puede requerir una respuesta coordinada, aun en mayor medida en el contexto actual.

Por otra parte, se observa que gran parte de las solicitudes de refugio recibidas por los Estados Parte del bloque corresponden a personas cuyo país de origen no es fronterizo con el país de asilo. En este sentido, las personas deben atravesar varios territorios para llegar a los países de acogida y ante el

---

<sup>23</sup> De todas formas, en Uruguay, Venezuela constituye el principal país de origen de la población reconocida como refugiada en el país (ACNUR, 2020b).

<sup>24</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe A/HRC/41/18, Venezuela: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela, 4 de julio de 2019.

aumento de restricciones a la movilidad, es posible inferir que el traslado se ha visto dificultado, incluso por aquellas regulaciones que limitan el transporte internacional.

## VI. Conclusiones

Los Estados Parte del Mercosur han adoptado diversos instrumentos internacionales y regionales que demuestran la existencia de una postura común sobre la necesidad de garantizar la protección internacional a aquellas personas que así lo requieren. Sin embargo, estos compromisos asumidos de manera unilateral por cada Estado, junto a la falta de instrumentos vinculantes en la materia elaborados en el ámbito del Mercosur, permiten inferir la poca relevancia que tiene la protección internacional en la agenda del bloque en comparación con otros asuntos. En este sentido, se considera que no debe perderse el eje de que “[d]iscutir temas humanitarios en un foro regional de carácter político permite abarcar su problemática desde una perspectiva más amplia”, dándole la importancia que merece (MURILLO, 2011: p. 66).

La irrupción del SARS-CoV-2 en los países de la región impulsó a los Estados a imponer restricciones al ingreso a sus territorios, que han modificado en reiteradas oportunidades atendiendo al control de la situación sanitaria en su interior y a la aparición de nuevas variantes del virus, como se evidencia en los textos de las normas jurídicas adoptadas a tales efectos. De manera contraria a lo esperado de un proceso regional, las medidas de los Estado partes del Mercosur fueron muy variadas entre sí, en particular respecto al acceso al territorio y las excepciones para ello, dado que no todos consideraron a las personas con necesidad de protección internacional entre ellas.

Aun reconociendo la relevancia del cuidado de la salud pública y la necesidad de accionar en esa dirección, se entiende que imponer estas medidas sin excepciones resulta incompatible con la prevalencia de situaciones que causan el desplazamiento forzado, pudiendo dar lugar a la denegación de una oportunidad efectiva de solicitar asilo y a la devolución (ACNUR, 2020a;

Organización Internacional para las Migraciones [OIM], 2020; Comité sobre los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Organización de Naciones Unidas [ONU] & Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU, 2020; Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH], 2020).

La tensión entre las dos cuestiones señaladas anteriormente se visualizó tanto en las normas adoptadas como en la gran disminución de las solicitudes de la condición de refugiado en tres de cuatro Estados Parte del bloque. Es importante destacar que esta disminución también puede explicarse por la baja de la movilidad regional e internacional a causa de la pandemia, que dificulta o impide la salida de las personas de sus respectivos países de origen o de aquellos en los que se encontraban en tránsito.

Por otro lado, la llegada del Covid-19 a la región ha desafiado a las instituciones estatales y no estatales que encontraban en la presencialidad la principal vía de atención a la población. La adopción de alternativas remotas y virtuales permitió el acceso al procedimiento de la condición de persona refugiada a aquellas que ya se encontraran dentro de los territorios de los Estados. La modalidad virtual presenta ventajas como la posibilidad de que personas que no pueden desplazarse largas distancias, sea por la situación de pandemia o por otro tipo de razones, puedan de todas formas gozar de su derecho.

Las particularidades de cada Estado miembro, las consecuencias de la pandemia al interior de cada uno de ellos y sus dinámicas de movilidad, pueden explicar la ausencia de una respuesta única y conjunta por parte del Mercosur. Sin embargo, ante el impacto regional de la situación y tomando en cuenta los antecedentes de trabajo en materia de protección internacional en el ámbito del Mercosur, sería deseable el establecimiento de estándares mínimos de protección a considerar por los Estados al imponer las medidas a las que se ha hecho referencia, revirtiendo así la vulneración del derecho al refugio.

Si una persona no puede recibir la protección de su propio Estado, no podrá ejercer sus derechos básicos, por lo que la protección internacional constituye, también, la puerta de entrada al goce de derechos fundamentales que construyen la dignidad de las personas.

## VII. Bibliografía

Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile. Fecha de publicación: 09/12/2002. Accesible en: <https://www.mercosur.int/ciudadanos/residir/>

Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa de la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020 (2020) Organización Mundial de la Salud. Accesible en: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2020) Human Rights at the Heart of Response. COVID-19 and the human rights of migrants: guidance. Accesible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHRGuidance\\_COVID19\\_Migrants.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/OHCHRGuidance_COVID19_Migrants.pdf)

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2001) Guía sobre el Derecho Internacional de los Refugiados. Guía práctica para parlamentarios número 2. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8951.pdf>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2020a) La crisis de COVID-19: Mensajes claves de protección. Accesible en: <https://www.refworld.org.es/topic,57f5047278,57f50919a9,5e9203dd4,0,,POSITIION,.html>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2020b) Anual statistical Fact Sheet. Accesible en: [https://www.acnur.org/op/op\\_fs/60dcf6314/unhcr-uruguay-fact-sheet-december-2020.html](https://www.acnur.org/op/op_fs/60dcf6314/unhcr-uruguay-fact-sheet-december-2020.html)

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2020c) Consideraciones procedimentales clave para la participación remota de solicitantes de asilo en la entrevista de determinación de la condición de refugiado. Accesible en: <https://www.refworld.org.es/publisher,UNHCR,THEMGUIDE,,5efe72264,0.html>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2021a) Tendencias Globales. Desplazamiento Forzado en 2020. Accesible en: <https://www.acnur.org/60cbddfd4>

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2021b) Protección de personas apátridas y refugiadas. Progresos y desafíos a 30 años de la creación del Mercosur. Accesible en: <https://www.refworld.org.es/docid/60d51b2b4.html>

Amnistía Internacional (2020) La situación de los derechos humanos en las Américas: Informe Anual 2019. Accesible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR0113532020SPANISH.PDF>

ARBUET-VIGNALI, H. (2005). *Asilo y Refugio. Concepto, Naturaleza y Vínculos con la Soberanía*. En H. Arbuet-Vignal, F. Urioste Braga, W. Fernandez Luzuriaga & A. M. Pastorino, Estudios sobre los Institutos de Asilo y Refugio (pp. 45-64). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Ayuda para refugiados y solicitantes de asilo (s/f) ACNUR Argentina. Accesible en: <https://help.unhcr.org/argentina/como-solicitar-la-condicion-de-refugiado/>

Ayuda para refugiados y solicitantes de refugio (s/f) ACNUR Brasil. Accesible en: <https://help.unhcr.org/brazil/es/solicitando-la-condicion-de-refugiado-residente-o-la-naturalizacion/>

Ayuda para refugiados y solicitantes de refugio (s/f) ACNUR Paraguay. Accesible en: <https://help.unhcr.org/paraguay/personas-refugiadas-en-paraguay/solicitar-la-condicion-de-refugiado-a-en-paraguay/>

Ayuda para refugiados y solicitantes de refugio (s/f) ACNUR Uruguay. Accesible en: <https://help.unhcr.org/uruguay/personas-refugiadas-en-uruguay/solicitar-la-condicion-de-refugiado-a-en-uruguay/>

BELLO, J. (2015). *El MERCOSUR y la protección internacional: la aplicabilidad de las políticas migratorias regionales a la luz del Derecho Internacional de los Refugiados*. Informe de la Consultoría del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. PROCESO CARTAGENA+30. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10216.pdf>

BIANCULLY & RIBEIRO (2016) en SETARO, M. GARCIA, C. NOGUEIRA, V. (2019). *Dimensión Social del MERCOSUR. Avances en la constitución de una ciudadanía regional*, p. 14-15. Accesible en: [https://www.researchgate.net/publication/337032684 Dimension Social del MERCOSUR Avances en la constitucion de una ciudadania regional](https://www.researchgate.net/publication/337032684_Dimension_Social_del_MERCOSUR_Avances_en_la_constitucion_de_una_ciudadania Regional)

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (2020) Situación de las personas en necesidad de protección internacional ante la COVID-19. Accesible en: [https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/06/Informe-COVID\\_web.pdf](https://www.cear.es/wp-content/uploads/2020/06/Informe-COVID_web.pdf)

Comité sobre los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la ONU & Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU (2020) *Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del COVID-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes*. Accesible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/GUIDANCE%20NOTE%20SPANISH.pdf>

Convención de Viena sobre el Estatuto de los Refugiados. Fecha de publicación: 28/07/1951. Accesible en: <https://www.acnur.org/5b0766944.pdf>

Declaración de Asunción de la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos en el MERCOSUR sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos en Situación de Pandemia Covid-19. Fecha de publicación: 28/07/2020. Accesible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/declaracion-de-asuncion-de-la-reunion-de-altas-autoridades-sobre-derechos-humanos-en-el->

[mercosur-sobre-la-promocion-y-proteccion-de-los-derechos-humanos-en-situacion-de-pandemia-covid-19/](#)

Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Fecha de publicación: 22/11/1984. Accesible en: <https://www.acnur.org/5b076ef14.pdf>

Declaración de Fortaleza sobre Principios del Mercosur sobre Protección Internacional de los Refugiados. Fecha de publicación: 23/11/2012. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9079.pdf>

Declaración de Río de Janeiro sobre la Institución del Refugio. Fecha de publicación: 10/11/2000. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0011.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/0011>

Declaración Universal de Derechos Humanos. Fecha de publicación: 10/12/1948. Accesible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/#:~:text=Art%C3%ADculo%2014.&text=En%20caso%20de%20persecuci%C3%B3n%20toda,de%20%C3%A9l%20en%20cualquier%20pa%C3%ADs.&text=Este%20derecho%20no%20podr%C3%A1%20ser,principios%20de%20las%20Naciones%20Unidas>

Decreto N° 102/020 Autorización del ingreso al país de ciudadanos uruguayos y extranjeros residentes en el país provenientes del exterior quedando sujetos a las medidas sanitarias establecidas en el Decreto 93/020. Fecha de publicación: 25/03/2020. Accesible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/102-2020>

Decreto N° 104/020 Autorización del ingreso al país únicamente de ciudadanos uruguayos y extranjeros provenientes del exterior. Fecha de publicación: 30/03/2020. Accesible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/104-2020>

Decreto N° 159/020 Modificación del art. 2° del decreto 104/02, relativo al ingreso al país únicamente de ciudadanos uruguayos y extranjeros residentes provenientes del exterior. Fecha de publicación: 10/06/2020. Accesible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/159-2020>

Decreto N° 16/021 Autorización de ingreso al país de personas que se amparen en alguna de las excepciones previstas en el art. 2 del Decreto 104/020, relativo a ciudadanos uruguayos y extranjeros residentes. Fecha de publicación: 13/01/2021. Accesible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/16-2021>

Decreto N° 195/020 Fijación de requisitos para el ingreso y egreso al país de personas, sean nacionales o extranjeras por cualquier medio, aéreo, marítimo o terrestre. Fecha de publicación: 21/07/2020. Accesible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/195-2020>

Decreto N° 260/2020 Emergencia Sanitaria. Fecha de publicación: 12/03/2020. Accesible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-260-2020-335423/texto>

Decreto N° 274/2020 Prohibición de ingreso al territorio nacional. Fecha de publicación: 16/03/2020. Accesible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/335479/norma.htm>

Decreto N° 3/021 Prorroga de la prohibición establecida en el art. 5 de la Ley 19.932, con excepción de los pasajeros que acrediten haber adquirido su pasaje de ingreso al país hasta el 6 de enero de 2021. Fecha de publicación: 07/01/2021. Accesible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/3-2021>

Decreto N° 316/020 Reglamentación de los arts. 5°, 6°, y 7° de la Ley 19.932, reglamentaria de los arts. 37 y 38 de la Constitución de la República. Fecha de publicación: 28/12/2020. Accesible en: <http://impo.com.uy/bases/decretos/361-2020>

Decreto N° 3456 por el cual se declara estado de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional para el control del cumplimiento de las medidas sanitarias dispuestas en la implementación de las acciones preventivas ante el riesgo de expansión del coronavirus (COVID-19). Fecha de publicación: 16/03/2020. Accesible en: <https://www.mspbs.gov.py/dependencias/portal/adjunto/aa556a-DECRETO3456DE2020EMERGENCIANACIONAL.pdf>

Decreto N° 3458 por el cual se dispone el cierre parcial y temporal de puestos de control migratorio en frontera, como medida ante el riesgo de expansión del coronavirus (COVID-19). Fecha de publicación: 16/03/2020. Accesible en: <http://digesto.senado.gov.py/ups/leyes/11169.pdf>

Decreto N° 3465 por el cual se amplía el artículo 3° del Decreto N°3458 del 16 de marzo de 2020 «por el cual se dispone el cierre parcial y temporal de puestos de control migratorio en frontera, como medida ante el riesgo de expansión del coronavirus (COVID-19)». Fecha de publicación: 17/05/2020. Accesible en: <https://www.mspbs.gov.py/dependencias/portal/adjunto/cfe91a-DECRETON3465.pdf>

Decreto N° 4026 por el cual se dispone la apertura parcial y temporal de puestos de control migratorio y se deroga el Decreto N° 3458/2020 y su decreto modificadorio. Fecha de publicación: 08/09/2020. Accesible en: <https://www.mspbs.gov.py/dependencias/portal/adjunto/b239d9-DecretoN4026.PDF>

Decreto N° 93/2020 Declaración de Estado de Emergencia Nacional Sanitaria como consecuencia de la pandemia originada por el virus COVID-19 (Coronavirus). Fecha de publicación: 23/03/2020. Accesible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/93-2020>

Decreto N° 94/020 Ampliación de las medidas dispuestas por el Decreto 93/020, con el fin de mitigar y prevenir las consecuencias de la propagación del virus COVID-19 (Coronavirus). Fecha de publicación: 23/03/2020. Accesible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/94-2020>

FAQ - Perguntas Frequentes e Respostas (s/f) Sistema do Comité Nacional para os Refugiados. Accesible en: <https://sisconare.mj.gov.br/conare-web/wicket/bookmarkable/br.gov.mj.conare.web.view.faq.VisualizarFaqExternoPage?1>

GONZALEZ, P. (2020). *Protección de personas refugiadas y solicitantes de refugio: una responsabilidad estatal postergada*. Accesible en:

La COVID-19 y las personas refugiadas. Mapas y datos sobre cómo la pandemia ha afectado los derechos de las personas refugiadas y desplazadas en el mundo (2020). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Accesible en: <https://storymaps.arcgis.com/stories/0c386e3d2a7d485f9ae7f6dbfaf606cc>

Lei N° 13.979 Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Fecha de publicación: 06/02/2020. Accesible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm)

Lei N° 9.747 Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Fecha de publicación: 22/07/1997. Accesible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm)

Ley N° 1.938 General sobre Refugiados. Fecha de publicación: s/f. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1565.pdf>

Ley N° 18.076 Derecho al Refugio y a los Refugiados. Fecha de publicación: 05/01/2007. Accesible en: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2447041.htm>

Ley N° 19.932 Reglaméntanse los arts. 37° y 38° de la Constitución de la República por los plazos que se determinan. Fecha de publicación: 21/12/2020. Accesible en: <http://impo.com.uy/bases/leyes-originales/19932-2020>

Ley N° 26.165 Ley General de Reconocimiento y Protección al refugiado. Fecha de publicación: 01/12/2006. Accesible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26165-122609/texto>

Más fondos del Mercosur para combatir el COVID-19 (2020). Mercosur. Accesible en: <https://www.mercosur.int/mas-fondos-del-mercados-para-combatir-el-covid-19/>

MURILLO, J C. (2011). *El derecho de asilo y la protección de refugiados en el continente americano*. En La protección internacional de los refugiados en las Américas (pp. 51-74), Quito, Ecuador: ACNUR. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/8340.pdf>

OIM y ACNUR anuncian la suspensión temporal de los viajes para el reasentamiento de las personas refugiadas (2020). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Accesible en: <https://www.acnur.org/noticias/press/2020/3/5e7180fd4/oim-y-acnur-anuncian-la-suspension-temporal-de-los-viajes-para-el-reasentamiento.html>

Organización Internacional para las Migraciones (2020) COVID-19 *Analytical Snapshot #23: Travel restrictions and mobility UPDATE*. Accesible en: [https://www.iom.int/sites/default/files/documents/covid-19\\_analytical\\_snapshot\\_23\\_-\\_travel\\_restrictions\\_and\\_mobility\\_-\\_update.pdf](https://www.iom.int/sites/default/files/documents/covid-19_analytical_snapshot_23_-_travel_restrictions_and_mobility_-_update.pdf)

Plan de Acción de Brasil: Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la Protección y Promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y

Solidaridad. Fecha de publicación: 03/12/2014. Accesible en: <https://www.acnur.org/prot/instr/5b5100c04/declaracion-y-plan-de-accion-de-brasil.html>

Plataforma COVID-19. Medidas temporales e impactos en la protección (s/f). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Accesible en: [https://im.unhcr.org/covid19\\_platform/?lang=esp](https://im.unhcr.org/covid19_platform/?lang=esp)

Portaria N° 120 Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros oriundos da República Bolivariana da Venezuela, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Fecha de publicación: 18/03/2020. Accesible en: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-120-de-17-de-marco-de-2020-248564454>

Portaria N° 125 Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros oriundos dos países que relaciona, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Fecha de publicación: 19/03/2020. Accesible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/prt125-20-ccv.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt125-20-ccv.htm)

Portaria N° 132 Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País, por via terrestre, de estrangeiros provenientes da República Oriental do Uruguai, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Fecha de publicación: 22/03/2020. Accesible en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/prt132-20-ccv.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt132-20-ccv.htm)

Portaria N° 456 Dispõe sobre a restrição excepcional e temporária de entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, conforme recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. Fecha de publicación: 24/09/2020. Accesible en: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-456-de-24-de-setembro-de-2020-279272788>

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados. Fecha de publicación: 31/01/1967. Accesible en: <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>

Refugee Data Finder (s/f). Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Accesible en: <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/download/?url=E1ZxP4>

RIVERO, S. (COORD.); INCERTI, C.; LASTRE, Y.; PONS, B. & MARTINEZ, A. (2020). *Estudio de flujos migratorios de cubanos hacia Uruguay*. Informe final. Accesible en: <https://www.gub.uy/ministerio-desarrollo-social/sites/ministerio-desarrollo-social/files/2020-09/respuesta%20solicitud%20informaci%C3%B3n%20p%C3%BAblica.pdf>

SETARO, M. GARCIA, C. NOGUEIRA, V. (2019). *Dimensión Social del MERCOSUR. Avances en la constitución de una ciudadanía regional*. Accesible en: [https://www.researchgate.net/publication/337032684\\_Dimension\\_Social\\_del\\_MERCOSUR\\_Avances\\_en\\_la\\_constitucion\\_de\\_una\\_ciudadania Regional](https://www.researchgate.net/publication/337032684_Dimension_Social_del_MERCOSUR_Avances_en_la_constitucion_de_una_ciudadania Regional)

Solicitar protección internacional como refugiado (s/f) Dirección Nacional de Migraciones. Accesible en: <http://www.migraciones.gov.ar/dnm/refugio.php>

Solicitar Refúgio pela primeira vez no Brasil (2021). Governo do Brasil. Accesible en: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/solicitar-refugio>

Suspensión de Venezuela del Mercosur (2017). Mercosur. Accesible en: <https://www.mercosur.int/suspension-de-venezuela-en-el-mercadosur/>

Tratado de Asunción - Tratado para la Constitución de un Mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Fecha de publicación: 26 de marzo de 1991. Accesible en: [https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/15511/1/tratado\\_de\\_asuncion.pdf](https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/15511/1/tratado_de_asuncion.pdf)

Treaty Collection. Chapter V. Refugees and Stateless persons (s/f). Naciones Unidas. Accesible en: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang= en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang= en)

WIHTOL DE WENDEN, C. (2013). *El fenómeno migratorio en el siglo XXI. Migrantes, refugiados y relaciones internacionales* (1<sup>a</sup> ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

# A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA TOLERÂNCIA AOS MIGRANTES

Daiana Fagundes dos Santos Carboni<sup>1</sup>

---

Fecha de recepción: 2 de julio de 2021

Fecha de aceptación: 5 de agosto de 2021

## Resumen

El presente artículo contempla el estudio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho internacional a migrar, presentando importantes consideraciones. Explora que los actuales flujos migratorios revelan cuestiones de orden sociocultural, económico y político, que ocupan un lugar destacado en el mundo globalizado en razón de la realidad económica y social que viven, diariamente, muchos individuos en el mundo. Por lo tanto, al existir una afrenta a los derechos humanos, la migración se convierte en un desafío a las políticas internacionales y nacionales, así como al derecho internacional para hacer efectivas las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, buscamos, a través de una metodología descriptiva y exploratoria, el análisis del Sistema Interamericano para la realización de la protección efectiva de los derechos humanos de los migrantes, buscando, en la aplicación del derecho internacional, el propósito de beneficiar al ser humano que elige la migración en busca de nuevas oportunidades. Además, como respuesta a los derechos de los migrantes, el principio de hospitalidad es una herramienta de derechos humanos.

---

<sup>1</sup> A autora é Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (em São Leopoldo-RS/Brasil), Mestra em Direito, com menção na área de Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal (Diploma validado pela UFMG/Brasil), Pós-Graduada em Direito do Consumo e dos Contratos pelo Instituto de Direito do Consumidor da Universidade de Coimbra/Portugal e em LLM - Direito Empresarial pela Fundação Getulio Vargas/FGV (Unidade Porto Alegre- RS/Brasil) e Pós-Graduada em Advocacia em Direito Digital e Proteção de Dados pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI (Minas Gerais/Brasil). Atualmente, é discente do Curso de Doutoramento – Estudos Internacionais e Europeus - pela Universidade de Santiago Compostela (Espanha). Advogada (Brasil), Parecerista de Revistas de Direito (Brasil) e Juíza Leiga no Juizado Especial Cível do Rio Grande do Sul (Brasil). Contato por e-mail: [daicarboni@yahoo.com.br](mailto:daicarboni@yahoo.com.br)

*Palavras-chave: Seres Humanos – Migrantes - Corte Interamericana - Direitos Humanos – Tolerância*

**Title:** The Inter-American Court of Human Rights and the possibility of applying tolerance to migrants

### **Abstract**

The present study contemplates the study of the Inter-American Court of Human Rights with regard to the international right to migrate, presenting important considerations. It is explained that the current migratory flows reveal questions of a socio-cultural, economic and political order, which occupy prominence in the globalized world due to the economic and social reality that many individuals around the world live on a daily basis. Therefore, given the affront to Human Rights, migration becomes a challenge to international and domestic policies, as well as international law, in order to give effect to the provisions of the American Convention on Human Rights. Thus, through the descriptive and exploratory methodology, the analysis of the Inter-American System is sought for the realization of effective protection of the Human Rights of migrants, seeking, in the application of international regulations, the purpose of benefiting the human being who chooses migration in search for new opportunities. Furthermore, as an effectiveness to the rights of migrants, the principle of hospitality is brought up as a possibility of Human Rights.

**Keywords:** *Human beings – Migrants - Inter-American Court - Human Rights - Tolerance*

### **I. Introdução**

A análise dos atuais fluxos migratórios, os quais se traduzem em questões de ordem sociocultural, de ordem econômica e de ordem política, conduz às inúmeras discussões no cenário internacional a fim de se obter uma proteção efetiva para as pessoas migrantes. Nessa linha, “la movilidad humana constituye

una de las temáticas que actualmente revelan mayor interés en el mundo". (OIM, 2009: p.11).

As constantes violações dos Direitos Humanos das pessoas, mormente no pós Segunda Guerra Mundial, demonstraram que os Estados não eram capazes de garantir a dignidade aos indivíduos, tornando imprescindível a criação de uma normativa internacional para assegurar a todos, um mínimo de direitos. Nessa linha, a proteção que se almejava não se limitava a uma proteção específica ao indivíduos, mas uma proteção ampla, desvinculada de nacionalidade, pelo simples de serem humanos.

O fenômeno da migração não é recente, uma vez que, por diversos fatores socioculturais, políticos e econômicos, milhares de pessoas cruzam (diariamente) as fronteiras de diversos países, movidas pelos efeitos da globalização, para melhores condições de vida do que no país de origem.

A ausência de quaisquer perspectivas de vida, em razão da pobreza, da falta de condições básicas para uma sobrevivência digna, pelas desigualdades, pelo desemprego e pelo devastamento (causado por guerras e entraves políticos) culmam por cercear vida de pessoas. Nisso, os migrantes tentam uma vida melhor em outro país por meio da migração internacional (quiçá ilegal), correndo risco de vida, seja na travessia por fronteiras como na inserção social no país destino sem direitos e condições igualitárias entre os nacionais.

Observa-se que a questão da nacionalidade é um grande obstáculo social, político e econômico que causa violações de Direitos Humanos ao ser, que migra na busca de melhores condições e oportunidades de vida.

Nessa sintonia, os movimentos sociais que envolvem a defesa dos Direitos Humanos dos migrantes estão ocupando, cada vez mais, um papel relevante nas agendas internacionais.

A migração torna-se um desafio multidisciplinar em vista de suas facetas que, como já dito, envolvem a realidade social e econômica de determinados grupos e representa um desafio às políticas internacionais e internas para o enfrentamento dos Direitos Humanos. Nisso, a aplicação da normativa internacional tem como finalidade dar efetividade ao instrumento no contexto

interno a fim de que todo o ser humano (em condição vulnerável) seja beneficiado.

Com isso, diante de uma grande preocupação internacional com os Direitos Humanos e a busca pela tutela da dignidade do ser como valor absoluto e universal, restou promulgada a Carta das Nações Unidas em 1945, a qual serviu como para a instituição da Organização das Nações Unidas, que teve papel fundamental no reconhecimento dos Direitos Humanos. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reafirmou a igualdade, a liberdade e a fraternidade como ideais a serem universalmente perseguidos. E, prosseguindo, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou dois (02) pactos com força coercitiva, quais sejam: Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em outra vertente, com a evidência do tema dos Direitos Humanos e com o fim de proteção e efetivação, sistemas regionais foram criados para a proteção de direitos em face do poder estatal. Nessa linha, atentando para o continente americano, é instituída, a partir da Carta de Bogotá (durante a IX conferência Internacional Americana), a Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1948.

Assim, os Estados Membros (do continente americano) passaram a adotar sistemas normativos e mecanismos para a efetivação e concretização dos Direitos Humanos, oportunidade em que surge a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH e ColDH).

É mister entender que, muito embora, haja um grande empenho de esforços no âmbito internacional para que todas as pessoas tenham asseguradas uma proteção efetiva de Direitos Humanos, algumas pessoas ou grupos mais vulneráveis demandam uma atenção especial em razão de suas particularidades. Logo, é necessária uma tutela específica para o migrante em relação ao nacional do país destino a fim de evitar que as desigualdades socioculturais sejam um vetor de violação de Direitos Humanos.

Em atenção a tudo que foi dito, a proposta deste trabalho monográfico é trazer a proteção interamericana dos Direitos Humanos dos migrantes a fim de

demonstrar como tem sido efetivada no continente americano diante das crescentes violações de direitos. Então, surge o questionamento: Como a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem tratado o caso dos migrantes para concretizar os Direitos Humanos?

Com a finalidade de responder ao presente questionamento, aspectos relevantes sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos são mencionados com o objetivo de legitimar a efetivação dos Direitos Humanos no caso concreto. Outrossim, com o intuito de concretizar os direitos dos migrantes, o princípio da hospitalidade é trazido como possibilidade na ausência de proteção interna, quando inexistir condição de asilado ou de refugiado.

Com base em metodologia descritiva e explorativa, este artigo não pretende esgotar o tema, mas apenas fomentar a importante discussão político-jurídica da efetividade dos Direitos Humanos das pessoas migrantes no contexto interamericano em razão do crescente aumento dos fluxos migratórios. Nessa sintonia, as pessoas migrantes, que são discriminadas e exploradas (diariamente), devem ter visibilidade a partir da garantia de direitos mínimos específicos a sua condição para que se possa falar em igualdade de Direitos Humanos entre todos os seres do planeta.

## **II. A Corte Interamericana de Direitos Humanos: algumas considerações**

O sistema interamericano de Direitos Humanos é um conjunto de mecanismos internacionais com o objetivo de promoção e de proteção dos Direitos Humanos dos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA<sup>2</sup>). Ele possui dois (02) órgãos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os quais são autônomos e possuem como principal função regular e assegurar o cumprimento das obrigações dos Estados Membros da OEA, assumidas na assinatura da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

---

<sup>2</sup> Atualmente, 35 (trinta e cinco) países independentes da América fazem parte da OEA, sendo que 25 (vinte e cinco) ratificaram a Convenção.

Sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, nasce o questionamento: como aportou? Ela surgiu a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica (que prevê direitos e liberdades a serem respeitados) e foi elaborada em 22 de novembro de 1969. No entanto, é somente no ano de 1978 (18 de julho), com a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que tem o seu nascimento.

Sobre o Pacto de São José da Costa Rica, contribui o autor (COELHO, 2008: p. 62) afirmando que a maior contribuição dele foi a criação de um procedimento amplo e especializado de proteção dos direitos humanos no continente americano. Nesse condão, prossegue dizendo que “apesar das deficiências ainda presentes, o sistema foi se aperfeiçoando em vários aspectos, sobretudo no que concerne ao tratamento jurídico dos casos contenciosos por meio de uma instituição jurídica autônoma: a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. (COELHO, 2008: p. 62).

Insta ressaltar que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem como órgãos reguladores a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede na Cidade de São José da Costa Rica, constitui um (01) dos três (03) tribunais regionais de proteção de Direitos Humanos - Tribunal Europeu de Direitos Humanos e Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

Extrai-se do estatuto da Corte que ela é uma instituição judiciária autônoma que tem como objetivo a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e as suas “... decisiones y opiniones consultivas son vinculantes para los Estado parte”. (OIM, 2009: p. 32). Nesse contexto, e em harmonia com o artigo 61 da referida Convenção, somente os Estados Membros e a Comissão possuem o direito de submeter algum caso à decisão da Corte.

Para tanto, é necessário o esgotamento de todos os procedimentos internos (nacionais) para recorrer à Corte, porquanto ela é subsidiária. Nesse

ínterim, a denúncia deve ocorrer dentro do prazo de seis (06) meses, à contar da notificação do último recurso nacional.

Consigna-se que, mesmo que, um Estado não seja o causador da violação, ele pode ser julgado por omissão na proteção do direito que foi estabelecido na Convenção.

Segue lição:

“Tanto os particulares quanto as instituições privadas estão impedidas de ingressar diretamente na Corte (Art. 61), diferentemente do que ocorre na Corte Europeia de Direitos do Homem. Será a Comissão – que, neste caso, atua como instância preliminar à jurisdição da Corte – que submeterá o caso ao conhecimento da Corte, podendo também fazê-lo outro Estado pactuante, mas desde que o País acusado tenha anteriormente aceito a jurisdição do tribunal para atuar em tal contexto.

... As vítimas ou seus representantes só podem peticionar à Comissão, que poderá (se assim entender cabível) deflagrar na Corte uma ação judicial contra o Estado potencialmente culpado. Frisa-se que a Comissão (nos casos deflagrados para a salvaguarda dos interesses de particulares) não pode atuar como parte na demanda, uma vez que já atuou no caso quanto à admissibilidade deste”. (GOMES & MAZZUOLI, 2008: pp. 268-369).

Observada a legitimidade para o acesso à Corte Interamericana de Direitos, a Comissão atua como um filtro de acesso à ela. Nesse sentido, é realizada uma filtragem das demandas submetidas à apreciação para, então, adotar as medidas necessárias por meio de reclamação, de acordo com o artigo 48 da Corte.

Logo, recebendo a Comissão uma denúncia, irá proceder à verificação da legitimidade e da veracidade das informações, oportunidade em que, constatada a violação de Direitos Humanos, buscará a conciliação entre o Estado Membro e o lesado. Porém, não obtendo êxito na medida, poderá realizar recomendações ao Estado Membro para buscar a adequação à Convenção. E, como última medida na manutenção de violação de Direitos Humanos, poderá

acionar a Corte para decidir, de forma contenciosa, a reclamação trazida à Comissão.

Em outra vertente, partindo dos Estados Membros a submissão aos julgados da Corte, devem observar que ela é a autoridade máxima na interpretação dos Direitos Humanos, assim como que os seus julgados e opiniões consultivas formam uma jurisprudência internacional sobre o caso em apreciação.

Interessante trazer à baila o seguinte entendimento:

*“Quem determina o significado e o alcance normativo dos dispositivos da CADH é a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, e não os Estados signatários do tratado internacional, afinal, se os Estados estivessem aptos a determinar qual o verdadeiro alcance e significado dos dispositivos previstos em qualquer dos tratados internacionais de direitos humanos, haveria mais de vinte significados diferentes acerca do direito à vida, direito à integridade pessoal etc., uma vez que cada Estado formularia a sua concepção sobre o assunto, o que ocasionaria uma extrema insegurança jurídica, além de esvaziar a função contenciosa e consultiva dos tribunais internacionais de direitos humanos. Portanto, ao se interpretar um tratado internacional de direitos humanos, ou outra norma que compõe o bloco de convencionalidade, o intérprete deve, a partir de uma hermenêutica jurídica cosmopolita, seguir o entendimento dos tribunais internacionais de direitos humanos sobre o assunto, uma vez que estes desempenham a interpretação internacionalista por excelência, sob pena de se criar um “tratado internacional nacional””.*

*(PAIVA & HEEMANN, 2017: pp. 53-54).*

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, composta por sete (07) juízes nacionais dos Estados Membros, não pertence à Organização dos Estados Americanos (OEA), mas à Convenção Americana, oportunidade em que detém competência consultiva em relação à interpretação de suas disposições (GOMES & MAZZUOLI, 2008: p. 186).

Igualmente, a Corte tem competência litigiosa na qual reside a solução de casos contenciosos, bem como (também) possui a função de ditar medidas provisórias. Ressalta-se que a Corte somente deixa de julgar no casos de acordos entre as partes. No entanto, a ausência de uma das partes não a impede de julgar um caso.

As audiências da Corte Interamericana de Direitos Humanos são sempre públicas (salvo ocasiões excepcionais), assim como a tomada de decisões é sigilosa, sendo as sentenças sempre fundamentadas e definitivas, motivo pelo qual não há possibilidade de recurso.

Prosseguindo, cumpre esclarecer que um Estado pode ratificar a Convenção Americana, possuindo o *status* de Estado Membro. Porém, não lhe é permitida a submissão ao controle jurisdicional internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão da competência contenciosa da Corte, a qual deverá ser reconhecida, nos termos do artigo 62 da Convenção, sendo chamada de Cláusula Facultativa de Jurisdição obrigatória ou Cláusula Raul Fernandes (GOMES & MAZZUOLI, 2008: p. 186).

Uma vez aceita a competência jurisdicional da Corte, o Estado Membro encontra-se vinculado pelo compromisso assumido, salvo se houver denúncia da Convenção. Nessa linha, o Estado Membro deve cumprir, de forma espontânea, a sentença desfavorável (artigo 68 da Convenção), sob pena de incorrer em nova violação da Convenção, oportunidade em que será instaurado novo procedimento contra o Estado violador (CANÇADO TRINDADE, 2002: pp. 612-613).

O artigo 68, §1º da Convenção Americana, o qual ordena aos Estados que cumpram as decisões da Corte, determina que “incorre ele em nova violação da Convenção, fazendo operar no sistema interamericano a possibilidade de novo procedimento contencioso contra esse mesmo Estado”. (CANÇADO TRINDADE, 2002, pp. 612-613).

Em razão da jurisdição internacional da Corte, a sentença por ela prolatada é tida como sentença internacional e não estrangeira, o que faz com que não esteja sujeita aos ditames de homologação para ser válida no Estado.

Outrossim, importa salientar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não possui competência penal para julgar os violadores de Direitos Humanos, mas, tão somente, serve para amparar as vítimas, estabelecendo indenização para a reparação de danos junto ao Estado Membro violador.

### **III. O Direito Internacional de migrar no contexto da Convenção Americana de Direitos Humanos**

Considerando o direito internacional de migrar, não se pode deixar de trazer à baila o princípio da dignidade humana, o qual é considerado um princípio intrínseco a todo ser humano, porquanto se traduz em uma qualidade que pressupõe respeito, tanto de seus semelhantes quanto do próprio Estado (SARLET, 2001: p. 60).

Assim, “no centro está o sujeito de direito”. (MARQUES, 2009: p. 98). Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana é inerente à pessoa em sua qualidade humana e desdobra-se em várias vertentes no sentido de garantir a existência humana.

Espreita-se que a dignidade da pessoa humana impõe certos parâmetros e regras de tratamento dos seres humanos, pois ninguém pode ser tratado aquém de certos limites mínimos, uma vez que institui uma proteção do *status* do sujeito, materializada por meio de uma preservação da autonomia (SOARES, 2003: p. 36).

A dignidade da pessoa constituiu o esteio do princípio da igualdade, o que faz com que ela não seja passível de graduação, porquanto a todos deve ser reconhecida (CANOTILHO & SILVEIRA, 2013: pp. 33-34).

A dignidade da pessoa humana envolve ampla gama de direitos e deveres no sentido de assegurar a plena integridade da pessoa em face de atos degradantes/desumanos, garantindo, ainda, condições existenciais mínimas, o que inclui o direito de migrar. É dessa forma porque, não encontrando o ser condições no local em que se encontra, tem o direito de buscar melhores condições de vida em outro lugar.

Nesse diapasão, o que é migrar? O ato de migrar consiste no deslocamento de pessoas de um território de determinado Estado para outro ou dentro do mesmo território-Estado, independente do tamanho, composição ou causas (OIM, 2009: p. 20).

Em razão de a migração ser um fenômeno social e que sempre esteve presente na história da humanidade, não se pode determinar a sua origem. No entanto, no advento do século XX viu-se a migração em expansão, mormente para os Estados Unidos, na busca de melhores condições de vida naquele país.

As pessoas se deslocam “...para lugares com melhores condições. Mais de três quartos dos migrantes internacionais vão para um país com um nível mais elevado de desenvolvimento humano do que o do seu país de origem”. (PNUD, 2009: p.12).

Com isso, “a decisão de migrar é uma resolução pessoal”. (HERRERA CARASSOU, 2006: p. 131). Ela é uma decisão que sofre a influência de diversos fatores, *circunstâncias e condições* que definirão o seu grau de autonomia. Com isso, é o indivíduo que realiza uma análise custo-benefício, na qual nem sempre a variável econômica é levada em conta.

Observa-se que as violações aos direitos, em especial os Direitos Humanos, são os principais motivos para a decisão de migrar. Em que pese tal fato, a situação de vulnerabilidade do migrante coloca-o em situação de violação de direitos, tanto no trânsito quanto no país de destino da migração.

Logo, a relevância dos Direitos Humanos dos migrantes e as violações perpetradas cada vez mais assumem força e importância nos Tribunais Internacionais, mormente na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Considerando que o nosso objeto de estudo retrata a migração internacional, nos interessa o artigo 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o qual trata o direito de circulação e de residência. Vejamos:

“1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais. 2. Toda pessoa tem o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio. 3. O exercício dos direitos acima mencionados não

pode ser restrinrido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas. 4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restrinrido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público. 5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional, nem ser privado do direito de nele entrar. 6. O estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte nesta Convenção só poderá dele ser expulso em cumprimento de decisão adotada de acordo com a lei. 7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais. 8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas. 9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros". (CIDH, 1969).

Nesse contexto, toda a pessoa tem o direito de migrar (item 2), oportunidade em que poderá deixar livremente o seu país e qualquer outro, invocando a proteção aos seus Direitos Humanos. Segue lição:

“.. sólo cuando se admite la posibilidad de que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afecten no tanto a los Estados en cuanto tales, sino a las de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos. Es necesario, por tanto, partir de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos y libertades de la persona no es una <<questión doméstica>> de los Estados, sino un problema de relevancia internacional”. (LUÑO, 2013: p.41).

Prosseguindo, interessa trazer o importante voto do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade na Corte Interamericana de Derechos Humanos, em

18.08.2000, referente ao caso dos Haitianos y Dominicanos de origen haitiano en la Republica Dominicana<sup>3</sup>. Vejamos:

“Parte de las dificultades de protección, en el presente contexto del desarraigamiento, reside en los vacíos y lagunas de la normativa de protección existente. Nadie cuestiona, por ejemplo, la existencia de un derecho a emigrar, como corolario del derecho a la libertad de movimiento. Pero los Estados aún no aceptaron un derecho a inmigrar y a permanecer donde uno se encuentre. En lugar de políticas poblacionales, los Estados, en su gran mayoría, ejercen más bien la función policial de proteger sus fronteras y controlar los flujos migratorios, sancionando los llamados migrantes ilegales. Como, a juicio de los Estados, no hay un derecho humano de inmigrar y de permanecer donde uno esté, el control de los ingresos migratorios, sumado a los procedimientos de deportaciones y expulsiones, encuéntranse sujetos a sus propios criterios soberanos. No sorprende que de ahí advengan inconsistencias y arbitrariedades.

....En cuanto a los derechos protegidos, entiendo que la muy grave complejidad del problema del desarraigamiento acarrea la extensión de la aplicación de las medidas provisionales tanto a los derechos a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la Convención Americana) como a los derechos a la libertad personal, a la protección especial de los niños en la familia, y de circulación y residencia (artículos 7, 19 y 22 de la Convención), como en el presente caso de los Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Es ésta la primera vez en su historia que la Corte procede de ese modo, a mi modo de ver correctamente, consciente de la necesidad de desarrollar, por su

---

<sup>3</sup> Corte IDH, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana, Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, Voto concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000, párrs. 08, 15 y 25.

jurisprudencia evolutiva, nuevas vías de protección inspiradas en la realidad de la intensidad del propio sufrimiento humano.

... Al Derecho está reservado un papel de fundamental importancia para atender a las nuevas necesidades de protección del ser humano, particularmente en el mundo deshumanizado en que vivimos. Al inicio del siglo XXI, urge, en definitiva, situar el ser humano en el lugar que le corresponde, a saber, en el centro de las políticas públicas de los Estados (como las poblacionales) y de todo proceso de desarrollo, y ciertamente por encima de los capitales, inversiones, bienes y servicios. Urge, además, desarrollar conceptualmente el derecho de la responsabilidad internacional, de modo a abarcar, a la par de la estatal, también la responsabilidad de actores no-estatales. Es éste uno de los mayores desafíos del poder público y de la ciencia jurídica en el mundo "globalizado" en que vivimos, desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos".

Com isso, entende-se que há uma grande complexidade no sistema normativo de proteção aos Direitos Humanos dos migrantes, uma vez que seria necessária uma governança global das migrações, a qual, atualmente, reside no âmbito do sistema jurídico internacional. No entanto, a proteção internacional não substitui o dever de tutela a ser exercido pelos Estados, porquanto cabe a eles a devida aplicação da Convenção (CANÇADO TRINDADE, 2017: p. 415).

#### **IV. A proteção normativa dos migrantes na Corte Interamericana de Direitos Humanos**

O que vem a ser o direito? Procurando uma definição o autor (KANT, 1991: p. 230) esclarece que direito é o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de cada um se articula com o arbítrio dos outros, segundo uma Lei geral de liberdades.

Complementando, aduz-se que o direito é o instrumento pelo qual se busca a concretização da justiça, sendo o meio necessário para a

perfectibilização da condição do homem na sociedade, motivo pelo qual o jurista deve buscar a interpretação do seu sentido.

Em outra vertente, tem-se a norma jurídica<sup>4</sup> como sinônimo de direito. A par disso, sustenta que o direito não é algo real, pois não existe, uma vez que é apenas um nome dado ao conjunto de Leis, cujo conteúdo é arbitrário e apenas a Lei é real. (KAUFMAN, 2007: pp. 200-201).

Outrossim, o direito pode ser considerado a expressão normativa da axiologia da nossa existência comunitária em que as análises anteriores puseram perante nós e com a qual mostram, também, estarmos comprometidas. Esse é o seu último sentido e é este sentido que faz do direito uma intenção (e uma tarefa) autonomamente específica da realidade humana – que tanto vale dizer, do problemático esforço da nossa própria realização autêntica (CASTANHEIRA NEVES, 1995: pp. 169-170).

De efeito, o que é verdadeiramente o direito, tem sido ou haverá de ser, dependente da decisão histórica do homem e da decisão que nele ponha. Nesse contexto, o sentido do direito é da própria essência, já que, com o fundamento nesse sentido, o direito tende a se constituir e se realizar (CASTANHEIRA NEVES, 1995: p. 254), porquanto se realiza no Direito Positivo.

Igualmente, o sentido do direito é o do respeito incondicional da pessoa humana, pois, divergindo e convergindo a comunidade na pessoa moral, o direito não pode sequer pensar se não for pensado por meio da pessoa e para a pessoa (CASTANHEIRA NEVES, 1995: pp. 39-40), porquanto direito e pessoa se referem um ao outro.

Logo, não será nas objetivações histórico-positivas que o sentido do direito será (ou deverá) ser compreendido, mas na axiologia humana que ele deve ser. O “direito que é”, numa palavra – não pode realizar-se verdadeiramente e plenamente sem fazer apelo e assimilar o “direito que deve ser””. (CASTANHEIRA NEVES, 1995: p. 269).

---

<sup>4</sup> Por norma jurídica, entende-se a lei em sentido material, incluindo a lei formal (resultante do processo legislativo específico), o direito consuetudinário, o regulamento e, ainda, as convenções coletivas, os usos sociais e as regras de direito internacional (KAUFMANN, 2007: p. 200).

Com isso, antes mesmo de se falar em migrantes, deve-se pensar em seres humanos que merecem proteção efetiva por serem (simplesmente) pessoas e, em razão de determinadas situações em que possam estar sendo submetidos, estão em condição de vulnerabilidade.

Nessa senda, indivíduos que migram para outros locais/países encontram-se em situação de vulnerabilidade, a qual decorre do fenômeno do empobrecimento geral (que vem se agravando dia a dia), e merecem proteção como simples migrantes.

Em que pese a inexistência de uma norma específica, no sistema internacional, para regular a conduta dos Estados em relação ao migrante, existindo normativas que tratam da segurança, da nacionalidade, da circulação de pessoas, do refúgio e do asilo, a migração encontra-se sob amparo.

As pessoas que se encontram em mobilidade internacional, em especial as vulneráveis, contam com a tutela geral de proteção. Ou seja, possuem o direito de proteção (protetivo). Assim, examina-se as normas constantes na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

Os direitos que se encontram elencados nos instrumentos interamericanos não se restringem aos indivíduos residentes das Nações signatárias, mas a todos que estejam no território da violação de direitos. (MAZZUOLI, 2011: p. 22). E, na linha do disposto do artigo 8º da Declaração Americana, a Corte Interamericana de Direitos Humanos esclareceu que o direito de migrar decorre do direito à circulação e residência, o qual é indispensável para o livre desenvolvimento da pessoa (CIDH, 2015: p. 116).

Consoante já dito em tópico anterior, o direito de migrar (internacionalmente) encontra-se implícito no direito de sair de qualquer país em busca de melhores condições de vida (nos termos da Declaração e da Convenção). Porém, tal direito não é absoluto em razão da soberania do Estado destino para que o indivíduo migrante cumpra requisitos de ingresso (v.g. refugiados), bem como encontra limitação nos artigos 22, item 03, e 30, ambos, da CADH.

O migrante tem o direito a igualdade e a não discriminação como um dos princípios centrais dos Direitos Humanos (artigo 24 da Convenção). Nesse corolário, tem-se que, em relação à nacionalidade, este princípio impõe a todos os Estados que se garantam a todos e cada um dos direitos reconhecidos nos instrumentos de Direitos Humanos, sem discriminação entre nacionais e estrangeiros (OIM, 2009: p. 39).

Em Opinião Consultiva<sup>5</sup>, a Corte Interamericana pronunciou-se a favor do zelo absoluto pelo princípio da igualdade. Nessa sintonia, há o dever dos Estados que são partes em se organizarem em toda a sua estrutura, visando assegurar os mesmos direitos aos indivíduos, garantindo pela via jurídica o livre, pleno e justo exercício dos Direitos Humanos.

Em outra sintonia, para que seja efetivada a tutela dos Direitos Humanos dos migrantes no Estado estrangeiro é necessário perquirir o motivo pelo qual o indivíduo optou por migrar para outro país (v.g. asilo ou refúgio), já que se sabe que muitas vezes a decisão não é meramente individual, mas social, envolvendo o território.

Logo, ocorrendo afronta aos Direitos Fundamentais dos migrantes, a Comunidade Internacional deve colocá-lo como prioridade em suas agendas políticas, sob pena de omissão à concretização dos Direitos Humanos e atentado ao princípio da boa governança global. É importante destacar que, em homenagem aos 70 (setenta) anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se realizou no dia 10 de Dezembro de 2018, invoca-se a reflexão sobre a importância do compromisso internacional em promover o respeito pelos Direitos Humanos como fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundo.

O reconhecimento à dignidade do ser e dos seus direitos inalienáveis foi uma das maiores conquistas da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, concretizá-la, constitui um dos maiores desafios da humanidade, o que motivou, em 25 de Setembro de 2015, às Nações Unidas a adoção de uma agenda de

---

<sup>5</sup> Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos, Solicitud por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párr.41.

alcance e significado em que foi atribuído o nome de *Transformar o nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*<sup>6</sup>.

A Agenda 2030 das Nações Unidas corresponde a uma nova agenda de ação para o período de 15 (quinze) anos, a qual se baseia na experiência adquirida a partir dos 08 (oito) objetivos de Desenvolvimento do Milênio (Resolução A/55/L.2, de 08 de Setembro de 2000), e tem como finalidade alcançar (a nível mundial) o desenvolvimento sustentável nas suas dimensões econômica, social e ambiental, de forma equilibrada e integrada.

Observa-se na Agenda 2030 que ela estabeleceu 17 (dezessete) Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) em que são desdobrados em 169 (cento e sessenta e nove) metas, interdependentes e indivisíveis, que são direcionados, prioritariamente, à erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões.

Com isso, a Agenda 2030 das Nações Unidas sob a filosofia (e lema) de que *ninguém será deixado para trás*, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável fundamentam-se no princípio da proteção especial das pessoas em situação de vulnerabilidade e estabelecem medidas prioritárias para as crianças, jovens, pessoas com deficiências, portadoras de VIH/SIDA, idosos, indígenas, refugiados e migrantes.

O reconhecimento da Agenda 2030 entre os países signatários da ONU demonstra a necessidade de construir um mundo melhor a partir da proteção dos migrantes (entre outros) no contexto global a fim de assegurar a eles melhores condições de vida, que representa o maior desafio dos Direitos Humanos.

## **V. A tutela efetiva dos Direitos Humanos dos migrantes na Corte Interamericana de Direitos Humanos**

---

<sup>6</sup> Resolução A/RES/70/1 (setembro de 2015) adota o documento resultante da cúpula das Nações Unidas para a adoção da agenda de desenvolvimento pós- 2015, a Agenda 2030.

O que pretende dizer Corte Interamericana de Direitos Humanos? Para isso, entende-se pertinente a apresentação da seguinte definição de interpretação:

“... interpretar quer dizer tentar entender algo – uma afirmação, um gesto, um texto, um poema ou uma pintura, por exemplo, - de maneira particular e especial. Significa tentar descobrir os motivos ou as intenções do autor ao falar, representar, escrever ou pintar como o fez. Em segundo lugar, a interpretação tenta mostrar o objeto da interpretação – o comportamento, o poema, a pintura ou o texto em questão – com exatidão, exatamente como ele é, e não como você sugere, visto através de uma lente cor de rosa ou em sua melhor luz. Isso significa recuperar as verdadeiras intenções históricas de seus autores, e não impingir os valores do intérprete àquilo que foi criado pelos autores.

....uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra”. (DWORKIN, 1999: pp. 66-71).

Nesse diapasão, o que “...queremos dizer é o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o “verdadeiro” significado que se encontra escondido””. (GADAMER, 2003: p. 19).

O direito inquieta-se pela justiça e estabiliza-se na justiça realizada (BRONZE, 1994, p. 109). Assim, a Lei deve ser compreendida como critério de decisão de casos. E “... a decisão só é possível por mobilizar a “razão prática” (Vernunft) e não a “razão teor ética” (Verstand). Como na vida prática é preciso agir, tem que interromper-se (com a decisão) o vórtice interrogativo em busca do fundamento”. (BRONZE, 1994: p. 120).

Como se pode ver, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui competência consultiva, elaborada a partir de Opiniões Consultivas (OC), que são de extrema importância para o direito internacional na análise do caso em

abstrato. Tais documentos são referências no estudo e na aplicação dos direitos, em especial dos migrantes.

Os Estados signatários da Organização dos Estados Americanos (OEA) ou outros órgãos da OEA podem consultar a Corte sobre a compatibilidade das normas internas e a interpretação da convenção, assim como de outros tratados referentes à proteção dos Direitos Humanos no continente americano.

A Corte é encarregada da aplicação, da interpretação e da garantia dos direitos previstos no âmbito de sua atuação; e os Estados signatários se subordinam a sua jurisdição. Ou seja, a interpretação normativa, realizada por meio das Opiniões Consultivas, vincula o Poder Judiciário dos Estados que são partes (SAGÜES, 2015: p. 278) em razão de se tratar de um *intérprete último* dos instrumentos interamericanos.

Na mesma sintonia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos profere sentenças vinculantes, que são necessárias para o (r)estabelecimento de padrões protetivos dos Direitos Humanos no âmbito de sua atuação.

Desse modo, há diversas decisões (proferidas pela Corte) envolvendo os Direitos Humanos dos migrantes. Nisso, ressalta-se o recente julgamento de 28.08.2014 envolvendo o Caso de pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana<sup>7</sup>, ocasião em que houve a expulsão/deportação de inúmeros haitianos e de crianças.

O caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão de inúmeras violações. Vejamos:

“Por un lado, parte de considerar que la nacionalidad forma parte del derecho a la identidad y que en tal marco, los documentos son importantes. Reafirma algunos estándares aplicados en torno a la detención, estableciendo que las “razzias” o detenciones colectivas están prohibidas. Por último, se dirige a la situación de niños, niñas y adolescentes en particular: establece que se requieren garantías adicionales para su expulsión (y brinda ciertos parámetros para el análisis,

---

<sup>7</sup> Corte IDH. Caso das Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costa), Sentença de 28 de agosto de 2014, Serie C, N. 282, párr. 361.

tales como la historia familiar, el tiempo de permanencia, etc.), se prohíbe su detención y se dispone que las restricciones a derechos sólo pueden ejecutarse si es en el interés superior de ellos/as". (OIM, 2016: p. 25).

As condenações da Corte Interamericana de Direitos Humanos buscam a concretização dos Direitos Humanos no continente americano no que pertine às violações postas à apreciação no caso concreto, ocasião em que são esclarecidas questões pertinentes e necessárias à interpretação da Convenção para o Estado violador.

## **VI. A hospitalidade no problema da migração. É possível a sua aplicação?**

A hospitalidade é um “direito” muito antigo que se encontra expresso na Bíblica, quando determinada ao cristão o dever de ser hospitaleiro. Portanto, ela é considerada um dever do cidadão.

Assim, não se pode deixar de mencionar que a concessão de residência/abrigos ao migrante que não se encontra com o *status* de asilado ou de refugiado pode ter influência no princípio da hospitalidade, pois o mundo é um local habitável por todos e todos têm o direito de nele transitar. Nisso, reconhece-se que “nenhum cidadão da terra pode (ou deve) ser privado do direito de se converter em cidadão do mundo” (LINHARES, 2006: p. 138).

A Declaração e a Convenção ao possibilitarem o direito de migrar possibilitam o acolhimento do migrante em território estrangeiro, adentrando, assim, na cultura e na forma de interagir com o objetivo garantir a efetividade dos seus Direitos Humanos, quando no país de origem não é mais possível uma vida digna.

Nessa senda, a hospitalidade universal importa “reconhecer o direito de cada cidadão de tentar a interação física com todos os outros cidadãos do mundo”. (LINHARES, 2006: p. 146). Logo, quer-se concretizar os Direitos Humanos e, para isto, tenta-se a construção a partir das relações hospitalidade.

Assim, “se alguém acha que estou sendo hospitaleiro porque sou tolerante, é porque eu desejo limitar minha acolhida, reter o poder e manter o controle sobre os limites do meu “lar”, minha soberania, o meu “eu posso””.

(DERRIDA, 2003: p. 137). Nisso, tem-se o “meu território, minha casa, minha língua, minha cultura, minha religião etc...” (DERRIDA, 2003: p.137).

A hospitalidade traduz-se em uma Lei incondicional e ilimitada que tem como finalidade oferecer um lar ao estrangeiro que chega de fora, sem que isso importe no estabelecimento de condições (DERRIDA, 2003: p. 69).

A Lei da hospitalidade se concentra em pensar o político para além do político, a partir de uma nova internacionalidade e de um cosmopolitismo reinventado. Ou seja, um cosmopolitismo para além do cosmopolitismo político pensado pelo ideário iluminista (tolerância), pois este cosmopolitismo está condicionado pela soberania do Estado, assim como está estruturado pelos limites jurídico-políticos (BERNARDO, 2002: p. 437).

Leciona, o autor que “sem essa ideia de hospitalidade pura... não teríamos sequer a ideia do outro, a alteridade do outro, ou seja, de alguém que entra em nossas vidas sem ter sido convidado ... a hospitalidade incondicional, que não é jurídica nem política, ainda assim é condição do político e do jurídico”. (DERRIDA, 2003: p. 139). Complementa que, em razão disso, “não estou nem seguro de que seja ético, à medida que não chegue a depender de uma decisão. Mas o que seria da “ética” sem hospitalidade?” (DERRIDA, 2003: p.139).

Por tudo que foi explicitado, tem-se que em casos omissos e em lacunas da Lei, a hospitalidade poderá ser uma alternativa à permanência do migrante que não detém *status* de asilado ou refugiado. É desse modo porque a hospitalidade não se trata de Lei e, portanto, defini-la como uma Lei de hospitalidade e/ou um direito de hospitalidade, implica a perda de sua incondicionalidade (DERRIDA, 2001: p. 47).

## VII. Conclusão

O presente estudo demonstrou o funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e trouxe a tutela efetiva dos Direitos Humanos dos migrantes, os quais são seres em situação de vulnerabilidade.

A migração internacional, que é um fenômeno social, merece atenção especial, uma vez que, diariamente, pessoas deixam seus lares em busca de

uma nova oportunidade de vida a fim de que seus Direitos Humanos sejam respeitados.

Assim, diante das violações constantes de Direitos Humanos de pessoas migrantes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deve intervir (e intervém) para (r)estabelecer a proteção dos direitos violados.

Observa-se que constitui dever dos Estados receptores o respeito e o reconhecimento dos Direitos Humanos, em especial aqueles que são efetivados no direito interno e decorrem de acordos/normas internacionais em que assumiram o dever proteção.

Os Direitos Humanos devem ser assegurados a todos os indivíduos, independentemente, da nacionalidade e de fatores discriminantes, sendo, portanto, aplicado o princípio da igualdade a todos os migrantes. Esse é o desejo da Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH).

O sistema interamericano, por meio da Corte Interamericana com as suas Opiniões Consultivas e sentenças, vem sendo imprescindível na tutela e na efetividade dos Direitos Humanos dos migrantes (nos casos de denúncias de violações) para que os seus pareceres e as suas decisões vinculativas prevaleçam a fim de garantir uma mudança na política migratória no contexto de afronta aos direitos.

O caminho é longo, uma vez que é necessária uma compreensão dos Estados para que haja entendimento na aplicação do direito interno em sintonia com a normativa internacional aos vulneráveis migrantes, quiçá com a elaboração de normativa específica e direcionada ao migrante.

Por fim, restou apresentado o princípio da hospitalidade como forma de garantir a permanência do migrante, não abrangido pela condição de asilado ou refugiado, nos casos de omissões e de lacunas legislativas.

Portanto, entende-se que há uma possibilidade, mas que depende da vontade dos Estados e do entendimento de que todo o indivíduo é dotado de direitos, que devem ser concretizados em qualquer situação neste planeta.

## VIII. Bibliografia

- BERNARDO, F. (2002). *A ética da hospitalidade, segundo J. Derrida, ou o porvir do cosmopolitismo por vir a propósito das cidades-refúgio, re-inventar a cidadania*. Revista Filosófica de Coimbra, volume 11, pp. 421-446. Acesso em [https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/34274/1/RFC22\\_artigo3.pdf?ln=pt-pt](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/34274/1/RFC22_artigo3.pdf?ln=pt-pt)
- BRONZE, F. (1994). *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*. Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, Coimbra: Stvdia Ividica.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. (2002). *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. (2017). *Princípios do Direito Internacional contemporâneo*. (2ª ed.). Brasília: FUNAG.
- CANOTILHO, M. & SILVEIRA, A. (2013). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*. Coimbra: Almedina.
- CASTANHEIRA NEVES, A. (1995). *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra.
- COELHO, R. M. G. (2008). *Proteção internacional dos Direitos Humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). (2015). *Derechos Humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA. Acesso em <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). (1969). *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. Acesso em [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)
- DERRIDA, J. (2001). *Cosmopolitas de todos os países mais um esforço*. Rio de Coimbra: Minerva.
- DERRIDA, J. (2003). *Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar da hospitalidade*. São Paulo: Escuta.
- DWORKIN, R. (1999). *O Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- GADAMER, H.G. (2003). *O Problema da Consciência Histórica*. (2ª ed., Estrada, P.C.D, Trad.). Rio de Janeiro: FGV.
- GOMES, L. F & MAZZUOLI, V. O. (2008). *Direito Penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto San José da Costa Rica*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- HERRERA CARRASSOU, R. (2006). *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*. México: Siglo XXI Editores.
- KANT, I. (1991). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. (Quintela, P. Trad.). Lisboa: Edição 70.
- LINHARES, J. M. A. (2006). *Jus Cosmopoliticum e civilização de direito: as “alternativas” da tolerância procedural e da hospitalidade ética*. Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra, Coimbra: Stvdia Iuridica.
- LUÑO, A. E. P. (2013). *Los Derechos Fundamentales*. (11<sup>a</sup> ed.). Madri: Tecnos.
- MARQUES, M. R. (2009). *Um olhar sobre a construção do “sujeito de direito”*. In: DE CAMPOS, D. I. (Ed.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, volume II, Coimbra: Coimbra.
- MAZZUOLI, V. (2011a). *Os sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos: uma análise comparativa dos Sistemas Interamericanos, Europeu e Africano*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MAZZUOLI, V. (2011b). *O controle jurisdiccional da convencionalidade das leis*. (2<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Revistas dos Tribunais.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). (2009). *Derechos Humanos de personas migrantes. Manual regional*. Caba: IPPDH.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). (2016). *Migración, Derechos Humanos y política migratoria. Migración y Derechos Humanos*. IPPDH. Acesso em <https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2018/08/IPPDH-MERCOSUR-Migraci%C3%B3n-derechos-humanos-y-pol%C3%ADtica-migratoria-1.pdf>
- PAIVA, C. C & HEEMANN, T. H. (2017). *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. (2<sup>a</sup> ed.). Belo Horizonte: CEI.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). (2009). *Ultrapassar Barreiras: mobilidade e desenvolvimento humanos*. RDH. Acesso em <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2009-portuguese-summary.pdf>
- SAGÜES, N. P. (2015). *Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el Controle de Convencionalidad*. Pensamiento Constitucional, volume 20, pp. 275-283. Acesso em <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/14893/15433>
- SARLET, I. W. (2001). *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- SOARES, M. F. G. (2003). *Direitos Humanos: minorias, desigualdades sociais e exército dos Direitos Fundamentais*. Congresso Nacional do Ministério Público, Gramado: Caderno de Teses.

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS  
PERSONAS MIGRANTES INTERNACIONALES DENTRO DEL SIDH**

**LÍMITES Y EXHORTACIONES A LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LOS ESTADOS DE LA  
REGIÓN**

Juan Carlos, Bautista Murillo<sup>1</sup>

---

Fecha de recepción: 15 de junio de 2021

Fecha de aceptación: 4 de agosto de 2021

**Resumen**

El presente artículo tiene como objetivo principal analizar y poner en discusión los alcances y contenido del principio de igualdad en su aplicación para la protección efectiva de los derechos de las personas migrantes internacionales dentro de la doctrina y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En una primera parte introductoria, situamos la protección de los derechos de las personas migrantes dentro de un nuevo paradigma de DDHH, en el cual los órganos internacionales y regionales de supervisión de los tratados cumplen un rol importante. Seguidamente, analizamos el contexto regional de los estados que componen el SIDH y algunas características de sus dinámicas migratorias.

En una segunda parte, describimos y sintetizamos las principales interpretaciones, y alcances del principio de igualdad, vigentes en el SIDH, para luego introducir algunas de sus proyecciones en materia migratoria. Allí, exploramos y analizamos los estándares desarrollados por los órganos regionales de DDHH, ponderamos su amplitud y evolución permanente en la consolidación de una clara doctrina y jurisprudencia protectora de derechos que actúan como límites y a la vez como exhortos a las políticas migratorias de los estados.

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Aspirante a la docencia (ayudante graduado) por concurso de la Cátedra A de DDHH de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNT. Becario Doctoral de Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica (ANPCyT) Doctorando en Derecho, Universidad Nacional de Tucumán, Argentina. Diplomado en Igualdad y no Discriminación, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES INTERNACIONALES DENTRO DEL SIDH. LÍMITES Y EXHORTACIONES A LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LOS ESTADOS DE LA REGIÓN

*Palabras Claves: Migrantes – Igualdad – No Discriminación – No Subordinación*

**Title:** THE EFFECTIVE PROTECTION OF INTERNATIONAL MIGRANTS' RIGHTS IN THE IHRs UNDER THE EQUAL PROTECTION PRINCIPLE. LIMITS AND EXHORTATIONS TO REGIONAL STATES' MIGRATION POLICIES

**Abstract**

This article aims to analyze and discuss the scope and content of equal protection principle in its application for effective protection of international migrants' rights under the Inter-American Human Rights System's doctrine and jurisprudence.

In the first introductory part, we place the protection of migrants' rights within a new paradigm of human rights, in which international and regional treaties' monitoring bodies play an important role. Following, we analyze the regional context of the states that belong to the IHRs and some characteristics of their migratory dynamics.

In a second part, we describe and synthesize the main interpretations, and scope of the equal protection principle, in force in the IHRs, and then, we introduce some of its projections on migration subjects. There, we explore and analyze the standards developed by regional human rights bodies, we ponder their breadth and permanent evolution in a consolidation of a clear doctrine and jurisprudence that protects rights and that acts as a limit and at the same time as an exhortation to migration estate's policies.

*Keywords: Migrants – Equality - Non-Discrimination - Non-Subordination*

## I. Introducción. La movilidad humana y el paradigma de los DDHH, hacia una protección efectiva e igualitaria

La protección de los derechos de las personas migrantes en gran medida es consecuencia del surgimiento de los DDHH como nuevo paradigma dominante del derecho internacional y la superación del modelo estado-céntrico que presuponía una total sumisión a la prerrogativa estatal de soberanía sobre el trato, regulación y derechos que este reconocía a las personas dentro de su jurisdicción. Bajo el paragua protector de los DDHH, de la prioridad de salvaguarda de la dignidad humana y el contenido mínimo de los derechos necesarios para garantizarla, la migración pasa a transformarse progresivamente en un asunto de gran relevancia dada su frecuencia y los preocupantes escenarios de desprotección y vulneración de derechos a los que había dado lugar el viejo modelo.

Este claro paso de un modelo a otro no significa que no hayan existido, y no existan, tensiones permanentes entre las potestades estatales, muchas veces llevadas al extremo, y los DDHH. Lo que significa, es que cada vez es más claro cuáles son los límites a esas potestades y cuáles son las obligaciones que asumen los estados en relación a los tratos con los migrantes que atraviesan sus fronteras o se desplazan dentro de estas. Esta progresiva consolidación de un paradigma sobre otro, se da en gran medida gracias a la institucionalidad internacional generada, primero por la abundante legislación internacional en la materia y luego por mecanismos internacionales de control creados para garantizar el cumplimiento de la normativa internacional de DDHH.

La creación de sistemas regionales de DDHH, compuestos por tratados y órganos específicos, forman parte de esta dinámica de fortalecimiento. Específicamente, la creación del Sistema Interamericano de DDHH (en adelante SIDH), dentro de la OEA y entre los Estados de la región, ha sido un proceso central para la creación de estándares en materia de derechos de las personas migrantes y fundamentalmente para su control y garantía.

En una región de constantes, complejas, y a veces dramáticas dinámicas migratorias, tanto la Comisión Interamericana de DDHH (en adelante Comisión), como la Corte Interamericana DDHH (en adelante Corte), cada una en su ámbito de acción y de competencias materiales y territoriales, se han convertido en

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES INTERNACIONALES DENTRO DEL SIDH. LÍMITES Y EXHORTACIONES A LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LOS ESTADOS DE LA REGIÓN

actores claves para la generación de una variada gama de recomendaciones y obligaciones que sirven en algunos casos, como límites y, en otros casos, como exhortaciones a los estados involucrados, tendiendo así a la modificación progresiva de las políticas migratorias regionales.

En este sentido, uno de los principios y derechos sobre los cuales el SIDH ha centrado su fructífera labor en la protección de la dignidad de las personas migrantes, es el de igualdad. Como veremos a lo largo del trabajo, el principio de igualdad será una piedra angular sobre la cual el SIDH, basará muchos de sus argumentos y novedosos estándares de DDHH de las personas migrantes, consolidando y ampliando las nociones clásicas de lo que significa la igualdad para el derecho, pero además generando tendencias de protección robustas para los grupos de mayor vulnerabilidad en materia de movilidad humana, en consonancia con la realidad regional y sus demandas.

## **II. América y sus dinámicas migratorias. Entre la búsqueda de mejores oportunidades socio-económicas y de paz**

En este apartado, haremos referencia brevemente a algunas de las características y rasgos más salientes de las dinámicas migratorias regionales. Si hay algo que caracteriza a las dinámicas de movilidad humana, dentro de la región, es la complejidad de estas y las diferentes tendencias fundamentadas en razones y realidades muy dispares entre los estados que la componen. Es válido aclarar aquí que por región entendemos todo el Continente Americano y fundamentalmente los estados que componen la OEA, que es el órgano de origen del SIDH. Por lo tanto, el ámbito territorial de competencia del SIDH<sup>2</sup> es prácticamente todo el continente americano, aunque haya diferencias entre la

---

<sup>2</sup> Además, el SIDH, al menos en el ámbito de la Declaración Americana de Derechos del Hombre y de la Comisión Interamericana de DDHH, incluye a países como EEUU y Canadá que luego no han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y por lo tanto no son parte de los países sobre los que la Corte Interamericana de DDHH tiene competencia. Sobre estos países, son muy importantes los informes y casos que lleva adelante la CIDH y que también son fuente de estándares de DDHH muy relevantes en materia migratoria.

cantidad de países que son parte efectivamente de los órganos específicos del sistema como la Comisión o la Corte.

Volviendo a las características de la movilidad humana en la región, si bien existe una tendencia general que es la migración constante desde estados menos desarrollados, con mayores índices de pobreza o desigualdad, a otros estados de mayor desarrollo y prosperidad<sup>3</sup>, también es cierto que la región presenta considerables casos de desplazamientos externos e internos (migración interna) a causa de conflictos armados, persecuciones políticas, situaciones de emergencia institucional y violaciones generalizadas de DDHH (CIDH, 2015 b, p.17-19). Como complemento, muchas de las dinámicas no sólo encuentran explicación en factores económicos o humanitarios, sino también de afinidades históricas, lazos culturales y políticos entre los estados.

Así, en la región existen estados, que, de forma general, pueden ser descriptos como receptores de migración, y estados que son expulsores de flujos de movilidad humana. También son importantes aquellos que funcionan como lugares de tránsito de los flujos migratorios, mientras que las corrientes migratorias presentan en general tendencias muy reconocibles e históricas (CEPAL, 2008, p. 85-98)

Centrándonos en algunos casos, los más emblemáticos en la materia, podemos ver que EEUU funciona no solo como el territorio soberano que recibe más flujos migratorios a nivel mundial, sino que, dentro de la región, conforma un corredor al que llegan miles y miles de latinos provenientes de países de Centro América, el Caribe, y principalmente de México, que a su vez es el mayor emisor de flujos migratorios del continente, con cerca del 8% de su población total en condición de emigrante. En el Caribe, países con problemas estructurales de pobreza extrema como Haití presentan serios niveles de

---

<sup>3</sup> Según los análisis de la CEPAL (2008) esta es la principal causa y dinámica de movilidad mundial. Las estadísticas migratorias de las últimas décadas muestran sostenidos flujos migratorios de las regiones y países menos desarrollados a aquellos que tienen un nivel de desarrollo mayor y mejores niveles de calidad de vida. Un ejemplo claro remarcado por la CEPAL (págs. 85-98) es que América Latina y el Caribe, con escasas excepciones de países como Argentina o Costa Rica, es una región marcada por la emigración que supera ampliamente la inmigración, con todas las consecuencias y efectos sociales que eso produce y los constantes peligros para los DDHH de las personas que deciden emigrar hacia otros estados, incluso dentro del continente como el caso de EEUU.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES INTERNACIONALES DENTRO DEL SIDH. LÍMITES Y EXHORTACIONES A LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LOS ESTADOS DE LA REGIÓN

emigración de su población, siendo República Dominicana uno de los principales receptores de la población haitiana, por su cercanía y relativas mejores condiciones de vida. (CEPAL, 2008, p. 84-89, 111-114)

En Sudamérica, Argentina funciona como el mayor receptor de población migrante de la región, mientras que sus principales emisores son los países limítrofes como Bolivia, Uruguay, Paraguay. Algunas de las nuevas dinámicas muestran que países como Chile comienzan a ser nuevos centros de migrantes en búsqueda de mejores condiciones de vida (CEPAL, 2011, p. 127) y el paradigmático caso de Venezuela, que pasó de ser un país receptor de migración, con bajas tasas de emigración, a ser uno de los principales expulsores de población por la dramática situación humanitaria que atraviesa (CIDH, 2018, p. 1). Otros casos significativos para la movilidad humana en la región y su relación con los DDHH, son los desplazados internos en países como Colombia, a causa de permanentes e irresolutos conflictos armados internos. Sucesos similares pueden observarse en países como Guatemala, el Salvador, Honduras (CIDH, 2015 b, p. 31).

Lo cierto es que estos patrones, marcados por situaciones, factores y causas estructurales de migración en la mayoría de los casos señalados, han interpelado constantemente al SIDH en su rol de protección y promoción de los derechos de las personas migrantes. Migrar en la región está lejos de ser un ejercicio pacífico e igualitario de derechos y es fuente constante de tensiones y violaciones para los DDHH como veremos más adelante.

Alguno de los Estados de la región, principalmente aquellos que son receptores permanentes de migrantes, como es el caso de EEUU, presentan prácticas y políticas migratorias que están en constante tensión con los derechos humanos de los migrantes (CIDH, 2010, p. 4). La repetida utilización en este tema de conceptos como la seguridad nacional, el margen de apreciación estatal, la no injerencia en asuntos internos, así como prácticas o situaciones fácticas repetidas como la discriminación (por racismo, xenofobia, etc.), la violencia, el abuso de poder, etc. colocan a los DDHH de las personas migrantes

en situaciones y acontecimientos realmente complejos con los que el SIDH ha tenido que lidiar desde sus inicios y con mayor frecuencia en los últimos tiempos.

Una vez atravesadas las fronteras, dentro de varios estados de la región, la comunidad de migrantes, principalmente aquellos en situación irregular, representan minorías y grupos bien determinados que ven en constante amenaza su estabilidad, su integridad, seguridad y en general sus derechos humanos. En EEUU la comunidad de Latinos conforma minorías étnicas en constante y perpetuo peligro de exclusión social y violencia institucional (CEPAL, 2008, p. 131) al igual que el caso de la comunidad haitiana en República Dominicana (CIDH, 2015 a, p. 147). Estas situaciones estructurales también han dado lugar a peticiones, casos e informes dentro del SIDH.

Al mismo tiempo, es importante resaltar cómo en algunos casos el multilateralismo internacional de Estados de la región, que comienzan a formar entes intergubernamentales con fines comerciales y políticos, colocan al respeto y garantía de los DDHH, especialmente de las personas en situación de movilidad humana (aspecto y política fundamental en la creación de acuerdos y entes intergubernamentales de libre intercambio comercial regional) en el centro de sus discusiones y regulaciones, tal como el caso del Mercosur o UNASUR, que al menos en sus documentos plasman la intención de tener en cuenta los estándares desarrollados por el SIDH en materia migratoria y otras normativas internacionales (OPPDHM, 2008; IPPDH, 2016).

Finalmente, también debemos destacar otras iniciativas sub regionales como la Declaración de Cartagena sobre Derechos de los Refugiados, que ha sido clave en la ampliación del concepto de refugiado, inicialmente previsto en las convenciones sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y su protocolo de 1967, y que toma en cuenta las necesidades y particularidades de la región, principalmente América Latina, en la materia. Esta declaración ha sido tenida en cuenta reiteradamente por el SIDH (CIDH, 2015 b, p. 52), pero además sus definiciones y principios han sido adoptados por la legislación interna de numerosos países de la región como Argentina, Bolivia, Uruguay, Colombia, entre otros.

### **III. El principio de igualdad frente a las dinámicas migratorias regionales. Generalidades y particularismos**

En este apartado intentaremos desarrollar conceptualmente, analizar y poner en discusión el principio de igualdad desde una interpretación amplia que nos permita incluir todas sus variantes y concepciones que han sido desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia internacional y nacional, a lo largo de los años. Esto incluye por supuesto la doctrina y jurisprudencia que ha desarrollado el SIDH en la materia, que por cierto es muy prolífica y robusta.

El principio y derecho a la igualdad, un derivado de uno de los términos más utilizados en la historia política universal como es la igualdad, ha sido y es uno de los principales conceptos sobre los que han proliferado las discusiones de teoría del derecho y teoría política (PALACIOS ZULOAGA , 2006, p. 25). En el campo del derecho, será principalmente el derecho constitucional interno de cada estado, pero también el Derecho Internacional de los DDHH los que cimentarán sus estructuras a partir de este principio. De hecho, todas las constituciones occidentales y todos los tratados y declaraciones de DDHH, mediante alguna fórmula de palabras, consagran el principio de igualdad en una o varias de sus acepciones (SABA, 2016, p. 149; BAYEFSKY, 1990, p. 3). Órganos del SIDH como la Comisión o la Corte han reconocido que este principio es la base fundamental del sistema y que además este ha ingresado al dominio del Ius Cogen Internacional y por lo tanto fuente general de derecho (CIDH, 2019 a, p. 21; Corte IDH, 2019, p. 6)

No obstante, el reconocimiento y la importancia unánime que se le da a este principio, la doctrina, la jurisprudencia y también algunas fórmulas normativas, han desarrollado diferentes interpretaciones o concepciones de la igualdad en función de su matriz principiológica y la necesidad de dotar de significado a un término polisémico, ambiguo y relativo. Vinculado al carácter evolutivo del derecho, las diferentes versiones del principio de igualdad intentan dar cuenta de la compleja realidad social. Desde una idea formal, simple e individualista, pasando por una idea sobre las discriminaciones combinadas y

agravadas que afectan a determinadas personas, hasta una idea más robusta, estructural, de carácter grupal y social.

En este sentido, pensamos que las diferentes concepciones se diferencian por sus métodos y campos de aplicación, cada una responde a la necesidad de respetar y garantizar los derechos igualitariamente ante situaciones diferentes que pueden resultar irritantes para la dignidad humana y por lo tanto para el ejercicio de los derechos más elementales.

*a) Igualdad como prohibición de trato discriminatorio*

La primer idea o concepto de igualdad desarrollado en el ámbito internacional es el de igualdad como no discriminación, o en igual sentido, como prohibición de trato discriminatorio. Así, las diferentes fórmulas consagradas en los distintos instrumentos internacionales de DDHH, como el reconocimiento de que los derechos consagrados deben ser respetados y garantizados sin “distinción alguna”<sup>4</sup> o “discriminación alguna”<sup>5</sup>, o la “igualdad ante la ley”<sup>6</sup> o la “igual protección de la ley”<sup>7</sup>, encuentran en esta primera interpretación su método y campo de aplicación jurídica. Pero, ¿cuándo estamos en presencia de discriminación o un trato discriminatorio y por lo tanto prohibido? Primero habrá que definir que es discriminación para el DIDH y luego, determinar las pautas para saber si estamos en presencia de un trato o acción discriminatoria.

Tal como lo han reconocido diferentes órganos internacionales, entre ellos los del SIDH, si bien los tratados de DDHH mencionan el término, no existe una definición expresa sobre que debe interpretarse por discriminación en los mismos, por lo tanto, se ha hecho necesario recurrir en la labor jurisprudencial a la definición que si contienen tratados específicos sobre la materia como la CERD o la CEDAW. Estos expresan una definición amplia<sup>8</sup> que contempla

---

<sup>4</sup> Ver Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 1 y Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Art. 2.

<sup>5</sup> Ver Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), Art. 1

<sup>6</sup> Ver Convención Americana de Derechos Humanos, Art 24.

<sup>7</sup> Ibidem

<sup>8</sup> El concepto de discriminación contenido en estos tratados específicos en la materia, incluye tanto la discriminación directa, entendida como aquella que surge expresamente de una medida,

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES INTERNACIONALES DENTRO DEL SIDH. LÍMITES Y EXHORTACIONES A LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LOS ESTADOS DE LA REGIÓN

diversas situaciones que dan origen a la discriminación (trato, exclusión, preferencia), relativas al accionar u omisión estatal, o de terceros, que se basen en criterios como la raza, el género, el sexo, el idioma, y que puedan tener por objeto o resultado el menoscabo o anulación en el reconocimiento o ejercicio de un derecho (PALACIOS ZULOAGA , 2006, p. 30).

En cuanto a los criterios utilizados para definir cuándo una medida, accionar o situación viola el principio de igualdad bajo esta perspectiva, los diferentes órganos internacionales de DDHH, como la doctrina especializada, señalan al menos 3 requisitos: 1) Falta de objetividad del criterio escogido, es decir se recurre a criterios subjetivos o poco precisos para efectuar una distinción. 2) Falta de razonabilidad o funcionalidad del criterio, lo que indica que existe una ausencia de proporcionalidad entre el medio escogido y el fin de la medida, o una inadecuación entre estos. 3) El propósito que persigue la medida no es legítimo en función de los valores, principios y derechos consagrados en el tratado de DDHH, o una constitución (BAYEFSKY, 1990, p. 11; PALACIOS ZULOAGA , 2006, p. 34; DULITZKY, 2007, p. 20; SABA, 2016, p. 33). En sentido inverso, esto implica reconocer que no toda diferencia de trato, restricción o preferencia debe ser considerada discriminatoria, sino sólo aquella que viola las pautas señaladas: objetividad, razonabilidad (proporcionalidad-funcionalidad) y legitimidad del fin.

Finalmente, un último análisis a partir de esta concepción de la igualdad, incorpora un listado de categorías, denominadas prohibidas o sospechosas<sup>9</sup>, sobre las cuales se establece una presunción de trato discriminatorio porque en principio serían irrelevantes para establecer distinciones objetivas y razonables,

---

por ejemplo una normativa, como también la discriminación indirecta o de hecho, es decir aquella que no surge explícitamente de la medida, acto o norma, pero que en los hechos tiene un impacto o efecto discriminatorio, importando aquí no solo la intención, sino fundamentalmente el resultado de las medidas para su consideración. (PALACIOS ZULOAGA , 2006; CIDH, 2019)

<sup>9</sup> Estas categorías prohibidas generalmente están enumeradas en listados no taxativos que incluyen el sexo, el género, la raza, color, origen nacional, etnia, opinión política, y otras condiciones sociales

y además están generalmente relacionadas a prejuicios o estereotipos mal asociados a una característica de la persona. La consecuencia jurídica de esta presunción será, que el estado, o quien utiliza la categoría para hacer una distinción, deberá sortear un test más riguroso o estricto sobre la medida, debiendo demostrar (inversión de la carga de la prueba) la objetividad, razonabilidad y legitimidad de la medida, pero además la absoluta necesidad de adoptarla (no existencia de un medio menos gravoso) y un motivo o justificación socialmente imperioso (DULITZKY, 2007, p. 20-21).

*b) Desigualdad o discriminación múltiple e Interseccional*

Aquí cabe destacar que nos referimos a dos formas o situaciones que interpelan el principio de igualdad de forma diferente. La primera y probablemente menos significativa, será la discriminación múltiple, que refiere a múltiples y diferentes situaciones de discriminación que atraviesan una persona en razón de diversas cualidades personales que lo hacen vulnerables a sufrirlas, sin embargo, estas son diferentes unas de otras. Es decir, aquí no nos encontramos per se ante una nueva forma o concepto de discriminación, sino múltiples discriminaciones en sentido clásico y que tienen la característica peculiar de que se dan en una misma persona (CORTE IDH, 2019, p. 37).

En cambio, la desigualdad interseccional, sí implica una nueva forma de desigualdad y discriminación, donde también confluyen múltiples categorías o factores sensibles en una misma persona, pero donde la combinación de todas da lugar a una situación nueva de extrema vulnerabilidad y exclusión, que de no haberse contado con alguno de los factores hubiese sido una vulneración diferente (CIDH, 2019 a, p. 39). Un ejemplo claro, las mujeres, un colectivo históricamente y comúnmente discriminado y excluido, aumenta gravemente su situación de vulnerabilidad se combinan otros factores como la edad, en el caso de las niñas, la etnia por ejemplo mujeres niñas indígenas y la condición socio-económica, mujeres niñas indígenas y pobres, tal como sucedió en un trascendental caso la Corte Interamericana DDHH<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 285-291.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES INTERNACIONALES DENTRO DEL SIDH. LÍMITES Y EXHORTACIONES A LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LOS ESTADOS DE LA REGIÓN

c) *Igualdad Estructural, real, sustantiva, o como no subordinación de grupos*

Más allá de las diferentes palabras empleadas por la doctrina y la jurisprudencia para denominar esta forma relativamente novedosa de abordar el principio de igualdad, la idea y objetivo central es la protección de grupos sociales, histórica y perpetuamente excluidos o discriminados, en condiciones de mayor vulnerabilidad o subordinación dentro de las estructuras sociales de un estado. Esta interpretación va más allá de la verificación de acciones o medidas que utilizan criterios no objetivos, o irrazonables o ilegítimos. Lo que se requiere primero es identificar un determinado grupo social que por sus características comunes pueda encontrarse en una situación de vulnerabilidad o desventaja social, y segundo, demostrar que tal situación tiene carácter permanente, perpetuo y no meramente coyuntural (SABA, 2016, p. 58-59)

De acuerdo a los estándares interamericanos, la identificación de los grupos históricamente excluidos es una obligación de los estados, debido a que estos varían en cada sociedad y tiempo, por lo que esta interpretación responde a dinámicas sociales, económicas y políticas que pueden ser muy diferentes según el caso (CIDH, 2019 a, p. 13). Además, esto conlleva, en palabras de la Corte IDH<sup>11</sup>, un deber de protección especial relativo a la obligación de adoptar medidas afirmativas o positivas en favor de garantizar una igualdad real en el acceso a los DDHH y oportunidades de estos grupos (CIDH, 2007, p. 35). En consecuencia, las políticas públicas se convierten en el vehículo adecuado por el cual el estado no sólo respeta, sino que fundamentalmente garantiza los DDHH de todas las personas, en especial de estos grupos desaventajados (CIDH, 2019 a, p. 77)

Estas políticas públicas, no solo deben tender a crear condiciones materiales propicias en favor de estos grupos, sino que además deben tender a remover o deconstruir todas aquellas barreras “invisibles” provenientes de las

---

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 31822. Párr. 337.

prácticas sociales, culturales, políticas e institucionales de un estado, que tengan por resultado colocar en una situación de vulnerabilidad o exclusión permanente, lo que incluye la modificación progresiva de patrones discriminatorios, capacitaciones, remoción o modificación de normativas. Bajo esta interpretación, todas aquellas acciones o medidas que tengan este resultado, más allá de la intención o el uso de criterios neutros, deben ser reportadas contrarias al principio y derecho a la igualdad. (CIDH, 2011, p. 35; SABA, 2016, p. 81).

El SIDH a lo largo de su jurisprudencia ha reconocido progresivamente todas estas variantes del principio de igualdad de manera de poder abordar la compleja situación social que atraviesa al continente, además lo ha hecho de forma complementaria y no excluyente, al abordar sus análisis y casos.

#### **IV. El rol fundamental del principio de igualdad en la protección de las personas migrantes y sus derechos dentro del SIDH**

En esta parte del trabajo abordaremos nuevamente todo lo relativo al principio de igualdad, sus interpretaciones y estándares, pero esta vez concerniente a la situación de las personas migrantes y la protección de sus derechos dentro del SIDH. Como veremos, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de DDHH han sido muy prolíficas en la protección y promoción de los derechos humanos de las personas migrantes y han aplicado en múltiples ocasiones el principio de igualdad con esos fines.

##### *a) Consideraciones generales*

En casos relativos a migrantes, al igual que en otros casos, estos órganos han sostenido que el principio de igualdad constituye un eje central sobre el que se asienta el ordenamiento internacional de DDHH y el SIDH. El mismo es parte integrante de la naturaleza humana y por tanto parte esencial de su dignidad<sup>12</sup>, por lo que no es aceptable aquellos tratos que pueden ser considerados discriminatorios en contra de las personas en situación de movilidad humana. Este principio además ha sido recopilado por la Comisión dentro de los principios

---

<sup>12</sup> Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada la naturalización. Opinión Consultiva 4/84. Párr. 55.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES INTERNACIONALES DENTRO DEL SIDH. LÍMITES Y EXHORTACIONES A LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LOS ESTADOS DE LA REGIÓN

fundamentales que rigen los derechos de las personas migrantes, siendo transversal a otros principios esenciales en la materia como el de no devolución, la prohibición de deportaciones masivas, la obligación de reducir la apatridia y conceder la nacionalidad a quienes no la obtendrían de otro estado, el acceso a la justicia y debido proceso, entre otros (CIDH, 2019 b, p. 1).

Además, el principio de igualdad ha ingresado en el dominio del ius cogen internacional y por lo tanto forma parte de un núcleo de principios y derechos imperativos e inderogables por los que están obligados todos los estados de la comunidad internacional, independientemente si han o no ratificados instrumentos como la Declaración Americana o la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>13</sup>. Esta consideración es particularmente importante para estados como EEUU que han ratificado muy pocos tratados de DDHH y que efectúan constantemente prácticas que tensionan y lesionan los DDHH de los migrantes.

Finalmente, y antes de pasar a un análisis particular de estándares relativos a cada una de las interpretaciones del principio de igualdad, es relevante la postura protectoria adoptada por el SIDH al establecer que los estados en uso de sus facultades de regulación migratoria y establecimiento de políticas de control de frontera están obligados a respetar los DDHH de las personas migrantes sin discriminación y distinciones basadas en su condición de migrante, con mayor énfasis tratándose de un migrante en situación irregular, considerando además otras condiciones de vulnerabilidad como el sexo, la etnia, el origen nacional, la condición social, la edad<sup>14</sup>. Además, el SIDH, al igual que otros órganos importantes en el ámbito internacional, consideran que los migrantes se encuentran *per se* en una situación de mayor vulnerabilidad por lo

---

<sup>13</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Párr. 100 y 101.

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso Vélez LoorVs.Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 21895. Párr. 99-100.

que es necesario adoptar medidas especiales de garantía y protección de sus DDHH.

*b) Igualdad como no discriminación o trato no discriminatorio*

El SIDH reconoce la capacidad de los estados de fijar sus políticas migratorias, de realizar los controles fronterizos necesarios para el ingreso de personas a su territorio y su capacidad de autorizar o no a las personas no nacionales a ingresar a su territorio si no cumplen con los requisitos establecidos en la normativa nacional, es decir reconoce que los estados pueden realizar distinciones y tratar de forma diferente a nacionales, residentes, migrantes regulares, y migrantes en situación irregular. Sin embargo, tanto la Comisión como la Corte, remarcan que tales regulaciones y controles que efectúan distinciones y tratos diferentes, deben basarse en criterios objetivos, razonables, y perseguir fines legítimos<sup>15</sup>.

Además, se reconoce que dichas distinciones prohibidas y por lo tanto discriminatorias, al igual que posibles exclusiones del ejercicio y goce de derechos, puede provenir tanto de forma directa como indirecta ante situaciones de jure o de facto que sin tener una intención discriminatoria pueden afectar de manera especial o desproporcionada a un determinado grupo, por ejemplo, personas migrantes<sup>16</sup>. Lo que se complementa con el repetido estándar que la condición o estatus migratorio de una persona no es condición o factor relevante para efectuar distinciones que puedan ser discriminatorias y por lo tanto lesionar el goce y ejercicio de los DDHH.

Finalmente, la protección de la igualdad como no discriminación en favor de los DDHH de las personas en situación de movilidad humana, incluye la prohibición del uso de categorías sospechosas o prohibidas para efectuar distinciones, restricciones o exclusiones. Por lo tanto, aquellas distinciones que

---

<sup>15</sup> 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. 402.

<sup>16</sup> Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 112. También, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012,13 párrs. 152 y 153;

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES INTERNACIONALES DENTRO DEL SIDH. LÍMITES Y EXHORTACIONES A LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LOS ESTADOS DE LA REGIÓN

puedan afectar derechos de los migrantes en función de categorías como el origen nacional, raza, etnia, sexo o género, entre otros, deberá ser presumida contraria a los instrumentos interamericanos de DDHH y por lo tanto objeto de un escrutinio estricto en su consideración, que incluye la inversión de la carga de la prueba y requisitos más exigentes a los que ya nos hemos referido en el apartado anterior<sup>17</sup>. Así lo han sostenido la Comisión Interamericana en diversos informes (CIDH, 2011; 2013; 2015 b), al igual que la Corte<sup>18</sup>, especialmente en casos de políticas de criminalización de los migrantes basadas en perfiles raciales, práctica muy extendida entre algunos estados<sup>19</sup>.

Al referirnos a afectaciones de derechos humanos específicos en relación con el principio de igualdad y no discriminación, profundizaremos en los estándares relativos a esta variante interpretativa del principio.

c) *Igualdad estructural o como no sometimiento. La particular situación de vulnerabilidad de los migrantes y el deber de protección especial*

Como hemos señalado anteriormente, esta interpretación del principio de igualdad tiene por objetivo la protección especial de determinados grupos sociales que están atravesados por situaciones de discriminación y exclusión que se han perpetrado en el tiempo y pueden ser consideradas históricas de acuerdo a las características sociales de un estado determinado. También hemos hecho referencia que, un primer paso para la aplicación de esta variante es identificar aquellos grupos que se encontrarían en la situación determinada e identificar aquellas situaciones, de jure o de facto que perpetúan la desigualdad.

---

<sup>17</sup> CIDH. Informe No. 64/12. Caso 12.271. Fondo. Benito Tide Méndez y otros. República Dominicana. 29 de marzo 2012. Párr. 261.

<sup>18</sup> Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251. Párr. 229. 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. 368

<sup>19</sup> Ver informe CIDH CIDH, Informe No. 64/12, Caso 12.271, Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas v. República Dominicana, Informe de Fondo, 29 de marzo de 2012, párr. 228.

En este sentido, tanto la Comisión<sup>20</sup> como la Corte Interamericana<sup>21</sup> han reconocido que dicha interpretación es coherente y es exigida por los derechos y obligaciones presentes en los instrumentos interamericanos de derechos humanos.

La Comisión, como órgano de promoción y protección, ha reconocido expresamente a las personas en situación de movilidad humana, los migrantes y especialmente a los migrantes indocumentados, apátridas y solicitantes de asilo, como grupos especialmente vulnerables, y en ocasiones, histórica y perpetuamente excluidos en algunos estados y sociedades (CIDH, 2019 a, p. 121). Como consecuencia de ello los ha incluido como grupo prioritario en su plan estratégico 2017-2021 (CIDH, 2017, p. 1).

La Corte (CORTE IDH, 2019, p. 95; 2020, p. 11) también ha reconocido la especial condición de vulnerabilidad de los migrantes, especialmente aquellos que se encuentran en situación irregular<sup>22</sup>, señalando que tal condición de vulnerabilidad tiene un contexto e intensidad particular que depende de cada estado y sociedad en un tiempo determinado, y que responde no solo a su condición legal y las diferencias normativas en el reconocimiento de derechos, sino también a situaciones de facto relacionadas a prejuicios culturales y sociales, que reproducen la desigualdad e impiden la integración social de estos como grupo<sup>23</sup>, además de la violencia generalizada, la explotación laboral y las malas condiciones de trabajo a las que habitualmente son sometidos.

En consecuencia, el tribunal establece que los estados, además de abstenerse de crear regulaciones y prácticas que puedan resultar directamente discriminatorias o deriven en un impacto desproporcionado sobre los grupos

---

<sup>20</sup> CIDH, Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 enero 2007 párrs. 89-99. CIDH, La situación de las personas afrodescendientes en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62. 5 diciembre 2011. Párr. 46 y 57

<sup>21</sup> Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 2464. Párr. 89-99.

<sup>22</sup> Op. Cit. Corte IDH. Opinión Consultiva 18/03. Párr. 112 a 117.

<sup>23</sup> Corte IDH Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 128. También Op. Cit. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, párr. 152 y 153. Caso Vélez Loor Vs. Panamá 97 y 98.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES INTERNACIONALES DENTRO DEL SIDH. LÍMITES Y EXHORTACIONES A LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LOS ESTADOS DE LA REGIÓN

vulnerables de migrantes, estos tienen la obligación garantizar la igualdad real en el acceso a derechos fundamentales, brindando una protección especial que incluya medidas de acción afirmativas cuando fuera necesario<sup>24</sup>. Finalmente, este deber de tutela efectiva en la protección de los derechos humanos de los migrantes, incluye los actos de terceros que puedan vulnerar estos estándares y colocar en una situación de mayor vulnerabilidad a las personas migrantes<sup>25</sup>.

Además, como hemos señalado anteriormente, y más allá de la situación de vulnerabilidad per sé en pueden encontrarse los migrantes o sus familiares, existen situaciones particulares dentro de la región que pueden caracterizarse como situaciones de desigualdad estructural e histórica contra un determinado grupo de migrantes por su origen nacional, raza o condición económica. Esta situación ha sido observada y abordada por el SIDH en el caso de los migrantes haitianos y sus familiares en República Dominicana, donde generalmente son víctimas de un contexto de discriminación y subordinación que responde a patrones estructurales, generalizados e históricos. Esto ha llevado, tanto a la Comisión<sup>26</sup> como a la Corte<sup>27</sup>, a señalar que tal situación es contraria a los art. 1 y 24 de la CADH, colocando al Estado Dominicano en la obligación de adoptar medidas de protección y garantía especiales en favor de la comunidad haitiana en su país, destinadas revertir y desmantelar las condiciones de discriminación estructural en que se encuentran.

Finalmente, una última cuestión que debemos destacar sobre esta particular visión y aplicación del principio de igualdad, está dada por las acciones y políticas públicas concretas que debe llevar a cabo el estado para revertir los

---

<sup>24</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 13017, párr.141.

<sup>25</sup> Op Cit. Corte IDH. Opinión Consultiva 18/03, párr. 104.

<sup>26</sup> CIDH Informe de país: Situación de derechos humanos en República Dominicana. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 45/15 31 diciembre 2015. Párr. 361-370.

<sup>27</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. Párr. 168.

patrones de discriminación estructurales contra un grupo. Particularmente en el caso de los migrantes, algunas de las medidas ordenadas por la Corte Interamericana incluyen cursos de capacitación para funcionarios públicos que hagan especial énfasis en el principio de igualdad, en la tolerancia y la prohibición de la discriminación contra los migrantes<sup>28</sup>. También incluye capacitaciones para los agentes de seguridad que tienen dentro de sus funciones el control fronterizo para que no apliquen las políticas de perfiles raciales y criminalización de la migración<sup>29</sup>. Otras medidas destacadas son el diseño e implementación de campañas de comunicación para la sociedad en general para lograr la concientización y tolerancia sobre los derechos de las personas migrantes<sup>30</sup>.

*d) Desigualdad o discriminación interseccional*

La Comisión Interamericana ha señalado en sus informes sobre movilidad humana y DDHH (2013, p. 42-43; 2015 b, p. 14), que a la común situación de discriminación que atraviesan las personas migrantes en razón de su origen nacional, muchas veces por estar en situación irregular, se suman otros factores adicionales como su sexo, género, orientación sexual, edad, etnia o raza, lo que incrementa de manera preocupante su situación de extrema vulnerabilidad y por lo tanto la imposibilidad de gozar y ejercer sus derechos libremente.

*e) Aplicaciones específicas en relación a otros derechos. Acceso a la justicia y debido proceso, derecho a la nacionalidad, derechos laborales generales y acceso a la salud en caso de emergencia*

La proyección del principio de igualdad, como principio y eje rector de todo el sistema interamericano de protección y promoción de derechos, así como principio transversal de todos los derechos reconocidos en tanto en la

---

<sup>28</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Párr. 242.

<sup>29</sup> 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 465.

<sup>30</sup> Op Cit. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Párr. 272

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES INTERNACIONALES DENTRO DEL SIDH. LÍMITES Y EXHORTACIONES A LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LOS ESTADOS DE LA REGIÓN

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos no menos importantes como el Protocolo de San Salvador, la Convención Belén Do Para, etc. ha permitido a los órganos del sistema aplicar los estándares anteriormente desarrollados a situaciones concretas relativas a derechos de los migrantes.

*1. Acceso a la justicia y debido proceso*

La Corte ha señalado que las reglas prescriptas en el Art 8 y 25 de la CADH deben ser respetadas y garantizadas sin discriminación alguna para los migrantes, particularmente aquellos que están en situación irregular y generalmente tienen que afrontar procesos en su contra o medidas sancionatorias<sup>31</sup>. Así, la Corte reconoce que los Estados pueden tomar medidas contra aquellas personas que no cumplan con sus regulaciones en materia migratoria y de acceso de personas a su jurisdicción, pero estas medidas deben basarse en justificaciones y criterios objetivos, razonables, proporcionales y perseguir fines legítimos. Además, ha señalado que, por la especial situación de vulnerabilidad de los migrantes<sup>32</sup>, deben tomarse medidas positivas dentro del proceso para garantizar la igualdad procesal y el debido proceso<sup>33</sup>, esto incluye el deber de proveer de traductor oficial si la persona no hablara el idioma y por supuesto garantizar la comunicación y asistencia consular de la delegación de nacionalidad de la persona afectada<sup>34</sup>.

Por su parte, la Comisión ha señalado en diferentes casos, como situaciones discriminatorias pueden dar lugar a violaciones de los derechos y

---

<sup>31</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Párr. 121 y 122.

<sup>32</sup> Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Devido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC-16/99. Párr. 115 - 119

<sup>33</sup> Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 27296. Párr. 128

<sup>34</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 21895. Párr. 254

garantías relativos al debido proceso. Así, en un caso<sup>35</sup> sobre detención de migrantes cubanos en EEUU, la CIDH entendió que la prolongación injustificada y arbitraria de la privación de libertad de los migrantes en situación irregular, sin derecho a una revisión judicial periódica de las causas y condiciones de esa situación, no sólo violaba las garantías más esenciales del debido proceso y el acceso a la justicia, sino también el principio de igualdad por entender que el régimen legal y procesal aplicado era totalmente distinto al que era aplicado a otras personas bajo el control estatal. Además, consideró que el estado no dio justificaciones objetivas ni razonables y mucho menos proporcionales a los posibles fines legítimos que esgrimía al considerar que las condiciones y fundamentos de la detención eran totalmente arbitrarios y discretionales. La CIDH al exigir una justificación y prueba al estado, aplica un escrutinio estricto en función de las categorías de las víctimas como migrantes en situación irregular y de origen nacional cubano.

En otro caso<sup>36</sup>, la Comisión entendió que la falta de prevención del riesgo, de que en un juicio por jurados los integrantes de éste puedan faltar al requisito de la imparcialidad por posibles prejuicios o estereotipos contra un inmigrante de origen latino, violaba el principio de igualdad en relación a los derechos a las garantías procesales. Además, la Comisión tomó en cuenta el contexto del caso, el presunto tratamiento discriminatorio que recibió la víctima que no fue notificada de sus cargos, tampoco le fue informada su derecho a asistencia consular, le fue negada la asistencia de un abogado y además el fiscal de la causa emitió en sus alegatos distintas afirmaciones abiertamente discriminatorias. En ambos casos al tratarse de EEUU como país denunciado, la CIDH utilizó la Declaración Americana para establecer la violación del principio de igualdad previsto en el Art. 2 de ese instrumento.

---

<sup>35</sup> CIDH, Informe No. 51/01, Caso 9903, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros (Estados Unidos), Informe de Admisibilidad y Fondo, 4 de abril de 2001, párr. 238-242

<sup>36</sup> CIDH, Informe No. 1/05, Caso 12.430, Roberto Moreno Ramos (Estados Unidos), 28 de enero de 2005, párr. 66 a 68.

## 2. *Derecho a la nacionalidad*

La Corte ha sostenido que, si bien es competencia exclusiva de los estados determinar mediante su ordenamiento jurídico, en qué condiciones es adquirida la nacionalidad de una persona, estas regulaciones no pueden violentar el principio de igualdad. Por lo tanto, los estados deben de abstenerse de introducir regulaciones y realizar prácticas que puedan ser consideradas discriminatorias por establecer diferencias arbitrarias, es decir no objetivas, irrazonables e ilegítimas, entre las personas que aspiran a obtener su nacionalidad<sup>37</sup>.

En los casos señalados, además, el principio de que la condición migratoria de los padres no se traspasa a los hijos, permite determinar que las prácticas que niegan la nacionalidad a una persona nacida en el territorio del estado sólo por considerar los estatus migratorios y orígenes nacionales de sus padres, es abiertamente discriminatoria y contraria a la convención, siendo el estado es quien tiene la carga de probar lo contrario<sup>38</sup>. Además, la corte entiende que la discrecionalidad en la materia también está limitada por la obligación de los estados de reducir y evitar la apatridia de las personas sujetas a su jurisdicción, si es que no pueden adquirir la nacionalidad de otro estado o si esta es impracticable.

## 3. *Derechos laborales de las personas migrantes*

Tanto la Corte<sup>39</sup> como la Comisión<sup>40</sup> han sostenido que el estatus migratorio de una persona es independiente y no es relevante para el goce y

---

<sup>37</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr 141 y 141. 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. 257.

<sup>38</sup> Idem. Caso Yean y Bósico, Párr. 155 y 156. Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas, Párr. 264,317 y 318.

<sup>39</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie C No. 18, párr. 133-136

<sup>40</sup> Informe No. 50/16. Caso 12.834. Fondo. Trabajadores indocumentados. Estados Unidos de América. 30 de noviembre de 2016, párr. 76.

ejercicio de sus derechos laborales, por lo que resultaría discriminatorio si a una persona le son negados o restringidos sus derechos laborales en virtud de su estatus migratorio, incluso si es un migrante en situación irregular. Además, los estados no solo tienen que abstenerse de incurrir en estas prácticas señaladas, sino también, deben garantizar que ningún particular dentro de su jurisdicción utilice como excusa el estatus migratorio de una persona para negarle derechos laborales fundamentales, siendo que la tolerancia o inacción en estos casos puede acarrear a la responsabilidad internacional del mismo estado. También estos deben abstenerse y a la vez garantizar, que no existan situaciones o prácticas donde migrantes indocumentados sean aprovechados y explotados como mano de obra barata y sin acceso a derechos o en condiciones laborales precarias, prácticas que son muy comunes en la actualidad.

#### *4. Acceso a la salud en casos de emergencia*

Nuevamente, en un caso<sup>41</sup> contra República Dominicana, la Corte entendió que el estado violó el principio de igualdad en contra de migrantes en situación irregular provenientes de Haití, al negarles la atención médica ante una emergencia y ante el estado de salud de gravedad de muchos de ellos solo por su origen nacional y por su condición de migrantes en situación irregular, lo que está expresamente prohibido en el art. 1 de la CADH. Además, el tribunal sostuvo nuevamente el deber de protección especial ante los migrantes irregulares de nacionalidad haitiana que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad.

### **V. Conclusión y reflexión final. Proyecciones de las nociones de igualdad en el SIDH.**

A lo largo de este trabajo, hemos intentado explorar y poner en discusión los alcances del principio de igualdad en la protección de los derechos de los migrantes internacionales dentro del SIDH.

---

<sup>41</sup> Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251. Párr. 108 y 109. (CIDH, 2015)

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES INTERNACIONALES DENTRO DEL SIDH. LÍMITES Y EXHORTACIONES A LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DE LOS ESTADOS DE LA REGIÓN

Resulta claro que en materia migratoria este principio se encuentra en permanente tensión entre las políticas y normativas estatales, e incluso las prácticas institucionales y socio-culturales, frente al paradigma protectorio de los DDHH. El SIDH ha tomado nota de esta conflictividad, al igual que ha tomado nota de las particularidades regionales de las dinámicas migratorias y sus complejidades, optando para ello por una protección y tutela efectiva, amplia y robusta de los DDHH de las personas en situación de movilidad humana.

La evolución de los estándares, especialmente aquellos que aplican el principio de igualdad, va desde una concepción clásica como la igualdad como no discriminación, a una concepción más novedosa y sustantiva como la igualdad estructural o como no sometimiento. También son importantes las nociones de discriminación y desigualdad directa e indirecta, de jure y de facto, y el concepto de desigualdad interseccional. Además, la aplicación de las categorías sospechosas y del test de escrutinio estricto, con la rigurosidad que promueve frente a los actos discriminatorios de los estados en materia migratoria, es fundamental para combatir prácticas reiteradas como los perfiles raciales a la hora de controlar el ingreso de migrantes en las fronteras nacionales o incluso a la hora de entablar contra ellos procesos criminales por las irregularidades migratorias o delitos diferentes, e incluso la expulsión.

Probablemente, uno de los aciertos más grandes del SIDH es la consideración particular que tiene a la hora de evaluar la situación de los migrantes en determinados países de la región como EEUU o la República Dominicana, que frente a la comunidad de latinos o de haitianos, han establecido permanentemente regulaciones y prácticas de discriminación y exclusión social históricas, que podríamos caracterizar como estructurales. Que estas situaciones no hayan pasado por alto al SIDH y merezcan su especial interés, muestra una vocación por abordar y contribuir a resolver los problemas estructurales y los patrones históricos de discriminación y exclusión que aquejan a la región. Esto es parte también de su evolución.

También es significativo el rol que ha llevado a cabo la Corte Interamericana en relación a las reparaciones ordenadas en sus sentencias. A partir de su doctrina de reparación integral y con vocación transformadora, utilizada frecuentemente para casos de desigualdad estructural donde se verifican patrones de discriminación y exclusión social muy profundos, este tribunal ha encontrado una herramienta con gran potencial para incidir en la realidad social y repensar estados, sociedades y una región un poco más justa.

Celebramos, además, la capacidad y voluntad de seguir y supervisar permanentemente la implementación de las recomendaciones o sentencias que emanan sus órganos, lo que sin duda colabora y es central para que los estándares robustos y de vanguardia que hemos estudiado y discutido, no queden en letra muerta y por lo tanto los derechos de los migrantes invisibilizados, vulnerados y finalmente desprotegidos.

Todo ello, nos permite concluir que, en la región los desafíos en materia migratoria y protección de los DDHH de los migrantes son enormes, sin embargo, también pensamos que los esfuerzos y resultados que se consiguen desde SIDH son prometedores y marcan una clara tendencia en favor de estos derechos, tanto a nivel regional como internacional.

## VI. Bibliografía

- BAYEFSKY, A. (1990). The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law. *Human Rights Law Journal* Vol 11, 1-34.
- CEPAL. (2008). *América Latina y el Caribe. Migración internacional, derechos humanos y desarrollo*. Santiago de Chile: CEPAL .
- CEPAL. (2011). *Migración Internacional en América Latina y el Caribe. Nuevas tendencias, nuevos enfoques*. Santiago de Chile: CEPAL.
- CIDH. (2007). *Acceso a la justicia para las mujeres victimas de violencia en las Américas*. Washington DC: OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68.
- CIDH. (2010). *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: detenciones y debido proceso*. Washington DC: OEA/Ser.L/V/II.
- CIDH. (2011). *Situación de las personas afrodescendientes en las Américas*. Washington DC: OEA/Ser.L/V/II. Doc. 62.
- CIDH. (2013). *Derecho humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de movilidad humana en México*. Washington DC: OEA/Ser.L/V/II. .
- CIDH. (2015 a). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana*. Washington DC: OEA/Ser.L/V/II. Doc.45/15.
- CIDH. (2015 b). *Movilidad Humana. Estandares Interamericanos*. Washington DC: OEA/Ser.L/V/II.Doc. 46/15.
- CIDH. (2017). *Plan estratégico 2017-2021*. Washington DC: OEA/Ser.L/V/II.161.
- CIDH. (2018). *Resolución 2/18. Migración forzada de personas venezolanas*. Washington DC: CIDH.
- CIDH. (2019 a). *Compendio sobre la igualdad y no discriminación : estándares interamericanos*. Washington DC: CIDH - OEA.
- CIDH. (2019 b). *Principios Interamericanos sobre los derechos de todas las personas migrantes refugiadas, apátridas y las victimas de trata de personas (Res. 4/19)*. Washington DC: OEA.
- CORTE IDH. (2019). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°14: Igualdad y no discriminación* . San José de Costa Rica: Corte IDH.
- CORTE IDH. (2020). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 2 : Personas en situación de migración o refugio*. San José de Costa Rica: Corte IDH.
- DULITZKY, A. E. (2007). El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana . *Anuario de Derechos Humanos*.

- IPPDH. (2016). *Migración, derechos humanos y política migratoria*. Buenos Aires: IPPDH - OIM.
- OPPDHM. (2008). *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos*. Montevideo : Observatorio de políticas públicas de derechos humanos del Mercosur.
- PALACIOS ZULOAGA , P. (2006). *La no discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación*. Santiago: LOM ediciones.
- SABA, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué le debe el Estado a los grupos desventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

**LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE LOS PARTICULARES ANTE LA CORTE INTERAMERICANA  
DE DERECHOS HUMANOS**

Juan Bautista Justo<sup>1</sup>

---

Fecha de recepción: 15 de junio de 2021

Fecha de aceptación: 4 de agosto de 2021

**Resumen**

El presente trabajo aborda un desafío creciente para el funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos, que se relaciona con la imposición de condenas al Estado que producen efectos sobre la situación jurídica de particulares que no han podido participar en el proceso contencioso internacional. Se explora, en ese marco, al litisconsorcio pasivo entre Estado y particulares como un modo de superar la clásica imposibilidad de demandar a un sujeto privado ante los tribunales internacionales de derechos humanos.

*Palabras clave: Derechos Humanos – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Responsabilidad Internacional del Estado – Reparaciones – Subjetividad del individuo en el Derecho Internacional – Legitimación pasiva – Empresas y Derechos Humanos.*

**Title:** *LOCUS STANDI OF INDIVIDUALS AS DEFENDANTS BEFORE THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

**Abstract**

This paper addresses a rising challenge for the performance of the inter-American human rights system, which relates to the execution of judgments that affect the legal sphere of individuals who have not had the chance to intervene in the international trial. In this context, the joinder of the State and individuals as co-

---

<sup>1</sup>Abogado (Universidad Nacional del Comahue, Argentina) Profesor de Derecho Administrativo (Universidad Nacional del Comahue, Argentina) [justo.juanbautista@gmail.com](mailto:justo.juanbautista@gmail.com)

defendants is explored as a way to overcome the classic infeasibility of suing a private subject before international human rights courts.

*Keywords: Human Rights - Inter-American Court of Human Rights - International Responsibility of the State - Reparations - Individuals in International Law – Locus Standi - Business and Human Rights.*

## **I. Introducción**

Por vía de principio, no resulta posible demandar a un individuo o empresa ante los tribunales internacionales de derechos humanos. Este trabajo explora al litisconsorcio pasivo entre Estado y particulares como un modo de superar esa limitación. Tomando como referencia el sistema interamericano, se postula aquí que resulta necesario habilitar en los procesos judiciales internacionales la intervención de los sujetos privados cuyos derechos pueden verse afectados por la sentencia que en ellos se dicte.

Los tratados de derechos humanos imponen a los Estados una obligación de protección contra las afectaciones a los derechos convencionales que puedan provenir de los terceros sometidos a su jurisdicción, entre ellos, los particulares y empresas. Esto implica que las autoridades domésticas deben, además de respetar y garantizar por sí mismas esos derechos, adoptar medidas para prevenir, sancionar y reparar las violaciones producidas por las entidades privadas. Si el Estado falla en la implementación de esas acciones, puede ser demandado por los damnificados ante la jurisdicción subsidiaria de los tribunales internacionales.

En caso de confirmarse la inobservancia a esos deberes, el tribunal declarará la responsabilidad internacional del Estado y le impondrá una serie de mandatos -cesación, restitución, indemnización, satisfacción y/o garantías de no repetición- que pueden generar un impacto directo en los derechos de particulares, pues al cumplirlos el Estado tendrá el deber de remover todos los obstáculos que puedan existir para hacer efectivo el fallo. Son crecientes los casos donde la Corte Interamericana impone la restitución de tierras ocupadas por privados, la anulación de sentencias -penales o civiles- que los benefician o

la supresión de títulos de propiedad o permisos de explotación de recursos naturales, entre otros. En todos esos casos, la sentencia obliga al Estado a extinguir o modificar derechos de terceros a punto de partida de un proceso judicial en el que aquellos no han podido participar.

Esa tendencia puede dar lugar a una inconsistencia en el sistema convencional: si el Estado omite ejecutar las medidas que le exige la sentencia, incurre en incumplimiento y compromete la eficacia del régimen de protección. Al mismo tiempo, si acata la sentencia y activa las medidas que le impone la jurisdicción internacional, viola el derecho del particular a ser oído, en tanto pone en práctica una serie de decisiones que inciden decisivamente sobre sus derechos, pero que tienen origen en un proceso –el sustanciado ante el tribunal interamericano- en el cual éste no fue parte.

Una forma posible de resolver esta tensión consiste en la admisión del litisconsorcio pasivo entre Estado y particular ante los estrados supranacionales. De otro modo, se expone al sistema a la disyuntiva de comprometer su eficacia o sacrificar el debido proceso.

Reconocer la legitimación pasiva de las compañías -y de los particulares en general- ante la Corte Interamericana ayudaría a resolver esa debilidad procedural frente al derecho de defensa pero, por sobre todo, contribuiría a fortalecer la agenda global de derechos humanos y empresas, en tanto permitiría sentar a las corporaciones ante los estrados judiciales internacionales y oponerles las decisiones que allí se adopten, generando con ello incentivos directos para comportamientos más compatibles con los estándares convencionales.

## **II. La subjetividad de los particulares en el derecho internacional**

El reconocimiento de la personalidad del individuo como sujeto del derecho internacional constituye el legado más valioso del pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo XX y el pilar de la construcción del derecho del siglo XXI (CANÇADO TRINDADE, 2004). En virtud de él, los particulares pueden demandar al Estado ante foros globales que aplican exclusivamente normas

internacionales, y lograr en ese espacio condenas que le impongan obligaciones de hacer, no hacer o dar.

En el pasado, cuando el derecho internacional era visto exclusivamente como una disciplina que regulaba las relaciones entre entes soberanos, los Estados eran sus únicos sujetos (VERDROSS, 1982), en tanto solo ellos podían ser titulares de derechos y obligaciones bajo ese sistema (CANÇADO TRINDADE, 2007). Al encontrarse completamente sometidos a la voluntad estatal, los individuos eran considerados como un mero objeto del derecho internacional (ASSENZA, 2010; HICKEY, 1997). Ellos no contaban con la posibilidad de ejercer los atributos de la personalidad en los foros internacionales y, en caso de sufrir una lesión imputable a otro Estado, dependían absolutamente de que su propio gobierno adoptara su reclamo y activara los pertinentes canales diplomáticos, posibilitando con ello una vía indirecta de reparación que, sin embargo, quedaba sujeta totalmente a negociaciones intergubernamentales en las que el particular era un convidado de piedra (SOHN, 1982).

Al mismo tiempo, a nivel interno también se negaba a los particulares la posibilidad de invocar directamente derechos fundados en normas internacionales, dando lugar a un cuadro en el que el ordenamiento internacional constituía un dominio exclusivo de los entes soberanos (BURGESS & FRIEDMAN, 2005).

Dado que el Estado era el único sujeto que podía ser titular de derechos u obligaciones en el ámbito internacional, la responsabilidad en ese campo sólo podía surgir respecto de él. Estaba completamente vedado que el particular pudiera ser actor o demandado en ese marco.<sup>2</sup> Paralelamente, bajo el derecho internacional consuetudinario, la llamada “norma internacional de justicia” confería al Estado el derecho de proteger a sus nacionales en el exterior.<sup>3</sup> Consecuentemente, cuando un Estado causaba a un daño a un súbdito

---

<sup>2</sup> Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), *Responsabilidad internacional: Informe preparado por F. V. García-Amador*, Relator Especial, 2º de enero de 1956, A/CN.4/96, párr. 96.

<sup>3</sup> CDI, *Responsabilidad internacional. Segundo informe de F. V. García Amador, Relator Especial. Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros. Parte I: Actos y omisiones*, 15 de febrero de 1957, A/CN.4/106, párr. 134.

extranjero, lo que estaba en juego era esa prerrogativa soberana y no un derecho subjetivo del particular afectado. El titular de ese reclamo era el Estado de dicho nacional, pero no éste *iure proprio*.<sup>4</sup>

En definitiva, la responsabilidad internacional fue concebida en sus inicios como una relación pura y estrictamente *interestatal*. Cualquiera fuera la naturaleza del acto u omisión en juego, el soberano era siempre el verdadero y único titular del interés lesionado.<sup>5</sup> El sujeto protegido era el Estado *en la persona* de sus nacionales.

En las últimas décadas, ese paradigma estatocéntrico ha caído a manos del reconocimiento del individuo como *reclamante* en la arena global (PENTIKÄINEN, 2012; HIGGINS, 1978; LAUTERPACHT, 1950; OCHOA, 2007; CLAPHAM, 2010). Los derechos humanos lideraron esa transformación: permitieron la superación de la distinción entre nacional y extranjero como fundamento de tutela e inauguraron la etapa de plena subjetivación internacional del particular. A partir de ellos, el sujeto protegido ya no es el Estado *en la persona* de sus nacionales, sino el individuo por sí mismo. La personalidad jurídica internacional se independizó del ente estatal.<sup>6</sup>

La onda expansiva de esa universalización arrasó con el sistema clásico. En la medida en que la titularidad de derechos dejó de depender de la nacionalidad, esos derechos pasaron a ser oponibles frente al propio soberano y no solo frente a las potencias extranjeras. El Estado quedó obligado

---

<sup>4</sup> “It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. *By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law. The question, therefore, whether the present dispute originates in an injury to a private interest, which in point of fact is the case in many international disputes, is irrelevant from this standpoint. Once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the State is sole claimant*” (CPJI, *Mavrommatis Case*, PCIJ Series A, N° 2, 30 de Agosto de 1924, p. 12).

<sup>5</sup> CDI, *Responsabilidad internacional: sexto informe de F. V. García Amador, Relator Especial. Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros — la reparación del daño*, 26 de enero de 1961, A/CN.4/134 y Add.I, párr. 8.

<sup>6</sup> CDI, *Responsabilidad internacional: Informe preparado por F. V. García-Amador, Relator Especial*, 2º de enero de 1956, A/CN.4/96, párr. 111.

internacionalmente respecto de sus propios habitantes. Pasamos de un derecho internacional “hacia afuera” a un derecho internacional “hacia adentro”.

El proceso evolutivo del reconocimiento de la persona como sujeto del derecho internacional involucró tanto garantías procesales como derechos y obligaciones de carácter sustantivo (HOOGE, 2001, PARLETT, 2012). En las primeras experiencias históricas, ciertos tratados reconocieron la capacidad procesal de los individuos para formular reclamos por si mismos en la arena internacional, pero fue sin dudas la Segunda Guerra Mundial lo que terminaría de definir el nuevo escenario (SOHN, 1982).

Dos eventos fueron claves para catalizar el cambio: el primero de ellos fue la condena de criminales de guerra en Nüremberg. El tribunal declaró la responsabilidad de individuos postulando que “los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por hombres, no por entes abstractos, y solamente castigando a esos individuos es posible hacer efectivas esas disposiciones del derecho internacional”. Ello implicó consagrar obligaciones del individuo que emanaban directamente del derecho internacional. El segundo hito fue la decisión de prevenir la ocurrencia de nuevas atrocidades a través de mecanismos tutelares que trascendieran la voluntad de los Estados, lo cual daría lugar a la consagración del sistema de convenciones de Naciones Unidas, replicado y perfeccionado luego a nivel regional en América, Europa y África. El régimen interamericano es uno de los modelos más desarrollados.

La internacionalización de la personalidad jurídica del individuo ha quedado puesta de manifiesto con la ampliación de su protección global. En la actualidad existen decenas de cuerpos supranacionales ante los cuales los particulares pueden formular peticiones en contra del Estado, sin recabar el consentimiento de aquel. Ese consentimiento se operativiza con la ratificación del pertinente tratado internacional y el sometimiento a la jurisdicción de esos órganos para verificar si su comportamiento es acorde a los compromisos asumidos (KOVLER, 2013). El contencioso exclusivamente interestatal es cosa del pasado.

### **III. El carácter *erga omnes* de las obligaciones en materia de derechos humanos y el deber estatal de protección**

Uno de los rasgos fundamentales de los tratados de derechos humanos es el carácter *erga omnes* de las obligaciones que ellos imponen.<sup>7</sup> Como resultado de ese atributo, los mandatos de respeto, garantía y protección de los derechos consagrados en las convenciones sobre la materia vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.<sup>8</sup> Ello hace que las obligaciones propias de estos tratados -que normalmente tienen sus efectos en las relaciones entre los Estados y las personas sometidas a su jurisdicción- también proyecten sus efectos en los lazos inter-individuales.<sup>9</sup>

Ese dato activa en cabeza del Estado una obligación específica de protección que se materializa en la labor regulatoria y aplicativa a cargo de sus autoridades legislativas, jurisdiccionales, administrativas y similares. El Estado debe encargarse de diseñar herramientas que eviten que ciertos particulares vulneren los derechos de otros y para eso tiene que recurrir al ejercicio de sus potestades.

La dimensión vertical del rasgo *erga omnes* reside, precisamente, en las proyecciones de los mandatos convencionales como justificación de la competencia reglamentaria de la autoridad pública. Su análisis indica que la

---

<sup>7</sup> Corte IDH, OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Sentencia de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18. Esa incidencia de los derechos humanos en las relaciones jurídicas privadas ha sido teorizada en Alemania a partir de la doctrina de la *Drittewirkung der Grundrechte*, esto es, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, y a partir de allí se ha trasladado a diferentes ordenamientos europeos y a los tribunales internacionales de Estrasburgo y Costa Rica.

<sup>8</sup> Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 110. Es así posible distinguir dos vertientes de las obligaciones *erga omnes*: una *horizontal* y otra *vertical*, que se complementan. La dimensión horizontal fue en su momento remarcada por la Corte Internacional de Justicia en el precedente *Barcelona Traction* (CIJ, Reports 1970, p. 32, párrs. 33-34) como el efecto vinculante de la obligación sobre todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no parte en los tratados de derechos humanos. En una dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público como a los simples particulares. Véase, Corte IDH, Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140. Voto Razonado del juez Cançado Trindade, párr. 8.

<sup>9</sup> Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 146; Asunto de las penitenciarías de Mendoza. Medidas Provisionales, 18 de junio de 2005, párr. 11.

comprensión de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos desde la mera abstención es hoy insuficiente. No alcanza con que el Estado evite incurrir en acciones violatorias de esos derechos, sino que se demanda de él un *plus* de tutela que conlleva la intervención en las relaciones entre las personas. Ese deber positivo pasa a constituirse en el sustrato último de las potestades estatales.

La Corte Interamericana, desde los primeros casos contenciosos que resolvió, ha esbozado la aplicación de su convención en relación con terceros, señalando que, aun cuando un hecho ilícito contrario a ella no le resulte directamente imputable, el Estado puede ver comprometida su responsabilidad por falta de la debida diligencia para prevenirlo o tratarlo en los términos requeridos por el régimen del pacto. Existe una “obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales”<sup>10</sup> y por consiguiente la “omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos” lo hace responsable.<sup>11</sup>

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha reconocido la aplicabilidad de su convenio a las relaciones interindividuales,<sup>12</sup> puntualizando que, aun cuando la dinámica del tratado de Roma reside inicialmente en la protección del individuo contra interferencias arbitrarias de las autoridades públicas, además de abstenerse de esas interferencias, el Estado debe cumplir obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de los derechos, lo cual puede implicar la adopción de medidas inclusive en las relaciones entre individuos.

---

<sup>10</sup> Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párr. 85.

<sup>11</sup> Corte IDH, Caso Ximenes Lopes, cit., párr. 86.

<sup>12</sup> SSTDH, *Young, James y Webster vs. Reino Unido*, cit., párr. 49; *X e Y vs. Países Bajos*, 26 de marzo de 1985, párr. 23; *Botta vs. Italia*, 24 de febrero de 1998, párr. 33; *Van Kück vs. Alemania*, 12 de junio de 2003, párr. 70; *Von Hannover vs. Alemania*, 24 de junio de 2004, párr. 57; *Khurshid Mustafa y Tarzibachi vs. Suecia*, 16 de diciembre de 2008, párrs. 32 y 50; *Özgür Gündem vs. Turquía*, 16 de marzo de 2000, párrs. 42-46; *Fuentes Bobo vs. España*, 29 de mayo de 2000, párr. 38; *Appleby y otros vs. Reino Unido*, 24 de septiembre de 2003, párr. 39.

De tal manera, el Estado debe diseñar sus instrumentos regulatorios de las relaciones individuales de un modo que permita asegurar el goce de los derechos convencionales. Cuando la legislación o las prácticas domésticas brindan amparo a tratos contrarios a aquéllos se produce un supuesto de responsabilidad del Estado. La aquiescencia a la existencia de un obrar anticonvencional juega como el factor de atribución aun cuando el Estado no pueda ser sindicado como agente directo de los hechos que dan lugar al reclamo,<sup>13</sup> y eso demanda de él un rol activo. El nexo entre obligaciones *erga omnes* y deberes positivos de regulación es, así, un componente destacable del orden internacional de los derechos humanos que agrava los deberes estatales y que exige una labor protectora en todos los campos. En esta materia “*no hay lugar para distinguir entre actos y omisiones*”.<sup>14</sup>

Para evaluar el cumplimiento de ese deber, los tribunales internacionales llevan a cabo un control que parte de la premisa del margen de apreciación estatal en la elección de los medios previstos para asegurar la tutela del derecho convencional involucrado en la esfera de las relaciones inter-individuales. Si ese margen se ve superado en el caso y se concluye en la ineficacia de la protección dispensada por las medidas estatales se produce un caso de violación del derecho.<sup>15</sup>

De tal modo, por vía de principio se encuentra deferido al Estado seleccionar los medios a través de los cuales cumplirá con el deber de protección, lo cual se materializará en la aplicación de diferentes esquemas regulatorios en función de los intereses en juego. En algunas oportunidades deberá asegurar la protección mediante fuertes medidas disuasivas cuyo campo natural será el derecho penal, en otros alcanzará con brindar una adecuada reparación –ley civil- o fijar pautas de acción administrativa. En definitiva, la

---

<sup>13</sup> STEDH, *Young, James and Webster*, cit., párr. 49

<sup>14</sup> SSTEDH, *Marini vs. Albania*, 18 de diciembre de 2007, párr. 170; *Airey vs. Irlanda*, 9 de octubre de 1979, párr. 25; *K.U. vs. Finlandia*, 2 de diciembre de 2008, párrs. 42 y 43.

<sup>15</sup> SSTEDH, *Van Kück*, cit., párr. 71; *Keegan vs. Irlanda*, 26 de mayo de 1994, párr. 49.

selección del camino interno dependerá de su eficacia para lograr el objetivo tutelar.<sup>16</sup>

Es importante remarcar que esas obligaciones positivas alcanzan no sólo al ámbito legislativo, sino que se proyectan hacia todos los planos del ejercicio del poder público, en especial los tribunales. Esto permite reafirmar a la regulación y al control de convencionalidad como dos prácticas directamente exigibles a los departamentos estatales a partir de este rasgo de las obligaciones internacionales. Por ejemplo, si el criterio de los tribunales internos no resulta suficiente para asegurar la efectiva protección del derecho en juego se produce una violación, sin perjuicio del margen de apreciación,<sup>17</sup> lo cual implica que los jueces deben adaptar sus esquemas interpretativos de modo de acatar tales directivas y estándares modernos y conjurar la convalidación de situaciones de desamparo en el goce de los derechos convencionales.

De resultas de lo dicho, será en primer lugar tarea del legislador proveer el marco normativo necesario para conciliar los diferentes intereses en conflicto en el campo de la protección de los derechos. Cuando ese marco no exista y por ende la obligación positiva no pueda ser cumplida, nos encontraremos ante un incumplimiento a los compromisos en la materia.<sup>18</sup> A ello corresponderá

---

<sup>16</sup> STEDH, *X e Y vs. Países Bajos*, cit., párr. 24. Por ejemplo, en casos de violaciones graves al derecho tutelado, la corte ha considerado que la protección brindada por la ley civil – especialmente por conducto de la reparación pecuniaria- puede ser insuficiente. Cuando valores fundamentales y aspectos esenciales de ciertos derechos están en juego, la efectiva disuasión contra conductas lesivas resulta indispensable y sólo puede ser lograda mediante disposiciones penales (SSTEDH, *X e Y vs. Países Bajos*, cit., párr. 27; *M.C. vs. Bulgaria*, 4 de diciembre de 2003, párr. 150; *K.U. vs. Finlandia*, cit., párr. 47) Es así que frente a la tutela de ciertos derechos los Estados tienen una obligación positiva de criminalizar ciertas ofensas contra la persona, incluyendo las tentativas, y de reforzar el efecto disuasorio de la penalización a través de la aplicación efectiva de las disposiciones mediante una eficaz investigación y enjuiciamiento del hecho. La presencia de obstáculos procedimentales genéricos para la implementación de esas previsiones puede configurar un caso de violación a la obligación estatal de asegurar el respeto de los derechos en el marco de las relaciones privadas. En definitiva, *cuando la falta de establecimiento de disposiciones efectivas para la tutela del derecho en juego –sea por la presencia de lagunas normativas, obstáculos procedimentales o situaciones similares- se produce, nos hallamos ante un supuesto de violación*. Véase, Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 280; Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 78. v. SSTEDH, *Kılıç vs. Turquía*, 28 de marzo de 2000, párrs. 62-63 y *Osman vs. Reino Unido*, 28 de octubre de 1998, párrs. 115-116.

<sup>17</sup> STEDH, *Von Hannover*, cit., párrs. 78 y ss.

<sup>18</sup> STEDH, *K.U. v. Finlandia*, cit., párr. 49.

adicinar, a su turno, el protagónico rol de la labor judicial, que deberá atender especialmente a la jurisprudencia internacional que delimita los estándares aplicables en la tutela de cada derecho con el fin de trasladarlos a la resolución de controversias entre las personas y –en definitiva- a toda la función aplicativa del ordenamiento.

Como vemos, la obligación de protección implica que el Estado debe prevenir y tratar los comportamientos lesivos provenientes del sector privado.<sup>19</sup> Si no lo hace espontáneamente, el cumplimiento de ese deber puede serle reclamado en la esfera internacional, dando lugar a la declaración de responsabilidad por su falta y la imposición de un mandato reparatorio.

#### **IV. Las reparaciones en el sistema interamericano de derechos humanos**

En el derecho internacional se entiende que la acción u omisión de cualquier autoridad gubernamental contraria a los mandatos de los pactos internacionales constituye un hecho ilícito imputable al Estado que compromete su responsabilidad.<sup>20</sup> Con motivo de aquella, nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar el daño causado y hacer cesar las consecuencias de la violación.<sup>21</sup> Esa obligación se rige directamente por el derecho internacional y no es subsidiaria del derecho interno. Ninguna disposición o instituto doméstico puede oponerse a esa reparación.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Corte IDH, Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C No. 407.

<sup>20</sup> Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, (Fondo), Sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C No. 26, párr. 40.

<sup>21</sup> Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Guatemala, (Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C No. 7, párr. 25.

<sup>22</sup> Corte IDH, Caso Bulacio vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas), 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párr. 117; Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C No. 98, párr. 164; Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, (Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C No. 92, párr. 96, entre muchos otros.

De acuerdo a un consolidado principio del derecho internacional consuetudinario que la Convención Americana ha hecho propio,<sup>23</sup> “la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, según toda probabilidad, hubiera existido de no haberse cometido dicho acto”.<sup>24</sup> Esto implica que el responsable debe anular todas las consecuencias del acto ilegal y dejar al afectado en la misma situación que hubiese existido de no haber ocurrido la violación, para lo cual debe recurrir a diferentes formas de reparación —restitución, indemnización y satisfacción— que pueden ser requeridas de manera única o combinada.

Sobre esas bases consuetudinarias, el sistema interamericano ha construido un sistema de reparaciones notablemente fuerte, bajo el cual el deber de reparar tiene un amplio alcance.<sup>25</sup> Si bien procura inicialmente borrar las

---

<sup>23</sup> La responsabilidad del Estado por incumplimiento a sus obligaciones internacionales se rige básicamente por normas consuetudinarias. Esas normas han sido sintetizadas a lo largo de cincuenta años por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado (ONU, AG, A/RES/56/83, 2002). Ese instrumento, pese a carecer por sí mismo de efecto vinculante, refleja la costumbre internacional predominante en la materia, que constituye una fuente directa de obligaciones internacionales a la luz del art. 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como resultado de lo anterior, el Proyecto de la CDI es considerado como el documento más autoritativo sobre responsabilidad internacional del Estado (*Corn Products International Inc., vs. México*, Caso CIADI núm. ARB(AF)/04/01, 2008, párr. 76).

<sup>24</sup> CPJI, *Fábrica de Chorzow*, Serie A, N° 17, 13 de septiembre de 1928, p. 47.

<sup>25</sup> Uno de los rasgos distintivos del sistema americano reside en la amplísima capacidad jurisdiccional reconocida a su tribunal, que contrasta con las limitaciones impuestas a su par europeo. Las diferencias en esta materia entre el Pacto de San José de Costa Rica y el Convenio Europeo de Derechos Humanos son marcadas: **a)** en primer lugar, la Convención Americana concede a su Corte la facultad de ordenar en sus sentencias medidas concretas que son de obligatorio cumplimiento por los Estados y cuyo acatamiento es supervisado directamente por el propio tribunal (arts. 63 y 68). Por el contrario, las sentencias de la Corte Europea poseen carácter *declarativo* y no pueden, por vía de principio, contener la imposición de obligaciones o medidas específicas. La elección del modo de cumplimiento queda —por regla— librado a una decisión discrecional del Estado y el Convenio pone la supervisión del cumplimiento a cargo de un órgano diferente al Tribunal Europeo: el Comité de Ministros (art. 46 del Convenio; SSTEDH, *Marckx vs. Bélgica*, 13 de junio de 1979, párr. 58; *Manifattura FL vs. Italia*, 27 de febrero de 1992, párr. 22; *Castells vs. España*, 23 de abril de 1992, párr. 54; *E.P vs. Italia*, 16 de noviembre de 1999, párrs. 76 y 77; *Papamichalopoulos vs. Grecia*, 31 de octubre de 1995, párr. 34; *Clooth vs. Bélgica*, 5° de marzo de 1998, párr. 14). Si bien ese carácter declarativo se mantiene como principio, la Corte ha precisado que, excepcionalmente, el tribunal puede indicar el tipo de medida a adoptar por parte del condenado para poner fin a la situación detectada (SSTEDH, *Öcalan vs. Turquía*, 12 de mayo de 2005, párr. 210; *Assanidze vs. Georgia*, 8 de abril del 2004, párrs. 202 y 203 y punto resolutivo N° 14; *Guðmundur vs. Islandia*, 1° de diciembre de 2020, párr. 312; *Strazimiri vs. Albania*, 21 de enero de 2020, párrs. 149-150; *Ilgar Mammadov vs. Azerbaijan*, 29 de mayo de 2019, párr. 147 y ss.). Asimismo, a partir de la entrada en vigencia del Protocolo 14, los mecanismos de ejecución se han visto perfeccionados; **b)** en segundo lugar, en América las condenas pueden ser integrales y complejas, abarcando un heterogéneo catálogo de mandatos

consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en el afectado directo, la reparación no se detiene allí, sino que trasciende a la víctima y obliga a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar a nivel interno los derechos y libertades consagrados en el tratado, sea a través de la modificación de prácticas domésticas, la sanción a los responsables, medidas simbólicas o cualquier otro mecanismo que permita prevenir nuevos quebrantamientos.<sup>26</sup>

Desde esa perspectiva genérica, el propósito inicial de la reparación es eliminar las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que hubiese existido de no haberse cometido.<sup>27</sup> Se trata, en cierta medida, de volver el tiempo atrás<sup>28</sup> y devolver al afectado el goce efectivo del derecho conculado, lo cual erige a la *restitución* en la primera forma de reparación internacional. Cuando ello no es posible, existen otras formas subsidiarias de reparación, como la

---

vinculantes para el Estado, que incluyen medidas de cesación, sustitución, indemnización y garantías de no repetición, para cuya imposición y fiscalización se toma en cuenta el tratado internacional y no el derecho interno. Por el contrario, el modelo europeo establece un mecanismo reparatorio *subsidiario*, que consiste exclusivamente en una *indemnización* y que solo resulta exigible cuando el derecho interno no haya permitido una solución a la violación (art. 41 del Convenio; SSTEDH, *Scozzari y Giunta vs. Italia*, 13 de julio de 2000, párrs. 249 y 250; *Sejdic vs. Italia*, 1 de marzo de 2006, párr. 119). De hecho, el borrador inicial del art. 63 inc. 1º de la Convención Americana reproducía en materia de reparaciones el texto del art. 41 del Convenio Europeo (ex art. 50) y la decisión deliberada de los redactores —motivada en una propuesta de Guatemala— fue apartarse de esa fuente, consagrando un sistema de reparaciones amplio y autónomo (Véase, BAZÁN, 2010); c) por último, a través del control de convencionalidad y las garantías de no repetición, el tribunal interamericano ha superado el clásico efecto *inter partes* de las sentencias, para expandir sus proyecciones con alcances *erga omnes* (Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párr. 225; Caso Barrios Altos vs. Perú, (Interpretación de la Sentencia de Fondo), Sentencia de 3 de septiembre de 2001, Serie C No. 83, párr. 18; Caso La Cantuta vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 188). La Corte Europea no ha establecido un criterio general tan vigoroso en el punto, aunque ha avanzado en el dictado de sentencias *erga omnes* a través del “procedimiento de sentencia piloto” (véase, entre otros, SSTEDH, *Broniowski vs. Polonia*, 22 de junio de 2004; *Hutten-Czapska vs. Polonia*, 19 de junio de 2006; *Sejdic vs. Italia*, 10 de noviembre de 2004; *Burkov (No. 2) vs. Rusia*, 15 de enero de 2009; *Torreggiani y Otros vs. Italia*, 8 de enero de 2013; *W.D. vs. Bélgica*, 6 de septiembre de 2016).

<sup>26</sup> Corte IDH, Caso Blake vs. Guatemala, (Fondo), Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36, párr. 121 y Punto Resolutivo 3º; Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y Otros) vs. Guatemala, (Fondo), Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C No. 37, párr. 178 y Punto Resolutivo 6º.

<sup>27</sup> Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria, cit., parr. 43; Caso Velásquez Rodríguez, cit., párr. 31.

<sup>28</sup> BUYSE, ANTOINE, “Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 68, 2008.

compensación o *indemnización*. Por último, las *garantías de no repetición* apuntan a materializar la faceta preventiva, aspecto que juega un papel decisivo en la interpretación del sistema.<sup>29</sup>

Como dijimos, la restitución consiste en el restablecimiento de la situación que existía con anterioridad anterior al hecho ilícito (*status quo ante*).<sup>30</sup> Ella intenta revertir o anular el comportamiento que ocasionó la violación y “las reparaciones son medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas”.<sup>31</sup> En función de ese propósito, la modalidad de la restitución dependerá del tipo de infracción. Puede incluir tanto aspectos *materiales* —liberación o regreso de personas o entrega de bienes— como *legales* —anulación o modificación de actos jurídicos—, así como combinaciones de todo tipo de medidas, en tanto sean necesarias para volver las cosas al estado anterior a la transgresión.<sup>32</sup> La restitución legal se caracteriza, así, por la modificación de una situación jurídica a través de la anulación, derogación o revocación del acto ilegal, sea éste constituyente, legislativo, administrativo o judicial.

---

<sup>29</sup> Corte IDH, Caso Castillo Páez vs. Perú, (Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 43, párr. 48.

<sup>30</sup> Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein v. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 178; Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 119; Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, párr. 202; Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C No. 293, párr. 361.

<sup>31</sup> Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 205; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 143.

<sup>32</sup> Por ejemplo, el órgano judicial internacional puede ordenar la anulación de una decisión adoptada por una autoridad nacional del Estado responsable, incluso si se trata de sentencias judiciales. Véase, CDI, *Responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona o bienes de los extranjeros. La reparación del daño*, Sexto informe de F. VS. García Amador, Relator Especial, A/CN.4/134 y Add.I, 26 de enero de 1961, párrs. 67 y 68; CIJ, *LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos)*, 27 de junio de 2001, párr. 125; Avena (México vs. Estados Unidos), 31 de marzo de 2004, párr. 140; en materia arbitral, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company vs. República de Ecuador (II)*, Caso PCA núm. 2009-23, Segundo Laudo Parcial (Track II), 30 de agosto de 2018; *BP Exploration Company (Libya) Limited vs. Government of Libya*, 1974; *Texaco and Calasiatric vs. Government of Libya*, 1977.

## **V. La agenda global de derechos humanos y empresas en la Corte Interamericana**

El abordaje sobre la legitimación de los particulares en general adquiere ribetes específicos en relación a las empresas, pues pesan sobre ellas obligaciones adicionales bajo el régimen de derechos humanos.

En junio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó una serie de recomendaciones del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas –Prof. John Ruggie- conocidas como los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos. Proteger, Respetar y Remediar”.<sup>33</sup>

Esas propuestas son el resultado de un proceso iniciado en 2005 y constituyen a la fecha la experiencia de investigación, sistematización y debate en derechos humanos y empresas más evolucionada a nivel mundial. En los últimos años, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha puesto de manifiesto su convergencia con ese abordaje.<sup>34</sup>

Durante un largo tiempo, las estrategias e iniciativas de protección de los derechos humanos posaron su mirada casi exclusivamente en el rol y la responsabilidad del Estado. Sin embargo, a medida que el papel global de las empresas fue creciendo, también su nivel de exposición en esta materia aumentó significativamente. Desde mediados del siglo XX, la responsabilidad corporativa por violaciones a los derechos humanos viene alcanzando un vertiginoso desarrollo que terminó por instalarla, en especial a partir de los 90', en la agenda de discusión de Naciones Unidas y otros foros globales.

En ese contexto, la iniciativa llevada adelante por John Ruggie y adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas tuvo por impronta un

---

<sup>33</sup> ONU, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/RES/17/4, 16/06/2011, aprobatoria del Informe Final A/HRC/17/31 del 21 de marzo de 2011.

<sup>34</sup> Corte IDH, Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus v. Brasil, cit., párr. 150 y Voto Razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot; Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C No. 309, párr. 224.

“pragmatismo de principios” encaminado a lograr los mayores consensos posibles de parte de ONG’s, empresas y gobiernos (KNOX, 2011; BLITT, 2011) a partir de la interrelación de tres principios fundamentales:

**1º)** El Estado tiene la obligación de proteger a las personas frente a los abusos de los derechos humanos cometidos por terceros, incluidas las empresas, mediante medidas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. Esa protección constituye la base misma del régimen internacional de derechos humanos.

**2º)** Las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades. Ese respeto encarna la expectativa social más elemental en relación con las empresas.

**3º)** Es necesario mejorar el acceso de las víctimas a vías de reparación efectivas, tanto judiciales como extrajudiciales, pues ni siquiera los esfuerzos mejor coordinados pueden impedir totalmente que se cometan abusos.

Todas esas pautas van adquiriendo rango de *hard law* en el sistema interamericano. A punto de partida del deber de protección en cabeza del Estado y el carácter *erga omnes* de las obligaciones en materia de derechos humanos, es claro que los deberes de proteger, respetar y remediar tienen vigencia bajo ese régimen, y que ello da lugar a mandatos judiciales que pueden imponer severas cargas a los particulares y corporaciones privadas.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> La Corte Interamericana ha expresado recientemente que la obligación estatal de garantizar los derechos reconocidos en la Convención y prevenir violaciones “es reforzada por los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos” (Corte IDH, Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus v. Brasil, cit., párrs. 149 y 150). En igual sentido, tiene dicho el tribunal que “los Estados, al adoptar medidas necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, lo deben hacer también con respecto de personas jurídicas que se encuentren bajo su jurisdicción, a fin de evitar que eventuales acciones de ellas puedan comprometer su responsabilidad internacional en esta materia. De modo que las

## VI. El impacto de las sentencias en los particulares y el debido proceso

Tenemos, a la luz de lo dicho, un sistema jurídico regional que conjuga el reconocimiento de la capacidad de los particulares para demandar al Estado en un foro internacional, la aplicación de los derechos humanos en las relaciones privadas y el consiguiente deber estatal de protección, que se intensifica en relación a las empresas. Ante un caso de violación, el sistema responde con una sentencia que impone intensos mandatos reparatorios en favor de las víctimas. Esa composición nos lleva al núcleo de nuestro planteo.

En función de los amplios mandatos reparatorios a los que está facultada, la Corte Interamericana puede ordenar al Estado medidas que incidan directamente sobre terceros ajenos al proceso, por ejemplo:

- Cesación de actividades, obras o emprendimientos;<sup>36</sup>
- Anulación de sentencias civiles;<sup>37</sup>

---

personas jurídicas están, en todo caso, obligadas a respetar, en el correspondiente orden interno o nacional, los derechos humanos y, en el evento de que ello no acontezca, los pertinentes Estados pueden ver comprometida su responsabilidad internacional en la medida que no garanticen su libre y pleno ejercicio por toda persona natural sujeta a su jurisdicción" (Corte IDH, OC-22/16, Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos -Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador-, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie A No. 22, párr. 31). También se ha reafirmado que "existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes)" (Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 140 y cctes.).

<sup>36</sup> Corte IDH, Caso Kaliña y Lokono vs. Surinam, cit., párr. 287; Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párrs. 157 y 194; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador, (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C No. 245, párr. 299 y Punto Resolutivo N° 3; Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 153.2.

<sup>37</sup> Corte IDH, Caso Tristán Donoso vs. Panamá, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, párr. 195; Caso Kimel vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 123; Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238, párr. 105.

- Anulación de sentencias absolutorias en materia penal;<sup>38</sup>
- Inicio o reapertura de investigaciones con inaplicación en ellas de ciertas garantías, como la del *non bis in idem*, la prescripción o la cosa juzgada;<sup>39</sup>
- Revinculación de una menor adoptada con su padre biológico;<sup>40</sup>
- Anulación de adopciones;<sup>41</sup>
- Anulación de títulos de propiedad;<sup>42</sup>
- Imposición de prestaciones de seguridad social;<sup>43</sup>
- Devolución de activos o títulos;<sup>44</sup>
- Restitución del control accionario de una sociedad;<sup>45</sup>
- Entrega de tierras;<sup>46</sup>

---

<sup>38</sup> 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. 147; Caso Bulacio vs. Argentina, cit., párr. 117; Caso Barrios Altos vs. Perú, cit., párr. 18.

<sup>39</sup> Corte IDH, Caso Olivares Muñoz y otros vs. Venezuela, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 10 de noviembre de 2020, Serie C No. 415, párr. 145 y ss.; Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171, párr. 111; Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C No. 226, párr. 117; Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C No. 271, párr. 129 y ss.; Caso Gelman vs. Uruguay, (Fondo y Reparaciones), Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 252; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C No. 217, párr. 237; Caso Barrios Altos vs. Perú, cit., párr. 18; Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 108; Caso La Cantuta vs. Perú, cit., párr. 152.

<sup>40</sup> Corte IDH, Caso Fornerón e hija vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 242, párr. 160 y Punto Resolutivo N° 2.

<sup>41</sup> Corte IDH, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 9 de marzo de 2018, Serie C No. 351, párr. 388. En ese caso la Corte puntualiza respecto de una de las víctimas lo siguiente: "Sin perjuicio de lo anterior, la Corte recuerda que J.R. no ha consentido en participar de este proceso. Por consiguiente, el Estado deberá en todo momento preservar sus derechos y, cualquier medida o decisión que adopte respecto de Osmín Tobar Ramírez no deberá repercutir en la situación jurídica de J.R. salvo que se cuente con su consentimiento expreso para ello" (párr. 390).

<sup>42</sup> Corte IDH, Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C No. 284, párr. 233.

<sup>43</sup> Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, párr. 338.

<sup>44</sup> Corte IDH, Caso Granier vs. Venezuela, cit., párr. 381.

<sup>45</sup> Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, cit., Punto Resolutivo N° 8.

<sup>46</sup> Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 5 de febrero de 2018, Serie C No.

- Reducción de deudas;<sup>47</sup>
- Restablecimiento de una concesión;<sup>48</sup>
- Levantamiento de embargos e inhibiciones;<sup>49</sup>
- Traslado de poblaciones;<sup>50</sup>
- Remoción de instalaciones;<sup>51</sup>

La imposición de ese tipo de mandatos judiciales genera una tensión en el sistema convencional. Si el Estado omite ejecutar las medidas que le exige la sentencia incurre en incumplimiento y compromete la eficacia del régimen de protección. A su turno, si acata la sentencia y activa las medidas que le impone la Corte Interamericana, viola el derecho de los particulares a ser oídos, en tanto pone en práctica una serie de decisiones que inciden decisivamente sobre sus derechos, pero que tienen origen en un proceso –el sustanciado ante el tribunal interamericano- en el cual no han tenido la oportunidad de participar.

---

346, párr. 195; Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, cit., párr. 280; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C No. 305, párr. 261 y Punto Resolutivo N° 7; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 8 de octubre de 2015, Serie C No. 304, párr. 323; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 284; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 212 y ss.; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 217.

<sup>47</sup> Corte IDH, Caso Cantos vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97, párr. 70.

<sup>48</sup> Corte IDH, Caso Granier vs. Venezuela, cit., párr. 380.

<sup>49</sup> Corte IDH, Caso Cantos vs. Argentina, cit., párr. 70; Caso Mémoli vs. Argentina, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de agosto de 2013, Serie C No. 265, párr. 206 y Punto Resolutivo N° 8.

<sup>50</sup> Corte IDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 6 de febrero de 2020, Serie C No. 400, párr. 290. Se precisó allí que en los procesos internos tendientes a instrumentar el traslado “quienes concurren a ellos podrán aducir sus pretensiones y los derechos que consideren que les asisten, mas no podrán cuestionar el derecho de propiedad comunitaria indígena determinado en esta Sentencia y, consecuentemente, tampoco la procedencia del traslado fuera del territorio indígena. Las autoridades que eventualmente resuelvan en tales procesos no podrán adoptar decisiones que impidan el cumplimiento de esta Sentencia”.

<sup>51</sup> Corte IDH, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, cit., párr. 291.

Para resolver esa inconsistencia, el régimen convencional debe admitir el litisconsorcio pasivo entre Estado y particulares ante los estrados supranacionales.<sup>52</sup> Si no lo hace, se expone al sistema a la disyuntiva de comprometer su eficacia o sacrificar el debido proceso.<sup>53</sup>

En derecho procesal, la figura del litisconsorcio pasivo funciona cuando la operatividad de una eventual sentencia afecta el status jurídico de varios sujetos, lo que hace necesario habilitar su intervención en el proceso que desembocará en su dictado con miras a salvaguardar el derecho de defensa. Encontramos una definición extendida de este instituto en el art. 12.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española,<sup>54</sup> según la cual “Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

Esa misma idea es la que está en juego aquí. Cuando la pretensión reparatoria internacional solicitada “sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados”, lo que corresponde es que todos ellos puedan participar del proceso jurisdiccional ante la Corte Interamericana.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> A partir de la reforma introducida en el año 2000 al Reglamento de la Corte Interamericana (aprobada en el XLIX Período Ordinario de Sesiones de la Corte Interamericana, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000) los arts. 25 y 40 de dicha norma admiten el litisconsorcio activo entre las víctimas y la Comisión Interamericana, como resultado de la posibilidad de actuación procesal autónoma de aquellas. Véase, CANÇADO TRINDADE (2000); FERIA TINTA (2006). En un sendero similar, sería factible una modificación del Reglamento que contemple la intervención de los particulares cuyos derechos podrían verse eventualmente afectados por la decisión. Esa intervención podría darse tanto de oficio como a pedido de parte. A mero título ejemplificativo, podrían introducirse las siguientes modificaciones al Reglamento: a) **“Artículo 2. Definiciones.** Para los efectos de este Reglamento: (...) El término “litisconsorte del Estado demandado” refiere al sujeto sobre cuyos intereses debe hacerse efectiva una eventual sentencia reparatoria del tribunal”; b) **“Artículo 42. Litisconsorte del Estado demandado. Citación.** La Comisión en la oportunidad del art. 35, el Estado demandante en la oportunidad del art. 36, el tribunal de oficio en la oportunidad del art. 39, la víctima en la oportunidad del art. 40 y/o el Estado demandado en la oportunidad del art. 41, podrán disponer y/o requerir la citación a juicio del litisconsorte del Estado demandado. En caso de efectivizarse dicha citación, se concederá al litisconsorte un plazo improrrogable de dos meses para comparecer al proceso, responder y ofrecer prueba”.

<sup>53</sup> La tensión que justifica recurrir al litisconsorcio pasivo puede observarse claramente en los mandatos impuestos por la Corte Interamericana a la República Argentina en los casos *Cantos* -con respuesta de la Corte Suprema de Justicia argentina en la Resolución 1404/2003 del 21 de agosto de 2003-, *Bulacio* -respondido en *Espósito*, 2004, *Fallos*, 327:5668- y *Fontevecchia y D'Amico* -respondido en *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*, 2017, *Fallos*, 340:47-.

<sup>54</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE, núm. 7, de 08/01/2000.

<sup>55</sup> La propuesta desarrollada en este trabajo también podría operativizarse por medio de la figura de la “intervención de terceros”, bajo la cual el particular no actuaría como demandado y no

De ese modo, el cauce procesal para activar la responsabilidad internacional de la empresa comenzaría en el nivel local del sistema, pero no se detendría allí. La falla estatal en la labor de prevención o reparación se resolvería en una demanda ante los órganos supranacionales con un litisconsorcio entre particular y Estado.<sup>56</sup> En ese juicio, la Corte Interamericana podría imponer condena a ambos, en la medida de sus respectivas responsabilidades. Vale aclarar que el sujeto privado podría renunciar a su derecho de participar en el juicio contencioso ante el tribunal regional, lo cual no obstaría a que las decisiones adoptadas en él le sean plenamente oponibles.

Negar a los particulares y empresas esa posibilidad de intervención constituye un resabio del modelo estatocéntrico, donde el particular era un mero objeto de la controversia y el Estado disponía de su acción o defensa. En materia de legitimación pasiva, los particulares se encuentran hoy frente a los sistemas de derechos humanos en el mismo lugar en el que estaban como actores bajo el modelo clásico. El Estado monopoliza su representación procesal. Por

---

podría recibir una condena, aunque la sentencia le resultaría oponible. En ese caso, y a mero título ejemplificativo, podría reformarse el Reglamento de la Corte introduciendo las siguientes modificaciones: **a) “Artículo 2. Definiciones.** *Para los efectos de este Reglamento: (...) El término “tercero” refiere a aquel sujeto al cual la sentencia sobre reparaciones puede afectar en un interés propio”;* **b) “Artículo 42. Intervención de terceros.** *La Comisión en la oportunidad del art. 35, el Estado demandante en la oportunidad del art. 36, el tribunal de oficio en la oportunidad del art. 39, la víctima en la oportunidad del art. 40 y/o el Estado demandado en la oportunidad del art. 41, podrán disponer y/o requerir la citación a juicio de un tercero. En caso de efectivizarse dicha citación, se concederá al tercero un plazo improrrogable de dos meses para comparecer al proceso, efectuar sus alegaciones y ofrecer prueba. La citación del tercero suspenderá el procedimiento hasta su comparecencia o hasta el vencimiento del plazo que se le hubiere señalado para comparecer. Sin perjuicio de ello, el tercero podrá solicitar su intervención voluntaria en cualquier momento del proceso, sin que ello implique retrotraer etapas cumplidas. En todos los supuestos, la sentencia dictada después de la intervención del tercero o de su citación, en su caso, lo afectará como a los litigantes principales”.*

<sup>56</sup> La participación necesaria del Estado, lejos de constituir una debilidad del sistema actual, puede ser una fortaleza que debería explotarse en provecho de los fines de protección involucrados. La posibilidad de demandar autónomamente a la empresa en la esfera internacional podría ser contraproducente, al relajar el deber de tutela del Estado. Por el contrario, ubicar a éste como agente necesario -aunque no excluyente- de la labor de protección contra violaciones causadas por empresas contribuye a fomentar la accesibilidad del sistema (la puerta de entrada será nacional), mejora su *accountability* y reduce el déficit democrático en la formación de la solución del caso. Si el Estado falla, la subsidiariedad queda de lado y el acceso al órgano supranacional es directo (art. 46.2, Convención Americana). No se trata de buscar un sistema que saque de la foto al Estado (vg. demandabilidad directa de la corporación a nivel internacional), sino que incorpore a la empresa a esa foto.

ejemplo, el dueño de tierras reclamadas por indígenas depende de la defensa que haga el Estado de su título. Antes el Estado tenía el monopolio procesal de la acción internacional, ahora tiene el monopolio de la defensa. No hay razón alguna para mantener esa diferenciación.

## **VII. Conclusiones**

La evolución y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos nos enfrenta a nuevos desafíos. A medida que la protección se vuelve más concreta, la expedición de mandatos reparatorios que trascienden al Estado deja de ser la excepción. En ese contexto, el siguiente paso evolutivo que el sistema reclama es la posibilidad de participación de los actores privados cuyos derechos puedan verse afectados por la sentencia interamericana. La forma de viabilizar esa participación es la figura del litisconsorcio pasivo o de la intervención de terceros, según que se pretenda responsabilizar directamente al privado o simplemente hacerle oponible la sentencia.

## VIII. Bibliografía

- ASSENZA, CONRADO (2010), “Individual as Subject of International Law in the International Court of Justice Jurisprudence”, Heidelberg, disponible en <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/viewFile/40/30>;
- BAZÁN, VÍCTOR (2010), “Las reparaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con particular referencia al Sistema Interamericano”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*.
- BLITT, ROBERT (2011), “Beyond Ruggie’s Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embracive Approach to Corporate Human Rights Compliance”, *University of Tennessee Legal Studies Research Paper* Nº 158, Aug. 2011.
- BURGESS LIAM & FRIEDMAN, LEAH (2005), “A Mistake Built on Mistakes: The Exclusion of Individuals under International Law”, *Macquarie Law Journal*, Vol. 5.
- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO (2004), “The emancipation of the individual from his own state: the historical recovery of the human person as subject of the Law of Nations”, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28149.pdf>
- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO (2007), “The Emancipation of the Individual from his own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations”, *Human Rights, Democracy and the Rule of Law*.
- CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO A. (2000) “El nuevo reglamento de la corte interamericana de derechos humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Nº 30-31.
- CLAPHAM, ANDREW (2010), “The Role of the Individual in International Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 21, Nº 1.
- FERIA TINTA, MÓNICA (2006), “La víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a 25 años de su funcionamiento”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 43.
- HICKEY, JAMES (1997), “The Source of International Legal Personality in the 21st Century”, *Hofstra Law & Policy Symposium*, Vol. 2, Nº 1.
- HIGGINS, ROSALYN (1978), “Conceptual Thinking about the Individual in International Law”, *British Journal of International Studies*, Vol. 4, Nº 1.
- HOOGE, NICHOLAS (2001), “Responsibility to protect (r2p) as duty to protect? Reassessing the Traditional Doctrine of Diplomatic Protection in light of Modern Developments in International Law”, 2001, disponible en [https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/25618/1/Hooge\\_Nicholas\\_T\\_201011\\_LLM\\_thesis.pdf](https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/25618/1/Hooge_Nicholas_T_201011_LLM_thesis.pdf)

- KNOX, JOHN (2011), "The Ruggie Rules: Applying Human Rights Law to Corporations", *Wake Forest Univ. Legal Studies Paper* N° 1916664, Aug. 2011;
- KOVLER, ANATOLY (2013), "The Individual as a Subject of International Law (Discussion Revisited)", *Law of Ukraine*, N° 2/2013.
- LAUTERPACHT, HERSCH (2007), *International Law and Human Rights*, Stevens & Sons, London, 1950; OCHOA, CHRISTIANA, "The Individual and Customary International Law Formation", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, N° 1.
- PARLETT, KATE (2012), "The Individual and Structural Change in the International Legal System", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, Vol. 1, N° 3.
- PENTIKÄINEN, MERJA (2012), "Changing International 'Subjectivity' and Rights and Obligations under International Law – Status of Corporations", *Utrecht Law Review*, Vol. 8, N° 1.
- SOHN, LOUIS (1982), "The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather Than States", *The American University Law Review*, Vol. 32, N° 1.
- VERDROSS, ALFRED (1982), *Internacional Pùblico*, Aguilar, Madrid.

**LA EVOLUCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN  
EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA<sup>1</sup>**

Aída Fernández de los Campos<sup>2</sup>

---

Fecha de recepción: 15 de junio de 2021

Fecha de aceptación: 31 de julio de 2021

**Resumen**

Este texto tiene como finalidad revisar la evolución de la prohibición de la discriminación en la Unión Europea, para lo cual, se parte de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, período en que se impulsa la transnacionalización del derecho constitucional, lo cual a su vez conlleva a la transformación del Estado-Nación, debido al desarrollo de un derecho supranacional, junto con la internacionalización de los derechos humanos, que provocará la aparición de una comunidad de intérpretes finales de los diferentes sistemas normativos, desembocando en un escenario de tensiones, cuya superación se buscará mediante un diálogo fluido y constante.

Posteriormente, se aborda la prohibición de la discriminación en la Unión Europea con base en su legislación, que comprende el derecho originario y las Directivas relacionadas con la temática que forman parte del derecho derivado. Asimismo, se revisa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, en torno a la discriminación racial o étnica y por motivos religiosos en el ámbito laboral, para luego formular conclusiones al respecto.

*Palabras claves: Discriminación-Unión Europea-Legislación de la Unión Europea  
-Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

---

<sup>1</sup> El presente trabajo fue desarrollado en el marco del II Seminario de posgrado “Estado, Integración Regional y Derechos Humanos” organizado por el Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Doctora en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Docente de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado y Relaciones Internacionales de la Escuela de Derecho de la UIS y de posgrados del Programa de Derecho de la UNAB, Bucaramanga, Santander, Colombia. Correo electrónico: aidaelia@yahoo.com

**Title:** THE EVOLUTION OF THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN THE EUROPEAN UNION

### **Abstract**

This text focuses on the evolution of the prohibition of discrimination in the European Union. It starts from the end of the Second World War, period characterized by the transnationalization of Constitutional Law, which will entitle the transformation of the nation-state, due to the emergence of supranational law, together with the internationalization of human rights, which will turn into the coexistence of groups of final interpreters of the different legal systems, whose tensions will be solved by means of a fluid and constant dialogue.

Afterwards, it refers to the prohibition of discrimination within the European Union according to its legislation, which comprises its primary law as well as directives related to the topic, that are part of the secondary law. In addition, it deals with the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, CJEU, regarding discrimination based on racial or ethnic origin and religion beliefs in the workplace. Finally, conclusions are formulated.

**Keywords:** *Discrimination-European Union-European Union legislation-Court of Justice of the European Union*

### **I. Introducción.**

El final de la Segunda Guerra Mundial entraña la transnacionalización del Derecho Constitucional (PIZZOLO, 2013: p. 101) promovida por dos corrientes jurídicas que afloran con el fin de la contienda bélica. Una primera corriente, responde al desarrollo de un derecho supranacional<sup>3</sup> en el seno de la integración

---

<sup>3</sup> La supranacionalidad es un concepto que surge de la combinación de elementos federales e internacionales en el seno de una misma estructura. Mientras la macroestructura del sistema supranacional es de carácter internacional, en la medida en la que una organización

regional europea y una segunda corriente da cuenta de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos (PIZZOLO, 2014: p. 294), con la consolidación de los sistemas internacionales de protección<sup>4</sup> y el establecimiento de los respectivos órganos de control.

De esta manera en la postguerra tiene lugar una apertura del ordenamiento jurídico interno del Estado hacia los fenómenos jurídicos originados en el Derecho Internacional, se abandonan las posturas aislacionistas y nacionalistas a ultranza existentes hasta ese momento para dar inicio a un proceso de transnacionalización del Derecho Constitucional, caracterizado por las denominadas cláusulas de apertura<sup>5</sup> hacia la integración de tipo supranacional y hacia el derecho internacional de los derechos humanos<sup>6</sup>, que implica la inclusión del Estado en la comunidad internacional, la aceptación de las dimensiones fácticas y jurídicas de la interdependencia internacional, convirtiendo la noción de soberanía absoluta en una idea vestigio. De esta forma, el Estado-Nación (PIZZOLO, 2013: p. 106) cede ante la integración regional europea y en materia de control de los Derechos Humanos<sup>7</sup>, que conlleva a una

---

supranacional es creada por un tratado internacional y cuenta con órganos de composición intergubernamental, la microestructura tiene esa esencia federal en la que pueden identificarse la manifestación de una solidaridad regional que determine el establecimiento de objetivos comunes; la atribución efectiva de competencias soberanas desde los Estados a la organización supranacional; órganos independientes de los Estados que reflejen legitimidades e intereses distintos al estatal-comunitario, democrático o de los pueblos; las normas son adoptadas por mayoría y se imponen con carácter obligatorio a todos los Estados, primando sobre sus normas nacionales; y se establece una relación directa entre la organización y los particulares. (QUINDIMIL LÓPEZ, 2012: pp. 103-104).

<sup>4</sup> Tales como el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, siendo el Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos el de más reciente constitución.

<sup>5</sup> Estas cláusulas se encuentran en diferentes textos constitucionales, como en la Constitución francesa de 1946, la italiana de 1948 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

<sup>6</sup> De esta manera, se produce un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico de ámbito superior al estatal, apoyado por las fórmulas constitucionales habilitantes.... ya que las instituciones que se crean desarrollan un discurso constitucional en el sentido que utilizan conceptos y categorías que se imponen de una u otra forma a las constituciones de los Estados, lo cual produce la materialización de la denominada fase descendente del Derecho Constitucional actual. (PIZZOLO, 2013: p. 105).

<sup>7</sup> Como consecuencia de esta cesión el Estado quedará sujeto al control de legalidad por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por otro, al de convencionalidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que reafirman el principio de primacía, tanto del derecho supranacional como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, característica propia del Derecho Internacional General, del derecho de los tratados, matriz común de ambas corrientes, que, sin embargo, son autónomas.

transformación de su estructura, en especial en lo relativo a su funcionamiento, entendiendo por tal la organización de sus competencias<sup>8</sup>.

Es en el Congreso de Europa, reunido a instancias del “Comité de Coordinación de los Movimientos para la Unidad Europea”, celebrado en La Haya del 7 al 11 de mayo de 1948, donde confluyen representantes de las dos tendencias europeístas anteriormente mencionadas y que todavía persisten: los promotores de una cooperación intergubernamental y los defensores de una integración de carácter federal (MANGAS & LIÑÁN, 2016: p. 31).

Estas dos posturas desembocan en la creación de organizaciones distintas: el Consejo de Europa<sup>9</sup>, el cual responde a los impulsores de las instancias intergubernamentales, y la Comunidad Europea del Carbón y del Acero<sup>10</sup>, CECA, promovida por los partidarios del federalismo, embrión de la actual Unión Europea.

De este modo se asistirá por un lado, bajo la órbita del Consejo de Europa, a la construcción y consolidación de un sistema regional de protección de derechos humanos, de carácter subsidiario<sup>11</sup>, instrumentalizado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>12</sup>, CEDH, que derivará en la constitución de organismos de control<sup>13</sup>, siendo en el presente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

---

<sup>8</sup> Se produce un desplazamiento de las competencias, tal como acontece en la Unión Europea, que ha traído la desaparición selectiva de fronteras, la moneda única, el espacio de libre circulación de Schengen, todo lo cual reformula la característica del Estado clásico. El Estado dejará de ejercer estas competencias en forma aislada y entablará una relación de cooperación con los demás Estados miembros de la Unión.

<sup>9</sup> Fundado en Londres el 5 de mayo de 1949 y conformado en la actualidad por 47 Estados.

<sup>10</sup> Creada mediante el Tratado de París, firmado el 18 de abril de 1951.

<sup>11</sup> El Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone en el artículo 35.1 que no podrá recurrirse al Tribunal Europeo de Derechos Humanos más que después de agotar previamente los recursos internos existentes en el ordenamiento jurídico interno del Estado demandado, tal como esta exigencia se entiende a la luz de los principios generalmente reconocidos de Derecho internacional. Requisito compartido por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, acorde con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 46.

<sup>12</sup> Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

<sup>13</sup> El mecanismo de garantía de los derechos reconocidos en el CEDH estaba integrado por tres órganos: la Comisión de Derechos Humanos, la Corte y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. El Protocolo 11 que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998 suprimió la Comisión de Derechos Humanos, atribuyó al Comité de Ministros la función de supervisión del cumplimiento de las decisiones y convirtió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el único órgano para la instrucción y decisión sobre las demandas. Asimismo, otorgó legitimación directa a los individuos para la presentación de demandas ante dicho Tribunal.

(RODRIGO & CASANOVA, 2020: p. 487), TEDH, con sede en Estrasburgo, el órgano jurisdiccional con competencia contenciosa y consultiva.<sup>14</sup> en relación con los derechos reconocidos en la CEDH y sus Protocolos. Y, por el otro, se estará en presencia del proceso de construcción de la integración europea, pues con posterioridad al establecimiento de la CECA y debido al éxito obtenido con este esquema de integración sectorial<sup>15</sup>, se procederá a la constitución de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, EURATOM, y de la Comunidad Económica Europea<sup>16</sup>, CEE, cuya finalidad será erigir un mercado común para integrar las economías de los países fundadores<sup>17</sup>, devastadas por la inmediata posguerra, y de esta manera articular su crecimiento, que ha dado como resultado<sup>18</sup> la conformación de la Unión Europea<sup>19</sup>, que ostenta un singular sistema jurídico supranacional<sup>20</sup>, cuyo intérprete último es el Tribunal de Justicia

---

<sup>14</sup>CEDH, artículos 32 y 47.

<sup>15</sup> Carbón y acero.

<sup>16</sup> Ambas Comunidades creadas por los Tratados de Roma que entraron en vigor el 1 de enero de 1958.

<sup>17</sup> Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

<sup>18</sup> El camino para llegar hasta el presente ha estado marcado por sucesivas reformas de los Tratados constitutivos o fundacionales del proceso de integración europea, a saber: el Acta Única Europea (1986), el Tratado de Maastricht (1992), el Tratado de Ámsterdam (1997), el Tratado de Niza (2001), siendo su último exponente el Tratado de Lisboa (entrado en vigor en 2009, que modifica el Tratado de la Unión Europea, TUE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que pasa a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

<sup>19</sup> Organización internacional *sui generis*, constituida en el presente por 27 Estados democráticos y su ciudadanía, de los que recibe las competencias para alcanzar los objetivos comunes que desean lograr, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 TUE.

<sup>20</sup> El Derecho de la UE tiene sus raíces en el Derecho Internacional, que da lugar a la variable normativa Derecho supranacional. Se basa en la libre y voluntaria decisión del consentimiento de los Estados de ser miembros de la UE y de obligarse por los Tratados constitutivos y por los actos de las instituciones que la conforman a partir de la atribución de competencias internas en su favor. Este cuerpo normativo, que repercutirá en América Latina con el desarrollo del Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, presenta caracteres singulares y principios que le otorgan identidad propia, con el fin de surtir plenos efectos y permitir a sus destinatarios, es decir, a los Estados miembros, instituciones, órganos y justiciables, la realización plena de los derechos que de él derivan, además de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones originadas en el mismo. Es un ordenamiento independiente de las legislaciones de los Estados miembros, tal como se expresa en la señera sentencia del 5 de febrero de 1963, *VAN GEND EN LOOS*, as. 26/62. A diferencia del Derecho Internacional, esta rama se integra en los sistemas jurídicos nacionales, forma parte del Derecho que se aplica en los Estados de la UE, sin confundirse con éste, sentencias del 15 de julio de 1964, *Costa/ENEL*, as.6/64 y de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, as.11/70. Se trata de un ordenamiento jurídico cuya finalidad es desarrollar un proceso de integración, a diferencia del Derecho Internacional, basado en la cooperación. Además, esta variable normativa encuentra su fuente en los tratados fundacionales y en el poder normativo de las instituciones creadas en dichos tratados, mientras que el origen del Derecho Internacional es eminentemente un derecho convencional.

de la Unión Europea, TJUE<sup>21</sup>, con sede en Luxemburgo.

De lo expuesto se desprende que en la inmediata posguerra cuando se potencia la transnacionalización del Derecho Constitucional a partir del principio de apertura constitucional, se inicia un recorrido por dos caminos diferentes, uno que propende por la protección y la tutela de los derechos humanos y el otro, por la creación de un mercado común, buscando la reconstrucción de las economías destruidas por la guerra. Por lo tanto, en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no hay en sus textos originarios ninguna disposición acerca de los derechos humanos<sup>22</sup>, puesto que no está en la mente de los padres fundadores<sup>23</sup> desarrollar un esquema de protección de derechos humanos que compita con el CEDH.

No obstante, el impulso tomado por las Comunidades Europeas hace que estos dos caminos diferenciados empiecen lentamente a converger por la entidad de los derechos que comienza a involucrar la integración europea. Por tal razón, el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, TJCE, desde los años 60 inicia la construcción de una significativa y abundante jurisprudencia<sup>24</sup> en materia de protección de los derechos fundamentales,

---

En relación con las características del Derecho de la Unión Europea es menester leer lo expresado por el TJUE en el Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, apartado 166.

<sup>21</sup> Tal como se establece en el artículo 19.1 (TUE) que le asigna la tarea de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

<sup>22</sup> Es recién en el Preámbulo del Acta Única Europea que se encuentra una mención: “Decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades públicas y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social...”. AUE, DO L169, de 29 de junio de 1987. Y, es en el Tratado de la Unión Europea de 1992, cuando se incorpora en el texto de este Tratado el compromiso de la Unión con el respeto a los derechos fundamentales, artículo F apartado 2: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho Comunitario”. (TUE, sentencia de 29 de julio 1992, DOC C 191). No obstante, se recoge aquí la protección dada por el Tribunal de Justicia por vía pretoriana, régimen de protección de los derechos fundamentales reiterado por los Tratados de Ámsterdam y Niza.

<sup>23</sup> Jean Monnet, Robert Schuman, Konrad Adenauer, Alcide De Gasperi y Paul-Henri Spaak son los llamados «Padres de Europa».

<sup>24</sup> Importa señalar que inicialmente el TJCE, que al igual que el actual TJUE, no tiene como función la tutela de los derechos humanos, puesto que actúa en la interpretación del Derecho supranacional, construye su jurisprudencia basada en un triple fundamento: los principios generales del Derecho Comunitario, hoy Derecho de la Unión Europea, que constituyen el elemento de sustanciación normativa de los derechos y libertades fundamentales en el derecho comunitario; la protección de los derechos fundamentales inspirada en los principios

convirtiéndose en el artífice de un sistema de protección de naturaleza jurisdiccional de especial relieve (MANGAS & LIÑÁN, 2016: p. 123).

Años más tarde, se busca colmar este vacío de los Tratados en relación con los derechos humanos recurriendo a dos vías. La primera, mediante la adhesión al CEDH, lo cual no se ha concretado hasta la fecha como consecuencia del ya referenciado Dictamen del TJUE 2/13 del 18 de noviembre de 2014 que declara la incompatibilidad del acuerdo de adhesión negociado con el Derecho de la Unión y la segunda, por medio de la elaboración de un texto normativo propio, que se logra con la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Carta o CDFUE, en diciembre de 2000 en Niza, a la cual el Tratado de Lisboa otorga el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos de la UE<sup>25</sup> (art. 6 TUE<sup>26</sup>).

Por consiguiente, con base en lo planteado en el párrafo precedente, como consecuencia del principio de apertura constitucional se avanza hacia la fragmentación, no solo normativa sino interpretativa, porque los distintos segmentos normativos que paulatinamente se suman, consolidan la convergencia de normas de origen diverso, generando una comunidad de intérpretes finales en el contexto del triángulo judicial europeo, cuyos tres actores centrales son: el TEDH, el TJUE y los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros<sup>27</sup> que interpretan las constituciones nacionales, normas

---

constitucionales comunes a los Estados miembros y los instrumentos jurídicos internacionales de los que son partes los Estados miembros, tales como el CEDH, erigidos como un elemento de especial referencia para cubrir la laguna normativa de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de interpretación de los derechos humanos. (MANGAS & LIÑÁN, 2016: pp. 124-125).

<sup>25</sup> Esto implica que, al ser parte del Derecho originario o constitutivo de la UE, su relación con el Derecho interno de los Estados miembros de la UE esté condicionada por los principios de aplicación inmediata, eficacia directa, primacía, cooperación leal, tutela judicial efectiva, autonomía institucional y procesal en su aplicación interna y responsabilidad del Estado por su incumplimiento. Es decir que ostenta las características propias de la variable normativa Derecho supranacional.

<sup>26</sup> Asimismo, este artículo 6 (TUE) establece la adhesión al CEDH como un objetivo de la UE, acompañado de la atribución de personalidad jurídica a la UE (art. 47 TUE) y mantiene el tradicional sistema jurisprudencial del TJUE, al disponer que los derechos fundamentales del CEDH y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes forman parte del Derecho de la Unión como principios generales del derecho.

<sup>27</sup> Es menester recordar que los 27 Estados miembros de la UE son también parte del Consejo de Europa, es decir que están obligados a cumplir tanto con el Derecho de la UE como con el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

convergentes con el CEDH y la CDFUE. Es decir, que existe una protección multinivel de los derechos humanos o también puede aludirse a un triple círculo de protección o a tres niveles de intensidad (GARCÍA, 2003: p. 186), siendo el más externo, el Derecho de la UE; el intermedio, el CEDH y, el interno, más rígido, conformado por el derecho interno nacional, representado por las normas constitucionales. Esta concurrencia normativa refuerza el sistema de garantías de los derechos que conforman los tres niveles, pero al mismo tiempo configura una debilidad por la inevitable divergencia interpretativa que surge de la aplicación práctica de cada uno de estos derechos<sup>28</sup>, lo cual ocasiona una tensión entre los diferentes órganos jurisdiccionales involucrados por identificar cuál es el intérprete último que determina su alcance.

Por lo tanto, se impone un diálogo interjurisdiccional que permita llegar a consensos mínimos que se traduzcan en estándares de eficacia para la tutela efectiva de los derechos fundamentales convergentes reconocidos en los distintos segmentos normativos, CEDH, CDFUE y Constituciones nacionales. Y, para efectos de facilitar este intercambio de puntos de vista<sup>29</sup> se acude a las denominadas técnicas de cohabitación, tales como la presunción de protección

---

<sup>28</sup> Tal como expresa Cartabia: “La complejidad del sistema de tutela de los derechos fundamentales en el espacio constitucional europeo, en un tiempo objeto solo de reflexiones académicas y doctrinales, se ha convertido en una realidad apremiante a causa de la concreta actuación de las jurisdicciones llamadas a garantizar los derechos de la persona. Las Constituciones nacionales, la Carta de los Derechos de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos concurren indudablemente al reforzamiento del sistema de garantías. Sin embargo, sus relaciones recíprocas lejos están de ser inmediatas. Ante todo, porque la lista de los derechos incluidos en cada uno de estos documentos no es perfectamente encuadrable a ningún otro. En segundo lugar, por las inevitables divergencias interpretativas que afloran en la jurisprudencia y en la aplicación práctica de cada uno de ellos”. (CARTABIA, 2017: p. 12).

<sup>29</sup> La articulación de este diálogo interjurisdiccional se puede apreciar en las siguientes sentencias del STEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia* y de 23 de mayo de 2016, *Avotins c. Letonia*. Asimismo revisten especial interés las sentencias del TJUE que se señalan a continuación: sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (asunto que inaugura el denominado “dilema Melloni” que abre una nueva era en la relación entre los jueces de Luxemburgo y los jueces constitucionales); de 8 de septiembre de 2015, *Taricco*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 y de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.*, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.

equivalente<sup>30</sup>, interpretación conforme<sup>31</sup>, el margen nacional de apreciación<sup>32</sup> y la identidad constitucional<sup>33</sup>.

También, es de destacar el servicio determinante que presta la cuestión prejudicial<sup>34</sup>, la pieza más importante del sistema de control jurisdiccional del ordenamiento jurídico de la UE en la integración de consensos<sup>35</sup> en el triángulo

---

<sup>30</sup> La cual según Cortés Martín “representa una gran sensibilidad de esta Alta jurisdicción (se refiere al TEDH) hacia las peculiaridades del proceso de integración europea, que puede justificarse entre jurisdicciones supremas que garantizan de manera independiente el respeto de ciertos derechos comunes”. (CORTÉS, 2013: p. 951). La presunción de protección equivalente implica que el TEDH admite el Derecho de la Unión Europea, porque este sistema jurisdiccional garantiza una protección equivalente al CEDH y así Estrasburgo resguarda el desarrollo de la cooperación internacional en materia de derechos humanos, evitando por medio de esta deferencia que la situación se tense con el TJUE. Se recomienda la lectura de la ya citada sentencia *Michaud c. Francia*.

<sup>31</sup> Es un criterio hermenéutico que según el cual, de entre los varios sentidos posibles atribuidos a una disposición jurídica, el intérprete debe excluir los que no se acomoden a otra disposición jurídica. En el marco del Derecho de la Unión Europea en su relación con el derecho nacional de los Estados miembros, implica que los jueces nacionales cuando aplican el Derecho nacional están obligados a interpretarlo acorde con el cuerpo normativo de la Unión, que tiene características propias a partir de las que se funda su autonomía conceptual, la cual es precisada por el ya señalado caso *VAN GEND EN LOOS*.

<sup>32</sup> El margen nacional de apreciación constituye un criterio de interpretación y aplicación de los derechos humanos atribuido al Estado por los tribunales regionales.

<sup>33</sup> La identidad constitucional es producto de la Constitución nacional de los Estados y por medio de ella una comunidad estatal expresa y defiende un conjunto de valores y principios que le resultan propios frente a ordenamientos jurídicos externos como el Derecho Internacional o el supranacional, debate que estará en el centro de la relación desarrollada por el TJUE y los tribunales constitucionales o supremos de los Estados parte de la Unión Europea, que además son Estados parte del CEDH, cuyo intérprete como se ha dicho anteriormente es el TEDH.

<sup>34</sup> Ejemplo único de diálogo directo reglado entre los jueces nacionales de los Estados miembros de la UE y el TJUE, inspirado en la cuestión de constitucionalidad del derecho comparado, la interpretación prejudicial, regulada en el artículo 267 TFUE, es una técnica que permite al juez nacional ante quien se dirime un litigio interno que exige la aplicación de una norma supranacional, dirigirse al TJUE para que la interprete, con el fin de evitar interpretaciones diferenciadas derivadas de las peculiaridades propias de cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE. Se basa en una estrecha colaboración entre los órganos jurisdiccionales europeos e internos, estando estos últimos obligados a respetar las sentencias del TJUE para extraer las consecuencias concretas de dicha respuesta y de esta manera resolver la *litis*. Este instrumento también es compartido por el Tribunal de Justicia Andino, TJCA, en el marco del proceso subregional de integración andina. Al respecto se puede consultar *Introducción al Derecho Comunitario Andino. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: la interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento (2008-2012)* (FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS & ORTIZ ARGINIEGAS, 2019).

<sup>35</sup> Importa destacar que la práctica de la cuestión prejudicial no ha estado exenta de conflictos entre el TJUE y los jueces nacionales, llegándose a producir una rebelión de estos últimos, pues el Juez Constitucional, intérprete de la Constitución, expresión máxima de la soberanía de un Estado, debe aceptar que cuando las normas constitucionales de protección de los derechos humanos son convergentes con la variable normativa de la matriz del Derecho Internacional, es decir el Derecho de la Unión, la duda en relación con este último la resuelve el Tribunal de Luxemburgo.

judicial europeo<sup>36</sup>, porque permite descomprimir la situación conflictiva y establecer una conversación, en aras de consolidar la eficacia de los derechos fundamentales en el sistema del Derecho de la Unión, permitiendo a los jueces de Luxemburgo su interpretación y, en última instancia su moderación conforme a los estándares elaborados en Estrasburgo. (Fernández de los Campos & Ortiz Arciniegas, 2019)

A manera de cierre de esta parte introductoria, se colige que la convergencia normativa generada por la apertura de los ordenamientos jurídicos nacionales y la fragmentación del Derecho Internacional darán lugar a una comunidad de intérpretes de una materia compartida como son los derechos humanos, lo cual puede originar un conflicto de intereses por determinar quién dispone de la última palabra, del derecho de la última instancia, frente a derechos reconocidos en los tres niveles, el Derecho de la Unión, el CEDH y el derecho interno de los Estados.

Por tal motivo, los tribunales del triángulo judicial europeo deben entenderse mediante el diálogo para efectos de garantizar la tutela efectiva de los derechos humanos.

## **II. La evolución de la prohibición de la discriminación en el ámbito de la Unión Europea**

Esta temática se abordará a partir de dos vertientes. La primera, con base en el Derecho de la Unión Europea y la segunda, tomando en consideración el desarrollo jurisprudencial del TJUE.

---

<sup>36</sup> Al respecto es fundamental tener en cuenta las sentencias del TJUE, 8 de septiembre de 2015, *Taricco*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 y de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.*, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936I.

## **i. La prohibición de la discriminación en el Derecho de la Unión Europea**

### **1. Las disposiciones en el derecho originario<sup>37</sup> de la Unión Europea**

Como se expresó anteriormente, en un comienzo los derechos humanos no aparecen ni siquiera mencionados en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (GASCÓN GARCÉN, 2019: p. 253), aunque hay alguna referencia a cuestiones puntuales como la prohibición de discriminación en razón del género y de la nacionalidad, teniendo en cuenta que el objetivo fundamental de aquellos se centra en la creación de un mercado común<sup>38</sup> para recuperar la prosperidad perdida con la Segunda Guerra Mundial. No será hasta la firma del Tratado de Ámsterdam en 1997 que se incluye una disposición que hoy persiste en la redacción del artículo 19.1 del TFUE que establece “sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Lo cual da cuenta de la existencia de un mandato expreso a las instituciones de la UE para avanzar y legislar en materia de protección contra la discriminación<sup>39</sup>. Asimismo, dentro del mismo Tratado destacan los artículos 2, 10 y 18. Con base en el artículo 2: “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el

---

<sup>37</sup> El Derecho de la UE está conformado por normas originarias y derivadas. La norma originaria se identifica con los Tratados constitutivos y las normas convencionales que los han modificado con el transcurso del tiempo. Como elemento de normatividad esencial, revisten una dimensión constitucional que se manifiesta en sus contenidos y en la garantía de su preeminencia sobre cualquier otra norma.

<sup>38</sup> Tratado de Roma (CEE) artículos 2 y 3.

<sup>39</sup> Es decir que este artículo reconoce al Consejo la facultad, no la obligación, de legislar en la medida en que estime conveniente que tales normas son beneficiosas para combatir las discriminaciones en esos ámbitos predeterminados.

pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad la igualdad entre mujeres y hombres”.

De acuerdo con el artículo 10, “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Conforme al artículo 18, “en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”.

A su vez, a estas normas hay que agregar el artículo 21 de la CDFUE que prohíbe toda discriminación<sup>40</sup> : “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”.

---

<sup>40</sup> En el comentario a este artículo, la Dra. Mangas Araceli Mangas Martín, refiriéndose a las clases de discriminación comprendidas en esta disposición, expresa: “El artículo 21 enuncia algunas, pero no es un *numerus clausus* o un enunciado exhaustivo. El Tratado enuncia algunas en particular; que podemos agrupar en dos grandes clases; ya sea por sus caracteres propios del ser humano como el origen racial, étnico o social, caracteres genéticos, color, su sexo, discapacidad, edad, etc., ya sea por sus circunstancias como su lengua materna, su religión, opiniones políticas, pertenencia a una minoría, patrimonio, nacimiento, orientación sexual, etc...” La novedad de este artículo es que proclama la prohibición general, siendo ésta su finalidad específica. El alcance de las discriminaciones prohibidas por este artículo son todas, toda discriminación” (MANGAS MARTÍN, 2008).

## 2. La regulación de la prohibición de la discriminación en el derecho derivado<sup>41</sup> de la Unión Europea

Junto con las precedentes referencias al derecho originario de la UE, consideradas por los jueces de Luxemburgo como normas constitucionales<sup>42</sup> del proceso de integración regional europea, con el inicio del siglo XXI se procede a sancionar un conjunto normativo que será determinante para la tutela contra la discriminación en los Estados parte de la UE, pero que a la vez origina una serie de tensiones debido a la identidad constitucional<sup>43</sup> de muchos de esos Estados, como en el caso de Alemania, cuya Constitución reconoce un status especial a las iglesias, a lo cual se hará alusión al abordar algunas de las sentencias del TJUE.

---

<sup>41</sup> Las normas derivadas del Derecho de la UE se cualifican por tratarse de modos de instrumentación jurídica con fundamento en la norma constitutiva, las cuales provienen del sistema de atribución de competencias, que otorga al sistema institucional los poderes jurídicos necesarios para la consecución de los fines establecidos en la norma originaria, cuya tipología está establecida en el artículo 288 del TFUE, que comprende los reglamentos, directivas y decisiones con carácter vinculante y las recomendaciones y dictámenes, carentes de obligatoriedad.

<sup>42</sup> Especial trascendencia tiene en el proceso de transnacionalización constitucional, esta analogía a la constitucionalidad de los Tratados fundacionales de la UE, formulada por el TJUE en reiteradas ocasiones y de manera especial en el citado Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, apartados 155 a 176, en los que alude al “marco constitucional de la Unión Europea”. La misma consideración se aprecia por parte del TEDH, al considerar al CEDH, “un instrumento constitucional del orden público europeo” en el campo de los derechos humanos. (GARCÍA, 2012: p. 188).

<sup>43</sup> Este debate estará en el centro de la relación desarrollada a través del tiempo por el TJUE y los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros de la UE, que, además, como se indicó con anterioridad, son Estados parte del CEDH, que interpreta el TEDH.

En el marco del derecho derivado de la UE, la temática objeto de análisis<sup>44</sup> se encuentra regulada por directivas<sup>45</sup>, que como se explicó anteriormente, constituyen una forma de acto jurídico típico que integra el derecho derivado o secundario vinculante de la UE, junto al reglamento y la decisión. Al respecto, en cuanto a la tutela contra la discriminación en los Estados parte de la UE, se

---

<sup>44</sup> La cual hace parte de los objetivos de la política social de la UE, uno de los ámbitos de competencia compartida/concurrente de la UE (art. 4.2 TFUE) en las que la UE y los Estados miembros tienen potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, pero cuando lo hace la UE desplaza la competencia nacional, ocupando su lugar. En estos ámbitos instrumentados casi siempre mediante directivas como las que regulan el tema que se aborda en este escrito, la intervención de la UE está regida por los principios de subsidiariedad, de proporcionalidad y de suficiencia de medios. La subsidiariedad (art. 5 TUE), que se limita al sector de las competencias compartidas, es un principio que rige el modo de ejercicio de las mismas, por lo que la UE debe justificar su intervención ante la insuficiencia de la acción de los Estados, la dimensión o efectos de la acción a escala de la Unión, por las repercusiones supranacionales del problema y su solución, y la mayor eficacia de la acción común. Los principios de proporcionalidad y de suficiencia de medios son de carácter general y afectan al ejercicio de todas las competencias. El primero, implica que ninguna acción puede excederse de lo necesario para alcanzar los objetivos establecidos en los Tratados y en el derecho derivado (art. 5.4TUE), y el segundo, expresa el compromiso de la UE para lograr sus metas y llevar a cabo sus políticas, de acuerdo con las competencias que le son atribuidas para lo cual dispondrá de los medios apropiados (art 3.6 TUE).

<sup>45</sup> Es un instrumento regulador sin alcance general, definido en el artículo 288 del TFUE que dispone: “La directiva obligará 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”. La exigencia de intermediación normativa se sustancia en la obligación de los Estados de adoptar las normas necesarias para el cumplimiento del objetivo previsto en la directiva con el margen de discrecionalidad que supone la elección de la forma y los medios, para transponer o trasladar su contenido a su propio ordenamiento interno en un plazo denominado de transposición, que cada directiva señala en sus disposiciones, permitiendo la articulación de acuerdo a los procesos y a las realidades particulares nacionales de los Estados miembros, so pena de incurrir en responsabilidad patrimonial por violar el Derecho de la Unión. ( Caso *Francovich y Bonifaci c. República Italiana*, asuntos acumulados C- 6/90 y C- 9/90). Es decir, que a diferencia del reglamento y la decisión está desprovista de efecto directo, característica de la variante normativa del Derecho supranacional que atribuye a sus normas la capacidad, una vez incorporadas a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, de generar directamente derechos y obligaciones, principio construido por la jurisprudencia del TJCE (Sentencias *Van Gend en Loos*, asunto 26-62; *Simenthal II*, asunto 106/77 y *Fratelli Costanzo*, asunto 103-88). En el caso de la directiva, los derechos u obligaciones previstos en ella emergen de la norma nacional de transposición, salvo que el Estado no cumpla de manera adecuada en el plazo fijado, engendrando a los justiciables el derecho de invocar la directiva frente al Estado (Sentencias *Becker*, asunto 8/81 y *Vaneetveld*, asunto 316/93).

examinan las siguientes Directivas<sup>46</sup>: Directiva 2000/43/CE<sup>47</sup>; Directiva 2000/78/CE<sup>48</sup>; Directiva 2004/113/CE<sup>49</sup> y Directiva 2006/54/CE<sup>50</sup>.

De estas Directivas es pertinente destacar las siguientes categorías: el concepto de discriminación y las excepciones al principio de la igualdad de trato. También es relevante hacer referencia a la inversión de la carga de la prueba.

### 3. El concepto de discriminación

Las cuatro Directivas defienden un concepto similar de discriminación, salvo algunas particularidades, pero que se refieren a su naturaleza y no al derecho tutelado.

---

<sup>46</sup> Estos cuatro actos legislativos establecen un marco general para luchar contra la discriminación en los diferentes campos objeto de su regulación con el fin de aplicar en los Estados miembros el principio de la igualdad de trato. Es menester destacar que en estas Directivas no se establece por sí mismo el principio de igualdad de trato que encuentra su fuente en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la UE, tal como se expresa a título de ejemplo en el considerando 3 de la Directiva 2000/43/CE y en el considerando 4 de Directiva 2000/78/CE, lo cual también ha sido resaltado por la jurisprudencia del TJUE, sentencias de 17 de abril de 2018, *Vera Egenberger / Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, C-414/16, ECLI:EU:2018:257, apartado 75 y de 11 de septiembre de 2018, *IR / JQ*, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, apartado 67.

<sup>47</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 sobre la igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico. Fecha de publicación en el Diario de las Comunidades Europeas: 19.7.2000. Accesible en: <https://www.boe.es/doue/2000/180/L00022-00026.pdf>

<sup>48</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo del 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://www.boe.es/doue/2000/303/L00016-00022.pdf>. El ámbito del empleo y la ocupación será central por las dimensiones que alcanza al representar uno de los puntos de convergencia entre el proceso de integración de la Unión Europea y la tutela efectiva de los derechos humanos

<sup>49</sup> Directiva 2004/113/CE del Consejo del 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Fecha de publicación en el Diario de las Comunidades Europeas: 21.12.2004. Accesible en: <https://www.boe.es/doue/2004/373/L00037-00043.pdf>.

<sup>50</sup> Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo de 29 de junio de 2000 del 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Fecha de publicación en el Diario de las Comunidades Europeas: 26.7.2006. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:es:PDF>. En el considerando 3 de esta Directiva, se incorpora la jurisprudencia de Luxemburgo que extiende el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres a la prohibición de las discriminaciones que tienen lugar cuando se produce el cambio de sexo de una persona.

Lo primero a señalar es que se define el principio de igualdad de trato<sup>51</sup> como la ausencia de toda discriminación tanto directa como indirecta<sup>52</sup>.

Las propias Directivas conceptualizan la discriminación directa de la misma forma. Constituye discriminación directa<sup>53</sup> cuando una persona es tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable<sup>54</sup>. Este es un principio que reproduce además la jurisprudencia de Estrasburgo<sup>55</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>56</sup>, entre otros tribunales.

La situación se complejiza cuando se define la discriminación indirecta<sup>57</sup>, la cual se entiende que tiene lugar cuando una disposición, criterio o práctica<sup>58</sup>

---

<sup>51</sup> Directiva 2000/43, y Directiva 2000/78, art.2 apartado.1, Directiva 2004/113, artículo 4 y Directiva 2006, artículos 4 y 5.

<sup>52</sup> La apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales, tal como lo disponen el considerando 15 de las Directivas 2000/43 y 2000/78 Así lo ha destacado el TJUE en su jurisprudencia, sentencia de 16 de julio de 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, ECLI: EU:C:2015:480, apartado 79.

<sup>53</sup> Directivas 2000/43. y 2000/78, artículo2, apartado 2, letra a); Directiva 2004/113, artículo 2, apartado 1, letra a) y Directiva 2006/54, artículo 2, letra a).

<sup>54</sup> Esta exigencia del carácter comparable de las situaciones para determinar la existencia de una vulneración del principio de igualdad de trato debe apreciarse atendiendo a todos los aspectos que las caracterizan, tal como expresa el TJUE en la sentencia *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, apartado 89. Esto implica que, a igual situación, igual trato, de lo contrario hay discriminación directa.

<sup>55</sup> En relación con la interpretación del artículo 14 del CEDH que regula la prohibición de discriminación, el TEDH ha manifestado que el principio de la igualdad de trato se viola cuando la distinción carece de justificación objetiva razonable. Su existencia debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida implementada, teniendo en cuenta los principios que imperan en las sociedades democráticas. Corte EDH, Caso *“Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium”* (Fondo), sentencia del 23 de julio de 1968, Volumen 6, Serie A, párrafo 10.

<sup>56</sup> En cuanto al principio de igualdad y no discriminación la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos....El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

<sup>57</sup> Definición común a las cuatro Directivas: Directivas 2000/43. y 2000/78/CE, artículo 2, apartado 2. Letra b); Directiva 2004/113. art. 2, letra b) y Directiva 2006/54, artículo 2, apartado 1, letra b).

<sup>58</sup> Además de una norma jurídica, tanto un criterio de interpretación como una práctica institucional pueden dar lugar a la discriminación indirecta, lo cual se menciona de manera expresa en las cuatro Directivas.

aparentemente neutros<sup>59</sup> puedan ocasionar una desventaja particular a personas en relación a cualquiera de las causales previstas<sup>60</sup> en cada una de las directivas.

También estas Directivas hacen referencia al acoso<sup>61</sup>, el cual constituye discriminación cuando se produce un comportamiento no deseado relacionado con algunos de los motivos comprendidos en sus textos que tengan como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo<sup>62</sup>.

Con relación al acoso sexual las ya citadas Directivas 2004/113 y 2006/54 avanzan a considerarlo<sup>63</sup> como una forma de discriminación ante la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

De acuerdo con lo expuesto, se desprende que las cuatro Directivas individualizan situaciones, hipótesis que conducen a la violación de la igualdad de trato, abiertas a la interpretación de los jueces de Luxemburgo.

#### **4. Las excepciones al principio de igualdad de trato reconocidas por las Directivas: requisitos profesionales esenciales y determinantes**

Las cuatro Directivas contemplan la posibilidad que los Estados miembros de la UE dispongan que una diferencia de trato basada en una característica que constituye su objeto, no tenga carácter discriminatorio cuando, debido a la

---

<sup>59</sup> En relación con la práctica manifiestamente neutra el TJUE ha precisado que la discriminación indirecta puede nacer de una medida que, aunque formulada de manera neutra, con referencia a otros criterios no ligados a la característica protegida conduce no obstante a desfavorecer particularmente a las personas dotadas de la misma, tal como se manifiesta en las sentencias *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, apartados 94,96 y 101 y de 14 de marzo de 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH)/ Micropole SA*, anteriormente *Micropole Univers SA*, C- 188/15, ECLI:EU: C: 2017: 2014, apartado 34.

<sup>60</sup> Por ejemplo, por razón de sexo, religión, etc.

<sup>61</sup> Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE., artículo 2, apartado 3 y Directivas 2004/113/CE. y 2006/54/CE artículo 2, letra c.

<sup>62</sup> Es muy importante porque se establece una pauta, la discriminación por medio del acoso.

<sup>63</sup> Artículo 2, letra c) de ambas Directivas.

naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado<sup>64</sup>, por lo que es interesante revisar cómo opera la interpretación del TJUE al respecto.

## 5. La inversión de la carga de la prueba

Otro aspecto relevante para tomar en consideración al analizar estas Directivas es la inversión de la carga de la prueba<sup>65</sup>, puesto que los Estados miembros de la UE adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere de dicho principio, alegue ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta<sup>66</sup>

## ii. La prohibición de la discriminación en la jurisprudencia del TJUE

Para efectos de realizar una revisión de algunas de las sentencias más relevantes en torno a la temática abordada en este escrito, se escogen casos que tienen por objeto peticiones de decisión prejudicial<sup>67</sup> elevadas por diferentes órganos jurisdiccionales ante el TJUE, relacionadas con la interpretación de dos de las Directivas previamente señaladas: la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al

---

<sup>64</sup> Directivas 2000/43/CE, artículo 4, 2000/78/CE., artículo 4, apartados 1 y 2; Directiva 2004/113, artículo 4, apartado 5 y Directiva 2006/54, artículo 14, apartado 2.

<sup>65</sup> Se excluyen los procedimientos penales.

<sup>66</sup> Directiva 2000/43, artículo 8; Directiva 2000/78, artículo 10; Directiva 2004/113E, artículo 9 y Directiva 2006/54, artículo 19.

<sup>67</sup> Es pertinente recordar que tal como lo expresa el TJUE en el citado Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, la cuestión prejudicial constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional de la Unión Europea, que al establecer un diálogo de juez a juez, es decir. entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión, apartado 176.

establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

### 1. La discriminación por origen racial o étnico

En relación con la discriminación racial o étnica se toma en consideración la sentencia de 16 de julio de 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisija za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, ECLI: EU:C:2015:480 en la que el TJUE interpreta la Directiva 2000/43.

En el citado asunto, que constituye el primer fallo del TJUE acerca de la discriminación en razón del origen étnico, la petición de decisión prejudicial, planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, tiene por objeto la interpretación de los artículos 1<sup>68</sup> y 2, apartados 1 y 2, letras a) y b)<sup>69</sup> de la citada Directiva y del artículo 21<sup>70</sup> de la CDFUE. Es planteada por el *Administrativen sad-Sofia-grad* de Bulgaria, en el marco de un procedimiento en el que el *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, en lo sucesivo *CHEZ RB*, solicita la anulación de una decisión de la *Komisija za zashtita ot diskriminatsia* (Comisión de Defensa contra la discriminación, en lo sucesivo *KZD*).

En cuanto a los hechos y con base en lo establecido en los apartados 21 a 27 de la sentencia, se expresa que la Sra. *Nikolova* gestiona, un comercio de alimentación situado en el barrio “*Gizdova mahala*” de la ciudad de *Dupnitsa* (Bulgaria), barrio habitado principalmente por personas de origen gitano, donde la compañía eléctrica *CHEZ RB* ha instalado los contadores eléctricos de todos los clientes de ese barrio a una altura aproximada de seis a siete metros, mientras que en los demás están ubicados a una altura de 1.70m. En la primera reclamación que presenta a la *KZD*, la Sra. *Nikolova* denuncia que tal práctica obedece al hecho de ser los habitantes de su barrio de origen gitano, y que ella misma es víctima por esa causa de una discriminación directa en razón de su nacionalidad búlgara. Además, la interesada se queja de no poder observar su

---

<sup>68</sup> Este artículo hace referencia al objeto de esta Directiva que como se ha señalado es establecer un marco para la lucha contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de aplicar el principio de igualdad de trato en los Estados miembros de la UE.

<sup>69</sup> Hacen referencia, respectivamente, a la existencia de discriminación directa e indirecta.

<sup>70</sup> Como se ha mencionado previamente, este artículo regula la prohibición de la discriminación.

contador eléctrico para controlar su consumo y asegurarse de la exactitud de las facturas que se le envían, a las que considera de importe excesivo. Luego que la *KZD* ordena a *CHEZ RB* poner fin a la discriminación ejercida contra la Sra. *Nikolova* y abstenerse de esa clase de comportamiento discriminatorio en el futuro, la compañía eléctrica, que mantiene que su práctica está justificada por la existencia de numerosas conexiones ilícitas, daños y manipulaciones de contadores en ese barrio habitado en su mayoría por personas de origen gitano, interpone un recurso contra esa decisión ante el *Administrativen sad Sofia-grad*.

Este órgano jurisdiccional plantea al TJUE varias cuestiones prejudiciales. La primera, de acuerdo con el apartado 37 se relaciona con el concepto de “origen étnico” a efectos de la Directiva 2000/43 y del artículo 21 de la CDFUE y consulta si ese concepto debe interpretarse en el sentido que comprende a un grupo compacto de población de nacionales búlgaros de origen gitano, como los habitantes del barrio en cuestión en el asunto principal.

Respecto a la quinta cuestión prejudicial, que el TJUE procede a examinar en segundo lugar, apartado 61 de la sentencia, el tribunal remitente pregunta si el artículo 1, punto 7, de las disposiciones complementarias de la ZZD, que define el “trato menos favorable” como todo acto que cause un perjuicio directo o indirecto a “derechos o intereses legítimos”, es compatible con la Directiva 2000/43.

Con las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta, que el TJUE examina en tercer lugar, apartado 70 de la sentencia, el tribunal remitente pretende saber si el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/43 debe interpretarse en el sentido que una medida como la práctica discutida pueda crear una situación en la que unas personas sean objeto de un “trato menos favorable” que otras personas “en situación comparable” por motivos relacionados en todo o en parte con el origen, en el sentido de esa disposición.

Acerca de las cuestiones prejudiciales sexta a novena, según el apartado 92 de la sentencia, que el TJUE, examina en cuarto lugar, el tribunal remitente se pregunta acerca del alcance de los conceptos de “práctica aparentemente neutra” y de “desventaja particular para personas de un origen racial o étnico concreto con respecto a otras personas” en el sentido del artículo 2, apartado 2,

letra b), de la Directiva 2000/43 y, si no constituye una discriminación directa, responde en tal caso a las otras condiciones y puede constituir una discriminación indirecta en el sentido de esa disposición. El tribunal remitente también se pregunta si esa misma disposición debe interpretarse en el sentido de oponerse a una disposición nacional que prevea que, para que exista tal discriminación indirecta, la desventaja particular debe haber sido causada por motivos de origen racial o étnico.

Finalmente, respecto a la décima cuestión prejudicial, el TJUE, en el apartado 110 de la sentencia, considera que el tribunal remitente trata de saber, si el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/43 debe interpretarse en el sentido de si una práctica como la disputada en el asunto principal puede justificarse objetiva-mente por el propósito de garantizar la seguridad de la red de transporte de electricidad y un seguimiento apropiado del consumo de electricidad, teniendo en cuenta, la necesidad de asegurar el libre acceso de los usuarios finales a su contador eléctrico, dado que los medios de comunicación han informado de la existencia de otros recursos técnica y económicamente accesibles que permiten garantizar la seguridad de los contadores eléctricos.

Frente a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente, el TJUE, formula los siguientes criterios:

- El concepto de “discriminación basada en el origen étnico”<sup>71</sup>, en el sentido de la Directiva 2000/43, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y, en particular, de los artículos 1 y 2, apartado 2, de ésta, debe interpretarse en el sentido que, en circunstancias como las del asunto principal, en las que todos los contadores eléctricos en un barrio habitado principalmente por personas de origen gitano están instalados en postes del tendido eléctrico aéreo a una altura de seis a siete metros, mientras que en los otros barrios los contadores están situados a una altura menor de dos metros, dicho concepto es aplicable con independencia de que esa media colectiva

---

<sup>71</sup> Apartado 60.

afecte a las personas que tienen un origen étnico específico o a las que, sin tener ese origen, sufren junto con las primeras el trato menos favorable o la desventaja particular derivada de esa medida<sup>72</sup>.

- La Directiva 2000/43, en particular las disposiciones del artículo 2, apartados 1 y 2, letras a) y b), de ésta, debe interpretarse<sup>73</sup> en el sentido que se opone a una disposición nacional que prevé, que para poder constatar la existencia de una discriminación directa o indirecta basada en el origen racial o étnico en los ámbitos comprendidos en el artículo 3, apartado 1, de esa Directiva, el trato menos favorable o la desventaja particular a los que se refieren respectivamente esas letras a) y b), deben consistir en un perjuicio para derechos o intereses legítimos.
- El artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/43 debe interpretarse<sup>74</sup> en el sentido que una medida como la práctica discutida constituye una discriminación directa a efectos de esa disposición si se comprueba que esa medida fue establecida y/o mantenida por razones ligadas al origen étnico común de la mayoría de los habitantes del barrio afectado, lo que incumbe apreciar al tribunal remitente atendiendo a todas las circunstancias pertinentes del asunto, así como a las reglas sobre la inversión de la carga de la prueba previstas en el artículo 8, apartado 1, de esta Directiva.
- El artículo 2, apartado 2, letra b) de la Directiva 2000/43 debe interpretarse<sup>75</sup> en el sentido de que:

---

<sup>72</sup> El TJUE recuerda en el apartado 56 de esta sentencia que su jurisprudencia, en virtud de la cual el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43, habida cuenta de su objeto y de la naturaleza de los derechos que trata de proteger, no puede definirse de manera restrictiva, lo cual permite sustentar en este caso que el principio de igualdad de trato al que se refiere la Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos enunciados en el artículo 1, por lo que también es aplicable a las personas que, aunque no pertenezcan ellas mismas a la raza o la etnia considerada sufren sin embargo un trato menos favorable o una desventaja particular por uno de esos motivos. Es decir que la tutela en razón del origen étnico, regulada en esta Directiva tiene lugar en función del origen de la discriminación. No importa que quien reclama no se identifique como gitana, lo esencial es que el trato menos favorable se imparte porque el barrio está habitado por personas, en su mayoría de origen gitano.

<sup>73</sup> Apartado 74.

<sup>74</sup> Apartado 91.

<sup>75</sup> Apartado 128.

-esa disposición se opone a una disposición nacional que prevé que, para que exista una discriminación indirecta basada en el origen racial o étnico, la desventaja particular debe haber estado causada por motivos de origen racial o étnico;

-el concepto de disposición, criterio o práctica “aparentemente neutros” en el sentido de esa disposición se refiere a que sean formulados o aplicados en apariencia de manera neutra, es decir, en atención a factores diferentes de la característica protegida y no equivalente a ésta;

-el concepto de “desventaja particular” en el sentido de esa misma disposición no designa un caso especialmente relevante, evidente y grave de desigualdad, sino que significa que la disposición, criterio o práctica considerados desfavorecen particularmente a las personas de un origen racial o étnico concreto;

-en el supuesto que una práctica como la del asunto principal no constituya una discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la referida Directiva, esa práctica puede constituir, en principio, una práctica aparentemente neutra que da lugar a una desventaja particular para las personas de un origen étnico concreto con respecto a otras personas, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b).

- El artículo 2, apartado 2, letra b) de la Directiva 2000/43 debe interpretarse en el sentido que una práctica como la discutida en el asunto principal solo puede justificarse objetivamente por la voluntad de garantizar la seguridad de la red de transporte de electricidad y un seguimiento apropiado del consumo de electricidad a condición que esa práctica no exceda de los límites de lo que es apropiado y necesario para realizar esos objetivos legítimos y que los inconvenientes causados no sean desmesurado en relación con los objetivos perseguidos por ese medio. No sería así si se apreciara, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente, que existen otros medios apropiados y menos restrictivos que permiten lograr esos objetivos, o bien, en defecto de esos otros medios, que esa práctica perjudica en grado desmesurado el interés legítimo de los

usuarios finales de electricidad que habitan en el barrio afectado, poblado principalmente por personas de origen gitano, en tener acceso al suministro de electricidad en condiciones que no tengan carácter ofensivo o estigmatizador y que les permitan controlar regularmente su consumo de electricidad.

A manera de síntesis, el TJUE concluye que la Directiva 2000/43 es aplicable a la política del proveedor de electricidad y no puede interpretarse de forma restrictiva por su objeto y los derechos que protege. Asimismo, señala que corresponde a la jurisdicción búlgara decidir si la práctica seguida por la compañía eléctrica puede justificarse objetivamente en relación con un fin legítimo y si la medida es proporcional al fin perseguido<sup>76</sup>. Además, el TJUE formula precisiones en torno a los conceptos de discriminación directa e indirecta y lo que constituye un elemento adecuado de comparación, pautas que el tribunal remitente debe observar al proferir su fallo<sup>77</sup>.

## **2. La discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral**

En relación con la discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral se abordan dos casos acerca de la discriminación de empleados por parte de las confesiones religiosas y otros dos, relacionados con la discriminación de empleados por uso de simbología o vestimenta religiosa que precisan la interpretación por parte del TJUE de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

## **3. La discriminación de empleados por parte de las confesiones religiosas**

En 2018, el TJUE emite dos sentencias relativas a la discriminación de empleados por parte de las confesiones religiosas, centradas en la interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 2000/78 que establece una excepción a las normas

---

<sup>76</sup> Es decir que las excepciones a la igualdad de trato son siempre de interpretación restrictiva, pues de lo contrario se desvirtúa el objeto de la Directiva.

<sup>77</sup> De esta manera se garantiza la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión.

sobre discriminación en el empleo al servicio de los grupos religiosos y organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona.

El primer asunto trata del proceso de selección de empleo y el segundo aborda el despido a causa de un divorcio.

#### **4. La discriminación en el proceso de selección de empleo**

La sentencia de 17 de abril de 2018, *Vera Egenberger / Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.* C-414/16, ECLI:EU:2018:257, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania) al TJUE con el fin de interpretar el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78/CE presentada en el contexto de un litigio entre la Sra. *Vera Egenberger* y la *Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV* (en lo sucesivo *Evangelisches Werk*), en relación con una demanda de indemnización por la primera debido a una discriminación por razón de religión que alega haber sufrido durante un procedimiento de selección de personal.

En cuanto a los hechos descritos en los apartados 24 a 29 de la sentencia, la *Evangelisches Werk* publica una oferta de empleo temporal para un proyecto de redacción del informe paralelo sobre el Convenio Internacional de las Naciones Unidas relativo a la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Entre los requisitos que deben cumplir los candidatos, dicha oferta de empleo especifica que deben pertenecer a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania e identificarse con la misión de servicio social evangélico, además de tener que indicar su confesión en el *curriculum vitae*. La Sra. *Egenberger*, sin confesión alguna, solicita el puesto publicado. Si bien supera la primera selección, la interesada no es convocada a una entrevista. El candidato seleccionado es “un cristiano miembro de la Iglesia protestante regional de Berlín”. La Sra. *Egenberger* considera que su candidatura ha sido rechazada por carecer de confesión y presenta una demanda ante el *Arbeitsgericht Berlin* (Tribunal de lo Laboral de Berlín, Alemania), en la que solicita se condene a la *Evangelisches*

*Werk* a pagarle una indemnización con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15, apartado 2 de la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG (Ley General de Igualdad de Trato). La interesada manifiesta que la toma en consideración de la religión en el procedimiento de selección identificable en la oferta de empleo en cuestión contraviene la prohibición de discriminación establecida en la AGG, interpretada de conformidad con el Derecho de la Unión, y que el artículo 9, apartado 1, de la AGG, no puede justificar la discriminación sufrida.

La *Evangelisches Werk* alega que la diferencia de trato por motivos de religión está justificada en virtud de lo establecido en el artículo 9, apartado 1, de la AGG, que admite una desigualdad en el empleo ofrecido por grupos religiosos o entidades vinculadas cuando, con arreglo a la propia conciencia de dichas comunidades o entidades, una determinada religión o convicción constituya un requisito profesional justificado, en atención a su derecho de autonomía o la naturaleza de sus actividades. Asimismo, considera que el derecho a exigir la pertenencia a una iglesia cristiana está incluido en el derecho de autonomía eclesiástica protegido por el artículo 140 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en relación con el artículo 137, apartado 3 de la Constitución de Weimar. A su entender, tal derecho subjetivo respeta el Derecho de la Unión, en particular, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 17 del TFUE<sup>78</sup>. Además, considera que, debido a la naturaleza de la actividad contemplada por la oferta de empleo en cuestión en el procedimiento principal, la pertenencia religiosa es una exigencia profesional justificada, habida cuenta de la conciencia eclesiológica de la *Evangelisches Werk*. El *Arbeitsgericht Berlin* (Tribunal de lo Laboral de Berlín) estima parcialmente la demanda de la Sra. *Egenberger*, por lo que apela ante el *Landesarbeitsgericht Berlin – Brandenburg* (Tribunal Regional de lo Laboral de Berlín-Brandeburgo, Alemania). Frente a la desestimación de su demanda, interpone un recurso de *Revisión* (casación) ante

---

<sup>78</sup> TFUE art. 17: “1. La Unión 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.

2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confessionales.

3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones”.

el *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania) para conseguir una indemnización apropiada, el cual presenta una petición de decisión prejudicial ante el TJUE.

Las cuestiones prejudiciales formuladas por el tribunal remitente, incluidas en el apartado 41 de la sentencia, son planteadas como una contraposición entre el art. 9 de la Ley Alemana de Igualdad de Trato (que traspone la Directiva 2000/78) y el artículo 4, apartado 2 de la citada Directiva: ¿debe interpretarse el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, en el sentido que una Iglesia o asociación religiosa empleadora<sup>79</sup> puede establecer que la religión del candidato constituye un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de su ética?. En caso de respuesta negativa a la cuestión, ¿deberá dejarse inaplicado el art. 9, apartado 1 de la Ley de Igualdad de Trato alemana? ¿Qué requisitos han de cumplir la naturaleza de las actividades o el contexto en el que estas se desarrollan como requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización conforme al artículo 4, apartado 32, de la Directiva?

En respuesta a las cuestiones prejudiciales sometidas por el tribunal remitente, el TJUE formula las siguientes reglas:

El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78 tiene por objeto garantizar el justo equilibrio entre el derecho a la autonomía de las iglesias y las demás organizaciones cuya ética se basa en la religión o las convicciones, por un lado, y, por otro lado, el derecho de los trabajadores a no ser objeto, en particular durante su selección, de una discriminación basada en la religión o las convicciones, en situaciones en las que puedan concurrir esos derechos<sup>80</sup>.

El citado precepto<sup>81</sup> señala los criterios que deben tenerse en cuenta al efectuar la necesaria ponderación para garantizar el justo equilibrio entre esos derechos eventualmente concurrentes. Esta ponderación, si llega el caso, debe poder ser objeto del control de una autoridad independiente y, en último término de un tribunal nacional.

---

<sup>79</sup> Podría darse un conflicto entre normas constitucionales y la Directiva en relación con el estatuto de las iglesias en Alemania.

<sup>80</sup> Apartado 51.

<sup>81</sup> Apartados 52 y 53.

Por consiguiente, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78, en relación con sus artículos 9 y 10<sup>82</sup> y con el artículo 47 de la CDFUE<sup>83</sup>, debe interpretarse<sup>84</sup> en el sentido 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 candidatura a un empleo en su ámbito, que por la naturaleza de las actividades 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, sin que el artículo 17 TFUE<sup>85</sup> pueda dispensar de dicho control<sup>86</sup>.

La legalidad de una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones<sup>87</sup> se supedita a la existencia comprobable objetivamente de un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto por el empresario y la actividad de que se trate. Tal vínculo puede derivarse o bien de la naturaleza de esta actividad, por ejemplo, cuando implica participar en la determinación de la ética de la Iglesia o la organización en cuestión o colaborar en su tarea de predicación, o bien de las circunstancias en que debe desarrollarse dicha

---

<sup>82</sup> Este artículo de la Directiva 2000/78/CE, interpretado a la luz de su considerando 29, impone a los Estados miembros el establecimiento de procedimientos en particular, judiciales, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas mediante esta Directiva. El artículo 10 impone la inversión de la carga de la prueba, a la cual ya se ha hecho referencia al abordar las generalidades de las Directivas objeto de estudio, al exigir a los Estados miembros la adopción de medidas necesarias, con arreglo a su ordenamiento jurídico, con objeto de que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. Apartado 48.

<sup>83</sup> La CDFUE aplicable a este asunto, establece en el artículo 47 el derecho de los justiciables a la tutela efectiva de los derechos subjetivos que les reconoce el Derecho de la Unión. Apartado 49.

<sup>84</sup> Apartado 59.

<sup>85</sup> Este artículo, transscrito en la nota 83, expresa la neutralidad de la UE respecto a la organización por parte de los Estados miembros de sus relaciones con las iglesias y asociaciones o comunidades religiosas. Apartado 58.

<sup>86</sup> Esto conlleva a que la decisión de la Iglesia u organización vinculada de establecer la confesión religiosa como requisito profesional esencial, legítimo y justificado no queda eximida de revisión.

<sup>87</sup> Apartado 63.

actividad, como la necesidad de garantizar una representación fidedigna de la Iglesia o de la organización a efectos externos.

El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido que el requisito profesional esencial<sup>88</sup>, legítimo<sup>89</sup> y justificado<sup>90</sup> que en dicho precepto se contempla, implica un requisito necesario y objetivamente dictado<sup>91</sup>, respecto de la ética de la iglesia o de la organización 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, requisito que debe atenerse al principio de proporcionalidad.

Cuando un tribunal nacional, al conocer de un litigio entre dos particulares, 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

---

<sup>88</sup> Significa que, desde el punto de vista del legislador de la Unión, la pertenencia a la religión o la adhesión a las convicciones en que se basa la ética de la Iglesia o de la organización de que se trate debe resultar necesaria debido a la importancia de la actividad profesional en cuestión para la afirmación de esa ética o el ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia o de esa organización. Apartado 65.

<sup>89</sup> El empleo del término legítimo demuestra que el legislador de la Unión quiso garantizar que el requisito de pertenencia a la religión o a la adhesión de las convicciones en que se basa la ética de la iglesia o de la organización de que se trate no sirva para promover un objetivo ajeno a dicha ética o al ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia o de esa organización. Apartado 66.

<sup>90</sup> En cuanto al carácter justificado del requisito, ese término implica no solo que el control de la observancia de los criterios incluidos en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78 pueda ser efectuado por un órgano jurisdiccional nacional, sino también que la iglesia o la organización que hayan exigido ese requisito está obligada a demostrar, a la luz de las circunstancias de hecho del caso concreto, que el riesgo alegado de vulneración de su ética o de su derecho a la autonomía es probable y grave, de tal modo que el establecimiento de ese requisito resulte verdaderamente necesario. Apartado 67.

<sup>91</sup> Sí bien hay excepciones que pueden ser establecidas por las propias iglesias o los órganos religiosos, su control de validez no puede estar a cargo de la iglesia o de la identidad religiosa. Tiene que reservarse a un órgano jurisdiccional, lo cual invita a discutir acerca de cuál es el alcance de la autonomía reconocida a las iglesias en Alemania. No se le puede reconocer a las iglesias una especie de inmunidad en el control para que decidan por sí mismas en qué ocasiones pueden exigir profesar sus ideas o su religión y que esto no constituya una discriminación en el sentido de la Directiva 2000/78. En esto radica la eficacia del Derecho de la Unión Europea.

para los justiciables de lo establecido en los artículos 21<sup>92</sup> y 47 de la Carta<sup>93</sup>, así como la plena eficacia de esos preceptos, dejando sin aplicar, si es necesario, cualesquiera normas nacionales que los contradigan<sup>94</sup>.

En síntesis, en este asunto el TJUE constata que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78 tiene por finalidad conjugar el derecho de autonomía de las confesiones religiosas con el derecho de los trabajadores a no ser discriminados. Este justo equilibrio es garantizado por el TJUE mediante la ponderación de derechos eventualmente concurrentes. Además, destaca que, si bien hay excepciones, que como se indicó anteriormente son de interpretación restrictiva, que excluyen el carácter discriminatorio de una diferencia de trato, el control de la observancia de los criterios exigidos al respecto, no puede corresponder a una iglesia, sino que debe estar a cargo de un órgano jurisdiccional nacional, para evitar quedar desprovisto de legitimidad. El poder de interpretación de los jueces de Luxemburgo no puede ser inhibido por el artículo 17 TFUE, pues el derecho a la autonomía de las iglesias en Alemania está sujeto a revisión, debido a que lo contrario implicaría renunciar a la eficacia del Derecho de la UE. Asimismo, el tribunal nacional está obligado a garantizar la protección jurídica de los justiciables derivada de los artículos 21 y 47 de la CDFUE, a garantizar su plena eficacia, inaplicando, en caso de ser necesario, cualquier norma nacional que los contradiga. Ambas disposiciones tienen carácter supranacional y por consiguiente, producen efectos directos (derechos y obligaciones) inmediatos, sin precisar de normas nacionales para su aplicación o sin que éstas constituyan un obstáculo para su aplicación. Y, es con base en

---

<sup>92</sup> En el apartado 76 de esta sentencia el TJUE precisa que la prohibición de cualquier discriminación basada en la religión o las convicciones tiene carácter imperativo como principio general del Derecho de la Unión. Establecida en el artículo 21, apartado 1 de la Carta, esta prohibición es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión. Es decir que este pronunciamiento del TJUE se basa en el principio de la eficacia directa al cual hizo referencia por primera vez en la ya citada sentencia de 5 de febrero de 1963, *VAN GEND EN LOOS*, as. 26/62.

<sup>93</sup> El TJUE señala en el apartado 78 de esta sentencia que al interpretar el art. 21 con el art. 47 de la CDFUE, que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, esta disposición es igualmente suficiente por sí sola y no es necesario que sea desarrollada por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal ante las autoridades públicas, por lo que no es dable que el TJUE inhiba su poder de interpretación por el artículo 17 TFUE.

<sup>94</sup> Apartado 82

las pautas dadas por el TJUE, que el juez nacional debe establecer si ha habido o no discriminación.

##### **5. La discriminación originada por el despido a causa de un divorcio**

La sentencia de 11 de septiembre de 2018, *IR / JQ*, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, también tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania) al TJUE, la cual versa acerca de la interpretación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2008/78/C, presentada en el contexto de un litigio seguido entre *JQ* y su empresario, *IR*, en relación con la legalidad del despido de *JQ*, justificado por un presunto incumplimiento de su obligación de buena fe y de lealtad hacia la ética de *IR*.

Los hechos narrados entre los apartados 23 y 30 de la sentencia dan cuenta que *IR* es una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho alemán, que tiene por objeto social el desempeño de las funciones de *Caritas* (Confederación Internacional de Organizaciones Católicas de Fines Caritativos) como expresión de la vida y la esencia de la Iglesia Católica Romana y se dedica en particular a la gestión de hospitales. *IR* no persigue fines de lucro y depende del Arzobispado de Colonia (Alemania). *J.Q.*, quien profesa la religión católica, es médico de profesión y trabaja como jefe del servicio de medicina interna de un hospital de *IR*, con un contrato de trabajo basado en el Reglamento del Servicio Eclesiástico, que impone deberes cualificados tanto para los trabajadores católicos como no católicos, aunque diferentes para unos y otros. Respecto de los católicos se establece como infracción del deber de lealtad que puede motivar el despido laboral si el trabajador ostenta responsabilidades directivas, la celebración de matrimonio nulo conforme a la fe y al ordenamiento jurídico de la Iglesia. *J.Q.* es católico y celebra matrimonio civil tras el divorcio de su primer matrimonio canónico, sin haber obtenido la nulidad canónica de este. La empresa despide a *J.Q.*, quien presenta una demanda ante el *Arbeitsgericht* (Tribunal de lo Laboral, Alemania), alegando que su segundo matrimonio no es causa válida de despido. En su opinión, su despido vulnera el principio de igualdad de trato, dado que con arreglo al Reglamento del Servicio Eclesiástico,

la celebración de un nuevo matrimonio por parte de un jefe de servicio protestante o sin religión no habría tenido ninguna consecuencia en su relación laboral con *IR*, que alega que el despido de *J.Q.* no es improcedente por causas sociales, habida cuenta que *J.Q.* ejercía responsabilidades directivas a efectos del artículo 5, apartado 3 del Reglamento del Servicio Eclesiástico, al contraer un matrimonio nulo con arreglo al Derecho Canónico había infringido los deberes que le incumbían en virtud de su contrato laboral con *IR*.

Luego de una larga peripécia judicial el *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Supremo de lo Laboral) y plantea al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales, enunciadas en el apartado 37 de la sentencia. En primer lugar, pregunta si debe interpretarse el artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78 en el sentido que la iglesia puede decidir imperativamente que una organización como la parte demandada en el presente litigio 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 que los que pertenecen a otra iglesia o a ninguna. Si la respuesta es negativa cuestiona si debe excluirse la aplicación, en el presente litigio, de una disposición de Derecho nacional como la del artículo 9, apartado 2 (de la Ley de Igualdad de Trato), en virtud de la cual está justificada tal diferencia de trato por razón de la pertenencia del trabajador a una confesión, con arreglo a la conciencia eclesiológica de la iglesia de que se trate y qué requisitos deben cumplirse, de acuerdo con el artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78, para que pueda exigirse a los trabajadores de una iglesia u otra de las organizaciones referidas en dicha disposición una actitud de lealtad y de buena fe hacia la ética de la organización.

De la respuesta del TJUE se identifican los siguientes criterios:

El artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse<sup>95</sup> en el sentido que

-por un lado, una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o en las convicciones y que gestione un centro hospitalario bajo la forma de una sociedad de capital de Derecho privado no puede decidir imponer a aquellos de sus trabajadores que ejerzan responsabilidades directivas unas

---

<sup>95</sup> Apartado 61.

exigencias relativas a una actitud de buena fe y lealtad hacia dicha ética que son distintas en función de la religión de esos trabajadores o de su irreligión, sin que tal decisión pueda ser objeto, en su caso de control judicial efectivo<sup>96</sup> destinado a garantizar que se cumplan los criterios mencionados en el artículo 4, apartado 2, de esa Directiva, y

-por otro lado, una diferencia de trato, en lo atinente a la exigencia de una actitud de buena fe y lealtad hacia dicha ética, entre los trabajadores que ocupan puestos con responsabilidades directivas, en función de su religión o de su irreligión, solamente es conforme con dicha Directiva<sup>97</sup>, si dada la naturaleza de las actividades profesionales 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 la ética de la iglesia u organización en cuestión y conforme con el principio de proporcionalidad<sup>98</sup>, extremo cuya verificación incumbe al tribunal nacional.

Un tribunal nacional que conozca de un litigio entre particulares está obligado, cuando no le sea posible interpretar el Derecho nacional aplicable de conformidad con el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78, a garantizar en el ámbito de su competencia la protección jurídica conferida a los justiciables por los principios generales del Derecho de la Unión, como el principio de no discriminación por razón de la religión o de las convicciones consagrado en el artículo 21 de la CDFUE, y a garantizar la plena eficacia de los derechos derivados de dichos principios, dejando inaplicada, si es preciso, cualquier disposición nacional contraria<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Tal como lo afirma en el caso revisado anteriormente.

<sup>97</sup> En el presente asunto, el TJUE considera que el requisito controvertido es el carácter sagrado e indisoluble del matrimonio religioso, pero la adhesión a ese principio no parece necesaria para la afirmación de la ética de *I/R*, habida cuenta de las actividades ejercidas por *J.Q.* que consisten en asesoramiento y asistencia médica en un hospital y la gestión del servicio de medicina interna (apartados 57 y 58).

<sup>98</sup> El TJUE sigue un esquema semejante al de la sentencia *Egenberger*, al atender a la naturaleza de las actividades que desempeña el trabajador y al contexto en el que se desarrollan las mismas, comprobando de esta manera el nexo entre el requisito profesional exigido y la actividad de que se trate, para poder juzgar si ese requisito es esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la Iglesia u organización.

<sup>99</sup> El TJUE reitera lo expresado en la sentencia anterior.

En resumen, como en el fallo precedente el TJUE afirma que hay que ponderar entre el derecho a la autonomía de las iglesias y demás organizaciones y la prohibición de discriminación. Además, el control de la observancia de los criterios que permiten la configuración de una excepción al principio de igualdad de trato debe ser externo, a cargo de un órgano jurisdiccional nacional, para garantizar la eficacia del Derecho de la UE, por lo que no ha lugar a que el artículo 17 TFUE desvirtúe esta conclusión. Asimismo, el juez nacional debe tener presente que las normas de la Unión producen efectos jurídicos (derechos y obligaciones) inmediatos en favor de los justiciables, por lo que está obligado a garantizarles la protección jurídica que les confiere el ordenamiento supranacional.

## 6. Discriminación y símbolos o vestuario religioso

Las dos sentencias escogidas para su estudio enfrentan al TJUE con el vestuario religioso desde la perspectiva de la discriminación en el empleo.

Para efectos de ubicarse en la temática hay que tomar en consideración que Francia sanciona una ley de prohibición total de ostentación de los símbolos religiosos en el espacio público, la cual será denunciada ante el TEDH, que, en su conformación de Gran Sala, dicta el 1 de julio de 2014 la sentencia del caso *S.A.S. c. Francia*, estableciendo que la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos, preceptuada por la Ley N° 2010-1192 del 11 de octubre de 2010, no vulneraría los artículos 8, 9 y 10 de forma separada y conjunta con el artículo 14 del CEDH, debido al margen de apreciación nacional del que gozarían los Estados en la materia. Es en este contexto en el cual el TEDH establece la convencionalidad de ostentar símbolos religiosos en el espacio público que se insertan las interpretaciones prejudiciales que se han seleccionado para su análisis, una planteada en Bélgica y la otra, en Francia.

La primera sentencia del 14 de marzo del 2017, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 trata de una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Hof van Cassatie* (Tribunal de

Casación, Bélgica), que tiene por objeto la interpretación del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78.

En cuanto a los hechos relacionados entre los apartados 10 y 20 de la sentencia se menciona que G4S es una empresa privada que presta servicios de recepción y acogida a clientes tanto del sector público como del sector privado. La Sra. *Achbita*, de confesión musulmana, comienza a trabajar como recepcionista para dicha empresa en virtud de un contrato de trabajo por tiempo indefinido. En la empresa existe una norma no escrita con arreglo a la cual los trabajadores no pueden llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Inicialmente *Achbita* cumple con esta norma, pero a los tres años de iniciada la relación laboral comunica su intención de trabajar con pañuelo a la cabeza. La dirección le indica que no toleraría tal conducta. El 29 de mayo de 2006 el comité de empresa aprueba una modificación del reglamento interno que incorpora la norma escrita acerca de la prohibición de signos visibles. La modificación entra en vigor el 13 de junio de 2006. El 12 de junio *Achbita* fue despedida. Decide recurrir el despido y el asunto llega al *Hof van Cassatie* (Tribunal de Casación, Bélgica) que plantea al TJUE una cuestión prejudicial en torno a si debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 en el sentido que la prohibición de llevar un pañuelo como musulmana en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa, si la norma en vigor en la empresa prohíbe a todos los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos externos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas.

Al dar respuesta a la cuestión planteada, el TJUE expresa en el apartado 25 de la sentencia que en lo que respecta al concepto de religión que figura en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, como ésta no lo define, recurre a la definición del CEDH<sup>100</sup>, que en su artículo 9, dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que este derecho implica, en particular, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las

---

<sup>100</sup> Lo que da cuenta del diálogo que se entabla entre los jueces de Luxemburgo y los de Estrasburgo en aras de la garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales.

prácticas y la observancia de los ritos. A su vez, en el apartado 27 de la sentencia cita el derecho de la libertad de conciencia y de religión, reconocido en el artículo 10, apartado 1, de la CDFUE<sup>101</sup>, que corresponde al derecho garantizado en el artículo 9 del CEDH y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, de la CDFUE, tiene el mismo sentido y alcance que aquél. Igualmente se remite a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho de la Unión<sup>102</sup>.

En este asunto, el TJUE sienta los siguientes criterios:

El concepto de religión que figura en el artículo 1 de la Directivas cubre tanto el *forum internum*, es decir, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, la manifestación pública de la fe religiosa.

El artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones en el sentido de esta Directiva.

En cambio, una norma interna de una empresa privada puede constituir una discriminación indirecta en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los medios para la consecución de esta

---

<sup>101</sup> El artículo 10.1 de la CDFUE, dispone que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

<sup>102</sup> Apartado 27.

finalidad sean adecuados<sup>103</sup>, necesarios, extremos que corresponderá comprobar al tribunal remitente.

El deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la CDFUE, y tiene en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esta finalidad a los trabajadores que, en principio, estarán en contacto con sus clientes<sup>104</sup>, es decir que se limita a lo estrictamente necesario.

La interpretación que la persecución de una finalidad legítima por parte de una empresa permite restringir, con ciertos límites, la libertad de religión es corroborada además por la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 9 del CEDH<sup>105</sup>.

En suma, en este caso el TJUE estima que no hay discriminación directa conforme a la Directiva, pero podría haber discriminación indirecta, asunto que corresponde dilucidar al tribunal remitente, a la luz de la interpretación normativa expresada en esta sentencia.

El segundo asunto que se aborda en relación con la discriminación en torno al vestuario religioso en el empleo, es similar a la anterior. Se trata de la sentencia de 14 de marzo de 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH)/ Micropole SA, anteriormente Micropole Univers SA, C- 188/15, ECLI:EU: C: 2017: 2014*, petición de decisión prejudicial, planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, que tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78, en el contexto de un litigio entre la Sra. *Asma Bougnaoui* y la *Association de défense des droits de l'homme (ADDH)*, por un lado, y *Micropole S.A.*, anteriormente *Micropole Univers SA* (en lo sucesivo *Micropole*, por otro lado, relativo al despido por parte de esta última de la Sra. *Bougnaoui* en razón que ésta se niega a retirarse el pañuelo islámico cuando presta servicios en los locales de los clientes de la empresa.

---

<sup>103</sup> La prohibición a los trabajadores del uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apta para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente. Apartado 40.

<sup>104</sup> Apartados 38 y 42.

<sup>105</sup> Nueva muestra de la interrelación que tiene lugar entre ambos Tribunales. Apartado 39.

En cuanto a los hechos explicados entre los apartados 13 a 17 se señala que *Asma Bougnaoui*, de religión islámica, trabaja en la empresa *Micropole*. Tanto en el período de prácticas como posteriormente, la empresa *Micropole* advierte a la Sra. *Bougnaoui* que debe vestir velo islámico en el trabajo, indicación que no acata. *Micropole* la despide el 22 de junio de 2009, después que una de sus empresas clientes le hiciera saber que a algunos de sus empleados les había molestado que la Sra. *Bougnaoui* llevara velo, pidiendo que no repitiese su uso. Como estima que el despido es discriminatorio, la Sra. *Bougnaoui* demanda a la empresa.

Su caso llega a la *Cour de Cassation* (Tribunal de Casación, Francia), tribunal que plantea la cuestión prejudicial acerca de si debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 en el sentido que el deseo manifestado por un cliente de una empresa de consultoría informática que, en lo sucesivo, los servicios informáticos contratados no sean prestados por una asalariada de dicha empresa, ingeniero de proyectos, quien 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.

Al responder a la cuestión prejudicial el TJUE, al igual que en la sentencia precedente hace referencia al concepto de religión dispuesto en el artículo 9 del CEDH y al derecho a la libertad de conciencia y de religión reconocido en el artículo 10, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>106</sup>. Asimismo, expresa los mismos razonamientos que en el caso anterior en torno

Pero este caso, el TJUE lo resuelve de manera distinta al anterior y al respecto destacan los siguientes criterios:

Con arreglo al considerando 23 de la Directiva 2000/78, solamente en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante<sup>107</sup>.

El citado concepto implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o por el contexto

---

<sup>106</sup> Apartados 28, 29 y 30.

<sup>107</sup> El TJUE en el apartado 38 reitera lo expresado al respecto en la sentencia anterior.

en que se lleve a cabo. En cambio, no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente<sup>108</sup>.

Por ende, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse<sup>109</sup> en el sentido que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición<sup>110</sup>.

A modo de colofón, las sentencias presentadas constituyen una muestra de la construcción jurisprudencial del TJUE en torno a la evolución de la prohibición de la discriminación en la Unión Europea.

### III. Conclusiones

El final de la Segunda Guerra Mundial apareja la transnacionalización del Derecho Constitucional promovida por dos corrientes jurídicas. Una impulsa el desarrollo de un derecho supranacional, propio del proceso de integración regional europea y la otra, el derecho internacional de los derechos humanos, de carácter subsidiario. Ambas tendencias tienen una matriz común en el Derecho Inter-nacional, específicamente en el derecho de los tratados, pero al mismo tiempo conservan su autonomía.

Este proceso de transnacionalización del Derecho Constitucional se caracteriza por el principio de apertura constitucional que entraña la inclusión del Estado en la comunidad internacional, lo cual transforma el concepto de Estado-Nación, perdiendo la noción de soberanía su carácter indivisible y absoluto.

Si bien en un primer momento la protección de los derechos humanos y el proceso de integración regional europea siguen rumbos diferentes, puesto que los derechos humanos no constituyen una materia que los Estados parte hayan atribuido a la Comunidad Económica Europea, centrada en la consolidación de

---

<sup>108</sup> Apartado 40.

<sup>109</sup> Apartado 41.

<sup>110</sup> Por no reunir las características exigidas por la Directiva.

un mercado común para reconstruir las economías destruidas por la guerra, a lo largo de los años tanto el TJCE como su sucesor el TJUE se han visto en la necesidad de tutelar los derechos fundamentales de las personas que circulan libremente en el mercado interior. En un principio el Tribunal de Justicia invocará los principios generales del Derecho para ingresar categorías reguladas por el CEDH hasta que se adopta en Niza la CDFUE, reflejo de dicho Convenio, a la cual el Tratado de Lisboa le reconoce la misma jerarquía que los Tratados fundacionales.

Lo anterior conlleva a la conformación del denominado triángulo judicial europeo, cuyos actores centrales son el TEDH con sede en Estrasburgo, intérprete del CEDH y sus Protocolos; el TJUE con sede en Luxemburgo que interpreta el Derecho de la Unión Europea y los Tribunales de los Estados miembros, intérpretes de las constituciones nacionales, normas convergentes con las del CEDH y las de la CDFUE, lo que significa hablar de una protección multinivel de los derechos humanos que exige enfrentar el desafío de integrar las diversas interpretaciones que se manifestarán en este triple círculo.

Por lo tanto, con la confluencia del proceso de integración regional europea con el derecho internacional de los derechos humanos surge el problema de identificar cuál de los órganos jurisdiccionales involucrados es el intérprete último del alcance del contenido de esos derechos, generando una situación conflictiva entre las diferentes instancias, que busca soslayarse mediante el diálogo interjurisdiccional y la construcción de consensos mínimos que permitan la tutela efectiva de los derechos humanos.

En el marco del Derecho de la Unión Europea, la prohibición de la discriminación, es decir el derecho fundamental a la no discriminación, encuentra actualmente su regulación en el derecho originario, TFUE y CDFUE, así como en el derecho derivado, por medio de directivas.

Hoy la tarea de interpretación del principio de igualdad de trato y sus excepciones está en el centro de la tutela de la prohibición de discriminación llevada a cabo por el TJUE, para lo cual por medio de la cuestión prejudicial, mecanismo de colaboración procesal, entabla un diálogo de juez a juez, con el fin de explicar el contenido y alcance de las normas relacionadas con la temática

que conforman el Derecho de la Unión Europea, garantizar su unidad de interpretación, coherencia, eficacia y autonomía, al tiempo de establecer una cooperación horizontal con los órganos jurisdiccionales nacionales.

La interpretación de las excepciones al principio de la igualdad de trato es restrictiva, de lo contrario se desvirtuaría su protección. Una diferencia de trato basada en una característica objeto de protección jurídica no tiene carácter discriminatorio solamente cuando debido, a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante. Además, la finalidad de la restricción debe ser legítima, pero en especial la relación medio fin tiene que responder al principio de proporcionalidad, el cual forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión.

En caso de tensión entre derechos concurrentes se debe recurrir a la ponderación para garantizar el justo equilibrio entre los mismos.

Los Estados miembros de la UE deben adoptar con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona considere sentirse perjudicada por la no aplicación de este principio y alegue ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

Cuando un tribunal nacional no puede interpretar su derecho interno aplicable con algunas de las Directivas vigentes en materia de prohibición de la discriminación, 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, así como la plena eficacia de esos preceptos, dejando sin aplicar, si es necesario, cualesquiera normas nacionales que los contradigan.

El artículo 21 de la CDFUE que prohíbe la discriminación es de aplicación inmediata. No necesita de conversiones nacionales ni de interpretaciones nacionales para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal. Es operativo por si mismo, pues de lo contrario no se puede garantizar la

eficacia y la tutela del principio de igualdad de trato. Igual sucede con el artículo 47 de la Carta que reconoce el derecho de los justiciables a la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos que les reconoce el Derecho de la Unión, con base en el principio de la eficacia directa, característica de la variante normativa Derecho supranacional.

Los puntos de convergencia que tienen lugar entre el Derecho de la UE y los derechos humanos quedan circunscriptos a los distintos ámbitos, pero los marcos generales que se construyen, por ejemplo, respecto a las condiciones de empleo, hacen que en la práctica los 27 Estados miembros de la Unión Europea suscriban estándares comunes. Por eso, los temas de confluencia se multiplican y las intervenciones del TJUE cada vez son más específicas y reiteradas en esta materia, la cual genera conflictos por la tutela constitucional de muchos de los actores involucrados.

#### IV. Bibliografía

- CARTABIA, M. (2017). Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. *Rivista AIC*, 1-17.
- CORTÉS, J. (2013). Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de su presunción de equivalencia con el CEDH. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 935-971.
- FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS, A., & ORTIZ ARGINIEGAS, E. (2019). *Introducción al Derecho Comunitario Andino. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: la interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento (2008-2012)*. Bucaramanga: Publicaciones UNAB. Accesible en <https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/11591/introduccion%20al%20derecho-nov%202019%20-WEBSITE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- GARCÍA , F. (2012). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y realidad constitucional*, 183-224. Accesible en <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>
- (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*, 165-190.
- GASCÓN GARCÉN, A. (2019). La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y la ciudadanía europea. En *Lecciones para el Estudio del Derecho de la Unión Europea*. Prensas Universitarias de Zaragoza : Zaragoza.
- MANGAS MARTÍN, A. (2008). Artículo 21. No discriminación. En *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo* (págs. 398-408). Bilbao: Fundación BBVA.
- MANGAS MARTÍN, A., & LIÑÁN NOGUERAS, D. (2016). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. España: Tecnos.
- PIZZOLO, C. (2013). Problemas fundacionales del Derecho Constitucional Transnacional. *Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet*, 101-129.
- (2014). Soberanía, Estado y Globalización. En A. Bogdandy , & J. Serna de la Garza (Edits.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa* (págs. 283-309). México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Max Planck Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Universidad Nacional Autónoma de México.
- QUINDIMIL LÓPEZ, J. (2012). El acceso a Tribunales de justicia supranacionales: aportes desde la Comunidad Andina y su incipiente ciudadanía

comunitaria. En M. Hernández Ramos, A. Saiz Arnaiz, A. Torres Pérez, & M. Zelaia Garagarza (Edits.), *tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea* (págs. 101-123). España: Aranzadi Thomson Reuters.

RODRIGO, Á., & CASANOVA, O. (2020). *Compendio de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.

**EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS  
Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA PROTECCIÓN  
DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN<sup>1</sup>**

Cynthia Belén Contreras<sup>2</sup>

---

Fecha de recepción: 15 de junio de 2021  
Fecha de aceptación: 1 de agosto de 2021

### **Resumen**

Este trabajo pretende abordar los desafíos que surgen en la protección de los derechos humanos de las personas involucradas en la gestación por sustitución, tanto en la dimensión del derecho interno, del derecho internacional público y del derecho internacional privado de los Estados. En la actualidad, surge principalmente, que, en la materia de referencia, nos encontramos frente a una situación jurídica delicada, donde se evidencia, la necesidad seria, de regulación y protección de los derechos humanos de las personas involucradas en esta práctica. Para empezar, realizaremos un análisis, de las reglas fundamentales en esta área que tratan acerca: del interés superior del niño, el interés de la persona gestante, la libertad sexual y reproductiva, los derechos de familia, y el derecho a la identidad, entre otros; las cuales están consagradas en Tratados y Convenciones Internacionales y en las Constituciones Nacionales de los distintos países. Finalmente, nos referiremos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos haciendo hincapié en las relaciones y diálogo de este con los

---

<sup>1</sup> El presente trabajo fue desarrollado en el marco del II Seminario de posgrado “Estado, Integración Regional y Derechos Humanos” organizado por el Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Abogada (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Doctoranda en Administración y Políticas Públicas (Instituto de Investigación y Formación en Administración y Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Magíster en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Especialista en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Blas Pascal de Córdoba, Argentina), Investigadora (SECYT), Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Becaria DAAD y Fulbright. Correo cynthicontreras@yahoo.com.ar.

Tribunales nacionales europeos, abordando los principales antecedentes jurisprudenciales en la materia.

*Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos- Tribunal Constitucional- gestación por sustitución-reproducción humana asistida- turismo procreativo- derechos humanos.*

**Title:** The dialogue between the European Court of Human Rights and the National Constitutional Courts for the protection of human rights on Gestational Surrogacy.

### **Abstract**

This study aims to address the challenges that arise the protection of the human rights of people involved in surrogacy, also in the dimension of domestic law, public international law and private international law of States. Nowadays, in the subject of reference, we are faced with a delicate legal situation, where it is evident that there is a serious need, for regulation and protection of the human rights of the people involved in this practice. To begin, we will carry out an analysis of the fundamental rules in this area like: the best interest of the child, the interest of the pregnant person, sexual and reproductive freedom, family rights, and the right to identity, among others; which are enshrined in International Treaties and Conventions and in the National Constitutions of the different countries. Finally, we will refer to the European Court of Human Rights, emphasizing its relations and dialogue with the European national Courts, addressing the main jurisprudential antecedents on the matter.

*Keywords: European Court of Human Rights- Constitutional Court- Gestational Surrogacy- assisted reproduction- Procreative Tourism- Human rights*

## **I. Introducción.**

La globalización, la movilidad de las personas, las nuevas tecnologías de la información y el avance de la medicina favorecen y, en cierta medida, fomentan la gestación por sustitución en el mundo. Estos avances sin embargo traen consecuencias jurídicas que deben ser analizadas a la luz de los derechos fundamentales consagrados en Convenciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La gestación por sustitución es una realidad que los desarrollos tecnológicos en el área de la reproducción humana asistida ponen al alcance de cada vez más personas y familias. Esta práctica, que existe en el plano interno en algunos Estados y que también se da en el plano transfronterizo, plantea desafíos para el derecho, cuyas normas pueden resultar inadecuadas para ofrecer respuestas que garanticen el respeto de los derechos humanos de todos los sujetos intervenientes (ALBORNOZ, 2020: p. 20.).

En la actualidad, la expansión de jurisdicciones internacionales, el desenvolvimiento de los foros de elaboración de normas y la creación y desarrollo de instituciones de gobernabilidad global que coexisten con los Estados, generan fuentes jurídicas con notable influencia ya que el fenómeno de la gestación por sustitución trasciende sobradamente el ámbito interno de los Estados y se inserta en un orden de gobernanza global.

En cuanto al ámbito jurídico, la gestación por sustitución se relaciona con diversas áreas o ramas del derecho interesadas en este fenómeno social como un todo o, al menos, en algunos de sus aspectos. En la gestación por sustitución confluyen el derecho privado y el derecho público, así como los derechos interno —nacional o extranjero— e internacional. Aunque, para algunos autores, se trata de un tema netamente de derecho civil y de derecho de las familias -pues consiste en un acuerdo voluntariamente celebrado por particulares con la finalidad de ampliar una familia- el Estado que permite esta práctica debe garantizar que se lleve a cabo respetando los derechos humanos de todas las personas intervenientes (ALBORNOZ, 2020: p. 21.).

Inevitablemente, la dimensión de derecho público de la gestación por sustitución involucra a los derechos humanos y, por lo tanto, también le interesa al derecho internacional público y al derecho internacional privado, pues las reglas fundamentales en esta área suelen estar consagradas en normas de fuente internacional, como los Tratados y Convenciones Internacionales, y en las Constituciones Nacionales de los distintos países.

Si bien, la participación en un acuerdo de gestación por sustitución es voluntaria para la persona gestante y para los/las padres/madres intencionales; se destaca que, en este acuerdo, existen muchos intereses en juego. Estos intereses, deben ser atendidos teniendo en cuenta principalmente, los derechos humanos que puedan verse afectados o vulnerados en el proceso. De esto deriva principalmente, que nos encontramos frente a una situación jurídica delicada, donde convergen el interés superior del niño, el interés de la persona gestante, la libertad sexual y reproductiva, los derechos de familia, el derecho a la identidad, entre otros. De lo antes dicho, se evidencia, la necesidad de una regulación y protección de los derechos humanos de las personas involucradas en esta práctica -cada vez más utilizada-.

El objetivo del presente trabajo, es el de visibilizar las situaciones de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las personas gestantes, los padres y madres intencionales, y los niños y niñas, en los supuestos afectados por un elemento de internacionalidad y analizar que respuestas ofrece la regulación tanto interna de los Estados como internacional, para salvaguardar su dignidad y garantizar la igualdad efectiva entre hombres, mujeres, niños, y niñas de los distintos Estados.

En este trabajo, primeramente, desarrollaremos el concepto de gestación por sustitución, luego nos enfocaremos en la determinación de las partes involucradas en aquél, seguidamente definiremos el llamado “turismo procreativo internacional”, a continuación nos referiremos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos haciendo hincapié en las relaciones y diálogo de este con los Tribunales nacionales europeos, para finalmente abordar los principales antecedentes jurisprudenciales en la materia de gestación por sustitución.

## II. Concepto.

El concepto y las modalidades de la gestación por sustitución están íntimamente relacionados entre sí. De hecho, la diversidad de modalidades de técnicas de reproducción humana asistida (de ahora en más TRHA<sup>3</sup>), dificulta la tarea de definir esta práctica sin dejar ninguna variante fuera de los contornos del concepto (ALBORNOZ, 2020: p. 06.).

La autora ALBORNOZ define la gestación por sustitución como un contrato —celebrado a título gratuito u oneroso— entre una persona gestante y otra persona o pareja de padres intencionales, a fin de que la primera geste un embrión, aportando o no sus gametos, y el niño nacido en consecuencia tenga vínculos jurídicos de filiación con el o los padres intencionales (ALBORNOZ, 2020: p. 09.).

En la técnica de gestación por sustitución pueden distinguirse dos grandes modalidades: a) Maternidad subrogada tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*): en ésta, la madre subrogada es también la madre genética, es ella quién aporta su material genético para llevar a cabo la gestación; b) Maternidad subrogada gestacional o parcial (*gestational surrogacy*): la madre subrogada no aporta material genético, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre intencional. La inexistencia de vínculo genético entre el nacido y la madre subrogada, en este último caso, explica que esta modalidad de gestación por sustitución cuente con mayor respaldo por parte de aquellos ordenamientos jurídicos nacionales que la contemplan (HERNANDEZ RODRIGUEZ, 2014: p. 150.).

## III. Sujetos intervenientes en la gestación por sustitución.

En la gestación por sustitución, intervienen distintos sujetos de derecho, cuyas características han sido delineadas evolutivamente tanto por la

---

<sup>3</sup> Técnica de Reproducción Humana asistida.

jurisprudencia como por la doctrina internacional, aplicando el enfoque de derechos y de género en cuanto a las precisiones terminológicas.

Para ALBORNOZ, las partes del acuerdo o contrato genérico de gestación por sustitución —más allá de las modalidades propias de cada uno en concreto— son la persona gestante y los padres o madres intencionales. Adicionalmente, aunque no es parte, el niño o niña gestado/a y nacido/a como consecuencia de esta práctica también es considerado/a.

#### **IV. El turismo procreativo internacional.**

En los últimos años, venimos asistiendo a la eclosión de un nuevo fenómeno global, propiciado por la situación legal y social existente en diversos países, el denominado “turismo procreativo internacional” o “turismo de fertilidad internacional”, también conocido como “*Cross-Border Reproductive Care*” (CBRC).

En términos generales, puede decirse que este fenómeno tiene lugar cuando ciudadanos que residen en un Estado se desplazan a otro para acceder a una determinada técnica de reproducción humana asistida, bien porque el tratamiento en cuestión está prohibido en su país de origen, bien porque el Estado al que se viaja proporciona el mismo con mayor celeridad, garantías e incluso, menor coste, y/o no condiciona su acceso al cumplimiento de determinados requisitos del interesado/a o interesados (edad, estado civil y/u orientación sexual) (HERNANDEZ RODRIGUEZ, 2014: p. 148.).

El denominado “turismo procreativo internacional” o “*Cross-Border Reproductive Care*”, no deja de ser un tipo de “turismo sanitario”, al que sin embargo se anudan importantes consecuencias legales.

La realidad es que, los contratos de “gestación por sustitución”, son regulados de forma muy dispar en los diversos Estados, ya que existen algunos de estos que la permiten, otros que la prohíben y otros que nada dicen sobre este tema.

**V. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).**

La creciente globalización y la búsqueda de soluciones de quienes se ven impedidos para llevar adelante su proyecto familiar en sus propios Estados, han conducido al notable aumento de acuerdos de gestación por sustitución transfronterizos. Asimismo, esta circunstancia ha dejado un escenario en el que se han visto vulnerados los derechos humanos de los sujetos que participan en estos procesos.

El complejo escenario que se presenta a nivel global como consecuencia de la contratación y nacimiento de niños mediante la técnica de la gestación por sustitución en situaciones transfronterizas, ha llamado también la atención de la comunidad jurídica internacional y el tema ha sido tratado mediante sus sentencias por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), desde hace varios años.

La jurisprudencia del TEDH ha ejercido y ejerce una gran influencia sobre la evolución del derecho de familia en Europa. En el caso de la gestación por sustitución, dicha influencia se proyecta esencialmente sobre el derecho internacional privado de familia (ALBORNOZ, 2020: p. 237.).

En general, la gestación por sustitución “comercial” o “con precio”, no está permitida en los Estados miembro del Consejo de Europa. Es por ello, que los supuestos típicos, que ha tratado el TEDH, son aquellos casos contenciosos, en los que los demandantes, solicitan al Estado requerido, el reconocimiento de una relación de filiación y ante la negativa al reconocimiento por el Estado demandado, se alega que se produce una infracción de los derechos fundamentales protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH).

Por mucho tiempo el CEDH existió a la sombra de las Constituciones nacionales europeas, pues la mayoría de los Estados europeos habían partido del supuesto de que de todos modos la tutela constitucional de los derechos fundamentales estaba muy por encima del nivel exigido internacionalmente. Sin

embargo, con el tiempo el CEDH ha adquirido un papel clave e imprescindible para el derecho constitucional en el espacio jurídico europeo. Al garantizar a cada uno un estándar constitucional mínimo común frente a todos los Estados europeos e incluso al tender a resguardarlo de posibles erosiones como las derivadas de la transferencia de derechos de soberanía, ha llegado a ser una especie de carta magna del ciudadano europeo que desplaza progresivamente a un segundo plano las garantías constitucionales paralelas existentes a nivel de la Unión y a nivel nacional. Cada vez más, el CEDH sirve también de modelo para los catálogos de derechos fundamentales en Constituciones nacionales más recientes (VON BOGDANDY, 2014: p. 217.).

Es de resaltar, que el debate en torno a la gestación por sustitución es muy controvertido en Europa. En ocasiones -la comunidad de intérpretes-, fuerza a la jurisprudencia del TEDH, queriéndole hacer decir más de lo que dice y de lo que, en realidad, puede decir.

Los pronunciamientos del TEDH se producen, siempre, al hilo de un caso concreto – atendiendo a las circunstancias fácticas de los demandantes y al derecho invocado- y no cabe esperar de ellos -TEDH- un pronunciamiento a favor o en contra de la maternidad subrogada.

Asimismo, en este tema, como en muchos otros, el Tribunal otorga a los Estados un margen de apreciación, que salvaguarda su tradición, su contexto social y las distintas opciones políticas inherentes a una sociedad democrática. Dicho margen de apreciación se restringe cuando están en juego elementos fundamentales de los derechos protegidos o si existe un consenso europeo sobre una determinada cuestión.

Es de destacar, que en un tema tan controvertido como la reproducción asistida, el margen de apreciación tenderá a ser siempre amplio. Habida cuenta del carácter dinámico de la jurisprudencia del TEDH, dicho margen de apreciación está, no obstante, sujeto a variación y podría restringirse de cristalizarse en el futuro un consenso europeo en esta materia. Con relación a la gestación por sustitución, el TEDH está lejos de haber dicho su última palabra.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, entiende que la protección de la vida familiar presupone, primeramente, la existencia de una familia. A estos

efectos ha de destacarse que la familia que se protege no es sólo la familia legalmente reconocida, sino también la unidad familiar de hecho.

La mayoría de las veces, la parte requirente ante el TEDH, invoca -en estos casos- el precepto del Artículo 8 del CEDH<sup>4</sup> - en él se dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar-. La vulneración de este precepto, por parte de los Estados Europeos, suele argüirse con relación al reconocimiento de las relaciones de filiación surgidas de un contrato de gestación por sustitución.

La protección de la vida privada y familiar ha sido interpretada por el Tribunal de forma que derivan para el Estado obligaciones negativas —de no injerencia— y positivas —a fin de asegurar su desarrollo efectivo—. En relación con la cuestión que se aborda -gestación por sustitución-, se entiende que la obligación del Estado sería esencialmente la no injerencia, habida cuenta de que es la negativa del Estado al reconocimiento de la relación establecida en el extranjero lo que podría dar lugar a la vulneración del derecho a la vida privada y familiar.

Asimismo, tanto en un caso como en el otro -obligaciones negativas y positivas de los Estados-, hay que considerar el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto; incluso, en ambas hipótesis, el Estado goza de cierto margen de apreciación.

En relación, a las obligaciones negativas que el art. 8 CEDH, impone a los Estados consisten en abstenerse de injerencias arbitrarias, exigiendo, en esta parte que la toma de decisiones que desemboca en medidas de injerencia sea equitativa y respete, debidamente, los intereses protegidos por el convenio.

---

<sup>4</sup> CEDH, Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Por ello, no toda injerencia en la vida privada y familiar está prohibida; expresamente la disposición permite injerencias prevista por la ley y que constituyan una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria.

Para el TEDH, las injerencias en la vida privada y familiar sólo se justifican en la medida en que sean necesarias 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.

Es por ello que, a fin de evaluar si una injerencia es necesaria y está justificada, el TEDH examina tres aspectos: a) si la injerencia está prevista en la ley; b) si la injerencia persigue una finalidad legítima de las enumeradas, y c) si la injerencia es necesaria y proporcional respecto a la finalidad perseguida (ALBORNOZ, 2020: p. 245.).

No obstante, cabe aclarar, que la incorporación del Convenio Europeo de los Derechos Humanos al orden constitucional nacional varía sustancialmente de país a país. En algunos países, sobre todo en Austria, tiene vigencia con rango constitucional desde 1964, lo que trajo como consecuencia que el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo prácticamente han desplazado los derechos fundamentales austriacos originarios de la Ley Fundamental del Estado de 1867. En Italia, el artículo 117 apartado 1 incorporado a la Constitución italiana concedió a los tratados internacionales —y con ello también al CEDH— rango constitucional, lo que trajo como consecuencia que cualquier violación del legislador sólo podría ser determinada por la Corte Costituzionale. También en Gran Bretaña —si es que se admite la jerarquización fáctica de las leyes británicas—el CEDH ha adquirido una especie de calidad constitucional material, en la medida en que sus estipulaciones sean coincidentes con las del HRA 1998 (VON BOGDANDY, 2014: p. 218.).

Sin embargo, independientemente a cada interpretación que se le pueda otorgar por parte de los Estados Nacionales, es innegable la Importancia del CEDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el derecho interno europeo.

**VI. El diálogo entre el TEDH y los tribunales constitucionales nacionales. Una mirada sobre la gestación por sustitución a la luz de los derechos humanos.**

Finalmente podemos decir que, la relación entre las instancias nacionales y el TEDH puede conceptuarse, en los mejores de los casos, en términos de diálogo o cooperación. Las sentencias del TEDH no tienen fuerza ejecutiva directa, sino que han de ser ejecutadas por los órganos jurisdiccionales del Estado contratante condenado; no obstante, vinculan a todos los tribunales estatales de los Estados contratantes. Esta falta de ejecutividad directa, provoca problemas que involucran a la comunidad de intérpretes, y a su vez se produce la cuestión acerca de quien tiene la “última palabra”, si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) o el TEDH.

La jurisprudencia del TEDH es, por tanto, un elemento sustancial en la configuración de un orden público europeo en materia de protección de los derechos fundamentales. Ese orden público marca los límites externos a la acción estatal.

Seguidamente, analizaremos dos antecedentes jurisprudenciales del TEDH, que tratan acerca de la gestación por sustitución. De estos se desprende como se establece la comunicación entre los Tribunales Supremos y los Tribunales Nacionales en Europa. Del contexto, también surge la posibilidad que otorga el CEDH de activar el mecanismo consultivo por parte de los Estados Nacionales miembros, así es cómo también abordaremos la opinión consultiva de la Corte Francesa, en relación con las sentencias dictadas por el TEDH en materia de gestación por sustitución. Los casos traídos a estudio, sumado a la respuesta a la opinión consultiva, no tienen desperdicio y representan de una manera clara y precisa cual es el estado de la cuestión en el “diálogo” en la “comunidad de intérpretes”, el cuál lejos de esta a veces de ser una cooperación para lograr la Unión.

- **Mennesson c. Francia<sup>5</sup> y Labassée c. Francia<sup>6</sup>**

Las primeras sentencias dictadas por el TEDH en materia de gestación por sustitución se producen a causa de demandas contra Francia planteadas por cónyuges de nacionalidad francesa y niños nacidos en Minnesota y California como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

En ambos casos, Mennesson y Labassée, los niños habían sido concebidos con óvulos donados y el esperma pertenecía a uno de los comitentes. En estos casos, el vínculo genético y el dato de que los niños fueran parte actora junto con los comitentes son un aspecto esencial de esta jurisprudencia.

Tras el nacimiento de los niños, los comitentes solicitaron el reconocimiento de la relación de filiación. En concreto, lo que solicitaban era la inscripción del certificado de nacimiento extranjero en el Registro civil francés. La inscripción fue denegada por las autoridades francesas, por considerar que la relación de filiación vulneraba su orden público internacional en razón del principio de indisponibilidad del estado civil -es importante destacar, que en Francia se encuentra prohibida la gestación por sustitución-. En contraposición, los comitentes y los niños nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución alegaron que dicha denegación vulneraba el artículo 8o. del CEDH.

Por último, el TEDH concluye en las citadas sentencias que efectivamente se ha producido una injerencia en la vida familiar y privada, habida cuenta de que los esposos Mennesson y Labassée convivían con los niños en territorio francés, formando una unidad familiar de hecho. En este sentido, es de destacar que el TEDH dicta sentencia en 2014, habiéndose producido el nacimiento de los niños en 2000 -en el caso Mennesson- y 2001 -en el caso Labassée-.

Argumenta el TEDH, que la injerencia de Francia en la vida familiar y privada de los demandantes constituiría una violación del derecho, salvo que estuviera justificada. Como ya se ha indicado con anterioridad, ello exige el examen de tres elementos: que la injerencia esté legalmente prevista, que obedezca a una finalidad legítima y que sea necesaria y proporcional.

---

<sup>5</sup> STEDH, *Mennesson c. Francia*, 26/06/2014.

<sup>6</sup> STEDH, *Labassée c. Francia*, 26/06/2014.

El Tribunal concluye en relación con la necesidad de la medida, que, habida cuenta de la falta de un consenso europeo en la materia de gestación por sustitución, los Estados disfrutan de un amplio margen de apreciación, aunque puntualiza que, respecto al derecho a la vida privada, dicho margen se reduce, pues está en juego un aspecto fundamental de la identidad de la persona.

A continuación, el TEDH analiza la infracción a la vida privada de los niños nacidos como consecuencia del contrato de gestación por sustitución. El derecho a la vida privada comprende el derecho a la identidad, que a su vez incluye la filiación y la nacionalidad. Entiende el Tribunal que, si bien es comprensible que Francia quiera disuadir a los ciudadanos franceses de recurrir en el extranjero a métodos de reproducción asistida prohibidos en Francia, los efectos de la falta de reconocimiento del vínculo de filiación no afectan sólo a los comitentes que han elegido libremente su modo de actuación, sino también a los niños, cuyo derecho a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer su identidad, incluida su filiación, se ve gravemente afectado.

Para concluir, la jurisprudencia de los casos *Labassée* y *Mennesson* se ha reiterado en dos asuntos posteriores: *Foulon y Bouvet c. Francia*<sup>7</sup> y *Laborie c. Francia*<sup>8</sup>, en los que concurrían circunstancias fácticas muy similares, pues la demanda la planteaban conjuntamente comitentes y niños, existía un vínculo genético entre el niño y el comitente varón, y los niños y los comitentes estaban ya instalados en el Estado en el que se solicitaba el reconocimiento<sup>9</sup>.

Como ya se ha señalado con anterioridad, el TEDH está lejos de haber dicho la última palabra sobre la gestación por sustitución. Están en estos momentos

---

<sup>7</sup> STEDH, *Foulon y Bouvet c. Francia*, 21/10/2016.

<sup>8</sup> STEDH, *Laborie c. Francia*, 19/01/2017.

<sup>9</sup> De hecho, en estos casos la cuestión controvertida era que habían sido ya dictadas sentencias nacionales definitivas denegando la inscripción de los certificados de nacimiento extranjeros y no existía la posibilidad de revisar tales decisiones en virtud de la jurisprudencia de los casos *Labassée* y *Mennesson*. Ello se consideró contrario al CEDH. En 2016 se reformó el Código Procesal francés para introducir un recurso de revisión para aquellos supuestos relativos al estado civil de las personas en los que el TEDH hubiera constatado una violación de los derechos fundamentales protegidos por el CEDH.

pendientes tres asuntos<sup>10</sup> que suscitan la interesante cuestión del reconocimiento de la filiación materna.

- **El planteo de la opinión consultiva de la Corte de Casación Francesa al TEDH.**

El 5 de octubre de 2018, la Corte de Casación francesa planteó esta misma cuestión al TEDH, accionando por primera vez el mecanismo consultivo, previsto en el Protocolo núm. 16 al CEDH, adoptado el 2 de octubre de 2013 y que entró en vigor desde el 1 de agosto de 2018.

El mecanismo consultivo tiene como objeto reforzar la relación de cooperación entre las autoridades nacionales y el Tribunal europeo, proporcionándoles a aquéllas los elementos para poder construir una respuesta jurídica conforme al CEDH. En este mecanismo, el TEDH no examina los hechos ni decide el asunto, sino que se limita a contestar a las cuestiones elevadas por las autoridades nacionales.

En ese contexto, la Corte de Casación francesa preguntó si su negativa a inscribir la filiación materna está cubierta por el margen de apreciación del que dispone conforme al artículo 8 del CEDH. Se cuestionó adicionalmente si se debe diferenciar entre los supuestos en los que se utiliza material genético de la madre de intención y aquellos en los que no existe vínculo genético entre el niño y la comitente. También se elevó al TEDH la cuestión de si se cumple con el artículo 8 al posibilitar que la madre intencional adopte al niño, hijo genético del marido de la madre, o si el Convenio exige que se proceda directamente a la inscripción del certificado extranjero.

La opinión consultiva se hizo pública el 10 de abril de 2019. El TEDH muestra cautela al circunscribir el análisis al supuesto que motiva la petición de la Corte de Casación francesa, subrayando que en este caso concurren tres circunstancias: en primer lugar, que entre el padre de intención y el niño existe un vínculo genético; en segundo lugar, que no existe tal vínculo entre la madre de intención y el niño, y, en tercer lugar, el supuesto se caracteriza porque, en el

---

<sup>10</sup> STEDH, *Braun c. Francia; Saenz y Saenz Cortes c. Francia; Maillard y otros c. Francia*.

certificado de nacimiento extranjero, el padre y la madre de intención aparecían como padres legales. El Tribunal advierte que su jurisprudencia podría en un futuro precisar de ulteriores desarrollos, teniendo en cuenta la evolución de la materia. Se recuerda, además en el análisis, por consiguiente, el carácter evolutivo de la jurisprudencia del TEDH.

Las dos consideraciones primordiales son, en opinión del Tribunal, por un lado, el interés superior del niño y, por otro, el margen de apreciación del que disponen los Estados contratantes en la materia. Respecto a la primera cuestión, se recuerda que, si bien es legítimo combatir el fraude de ley, ha de primar el interés superior del niño. Se afirma que el derecho a la vida privada del niño se ve lesionado si no se permite el establecimiento de la filiación materna, ya que ello crea una situación de incertidumbre respecto a la identidad del niño y puede generar dificultades en ámbitos como el derecho de la nacionalidad y la extranjería, el tema sucesorio y en caso de separación de los padres de intención. Es asimismo esencial en relación con la responsabilidad parental.

Por lo que respecta al margen de apreciación, el TEDH inicia su análisis recordando que no existe un consenso europeo respecto al reconocimiento de una relación de filiación entre el niño nacido como consecuencia de una gestación por sustitución practicada en el extranjero y los padres de intención. Por esa razón y tratándose de una cuestión que suscita importantes controversias morales o éticas, el margen de apreciación del que disponen los Estados debería ser amplio, pero ha de restringirse al estar en juego un aspecto esencial de la identidad de un individuo.

Por consiguiente, el TEDH concluye que el respeto a la vida privada del niño requiere que el derecho nacional ofrezca alguna posibilidad de reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y la madre de intención.

El TEDH subraya, al expedirse, que únicamente se requiere dar una respuesta rápida, pues la incertidumbre perjudica al niño; pero no deduce de dicha circunstancia que se tenga que proceder directamente a la inscripción de la filiación. Se entiende que se respeta el interés superior del niño si el derecho interno dispone de medios jurídicos que permitan el establecimiento de la

relación de filiación, citándose expresamente la adopción, siempre que dichos medios operen con celeridad y eficacia (ALBORNOZ, 2020: p. 249.).

La opinión consultiva no significa, por consiguiente, un vuelco de la jurisprudencia anterior, sino su desarrollo lógico, destacando únicamente que la importancia del dato genético se relativiza.

La jurisprudencia del TEDH aborda, como se ha visto, aspectos parciales de la problemática jurídica relativa a la gestación por sustitución.

Es de resaltar que, los supuestos analizados hasta la fecha son todos casos de tráfico jurídico externo, en los cuales la presunta infracción de los derechos fundamentales se produce como consecuencia de la negativa del Estado a reconocer una relación de filiación establecida en el extranjero.

## **VII. Consideraciones finales.**

Este trabajo parte de la premisa que, más allá de los problemas que conlleva la actual disparidad normativa en el tema, sumado a la dificultad de tratar de plantear un diálogo efectivo con miras a la creación de un marco normativo internacional común; es necesario desarrollar premisas mínimas a tener en cuenta por los Estados y el orden internacional, en vista a la regulación de la gestación por sustitución. Se debe asegurar la tutela efectiva de los derechos humanos de la persona gestante, el/la niño/niña y los padres/madres intencionales.

Se vislumbra, a lo largo del trabajo, que es complicado concebir una regulación internacional lo suficientemente exhaustiva como para que se contemplen los puntos más relevantes del proceso de la gestación por sustitución, sin tampoco caer en interferencias arbitrarias o normas discriminatorias que afecten o menoscaben el ejercicio de los derechos de los Estados.

A estos efectos, podemos decir que la sola regulación de la temática estudiada a través de normas jurídicas en su presentación formal no es suficiente, sino están acompañadas fundamentalmente, de un enfoque de derechos al momento de ser aplicadas por parte de las distintas autoridades

nacionales e internacionales, que tengan como norte el interés superior del niño y la niña y también perspectiva de género.

La manera en que los órganos nacionales o internacionales doten de contenido a los derechos y reglamentan sus legislaciones, a través de un diálogo comprometido con los derechos humanos, a través de los criterios de interpretación y estándares internacionales aplicables, tendrá un impacto sustantivo en la forma de entender el caso concreto y propender a la protección de los derechos humanos de las personas involucradas en la gestación por sustitución, con el fin de limitar los riesgos aparejados con la generación de un “mercado reproductivo” en contextos de amplias disparidades y desigualdades sociales que trae aparejado el “turismo procreativo internacional”.

Para el propio CEDH y para el TEDH la presencia de la Unión como una parte más conlleva una evidente oportunidad; ya que el sistema de la Convención podría consolidarse como el orden supremo en el espacio común europeo encargado de realizar el control externo de cumplimiento de los derechos fundamentales, tanto sobre los 47 Estados miembros del CEDH, como sobre la organización internacional de carácter supranacional más desarrollada que se conoce. No deja de ser un refuerzo de la dimensión constitucional a la que también aspira el Tribunal internacional en el ya reiteradamente citado triángulo judicial europeo (RODRIGUEZ IGLESIAS, (2014: p.14.), de la comunidad de interpretes y la lucha por la última palabra.

En relación con la cuestión de la “última palabra”, el planteamiento correcto de la cuestión sería, no hacerlo en términos de ‘última palabra’, propiamente dicha. Parece claro que la formulación de las relaciones entre tribunales en el triángulo judicial europeo no puede plantearse bajo los viejos parámetros de la jerarquía o la pirámide normativa, sino desde el prisma de la especialización. No corresponderá al TEDH la tarea de analizar la interpretación y la validez del Derecho de la Unión; tal misión seguirá correspondiendo en exclusiva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En estos términos, la adhesión de la Unión al CEDH conlleva a la introducción de un nuevo mecanismo de control externo por parte del TEDH para garantizar

convenientemente el cumplimiento del estándar mínimo de derechos humanos derivados del CEDH, que es de idéntica naturaleza al que ya realiza respecto a los Tribunales Constitucionales nacionales; y se corresponde plenamente con el protagonismo que el TEDH ha ido ganando en el marco del diálogo judicial en materia de derechos humanos en consonancia con su naturaleza constitucional en el ámbito de la CEDH.

En el desarrollo de nuestro trabajo, se observa, que la respuesta del TEDH es muy matizada y varía en función de las circunstancias del caso concreto. Conforme se planteen nuevos supuestos, la respuesta del Tribunal se irá decantando. En una materia tan delicada como la presente, no cabe, sin embargo, esperar que se suprima el margen de apreciación de los Estados. No es misión del Tribunal sustituir el debate informado propio de las sociedades democráticas. Corresponde, por consiguiente, a los Estados establecer una respuesta jurídica adecuada y equilibrada, bien a través del derecho interno, o bien a través de la conclusión de instrumentos internacionales.

El TEDH otorga, una verdadera importancia a la cooperación internacional, fenómeno al que deberían adherir los Estados europeos miembros, en un intento de conciliar su derecho interno con las directrices que marca el Tribunal en cuestiones relativas a la protección de derechos humanos. Si los Estados miembros, optan por esta alternativa, esto haría evolucionar el fenómeno de la cooperación internacional institucionalizada hacia procesos dotados de mayores garantías desde la perspectiva de la protección de los Derechos humanos, sobretodo en procesos y temas tan complejos como la gestación por sustitución.

Sin lugar a dudas la afectación de los derechos humanos comprometidos en los casos en que se realizan acuerdos de gestación por sustitución transfronterizos amerita el tratamiento y la atención de la comunidad jurídica internacional. Por ello, se considera de gran importancia la incorporación y tratamiento de la temática a las agendas de los foros internacionales, tales como ya lo vienen haciendo desde la HCCH y del ISS.

Asimismo, celebramos la labor que están llevando adelante los Estados, los Tribunales Internacionales, los Foros Internacionales, los Organismos

EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS TRIBUNALES  
CONSTITUCIONALES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE GESTACIÓN POR  
SUSTITUCIÓN.

Internacionales, entre otros y confiamos en que el resultado de estos trabajos a la luz de la cooperación internacional, contribuirán en el camino a hallar justas soluciones a los conflictos que se suscitan en este campo tan sensible y complejo.

## VIII. Bibliografía

- ALBORNOZ, M. (2020) “*La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 895, Universidad Nacional Autónoma de México.
- CORTES MARTIN, J. (2013). “*Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de su presunción de equivalencia con el CEDH*”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, ISSN 1138-4026, num. 46, Madrid. Accesible en: <http://dialnet.unirioja.es>.
- ESPINOSA CALABUIG, R. (2019) “*La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado*”, Freedom, Security and Justice: European Legal Studies, Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, N.3. Accesible en: <http://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2019.III.-ESPINOSA.4.pdf>.
- HERNANDEZ RODRIGUEZ, A. (2014) “*Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?*”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, Nº 2, ISSN 1989-4570. Accesible en: [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt).
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2015) “*La inmutabilidad del principio “mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución*”, Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 21. Accesible en: [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt).
- LOPEZ CASTILLO, A. (2001) “*Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos fundamentales de la UE*”, Revista de Estudios Políticos (Nueva Epoca), Num. 113, Julio-Septiembre. Accesible en: [www.ugr.es](http://www.ugr.es).
- RODRIGUEZ IGLESIAS, G. (2014) “*Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH*”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, ISSN 1138-4026, Num. 48, mayo-agosto, Madrid. Accesible en: <http://dialnet.unirioja.es>.
- VAQUERO LOPEZ, c. (2018) “*Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género*”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 10, Nº 1, pp. 439-465 ISSN 1989-4570. Accesible en: [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt) - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4129>.
- VON BOGDANDY, A. (2014) “*Soberanía y Estado Abierto en América Latina y Europa*”, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Max-Planck-Institut fuer auslaendisches oeffentliches Recht un Voelkerrecht, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

# ANÁLISIS DEL RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO DEL CEDH Y EN LA LABOR DEL TEDH

Pablo Latorre Rodríguez<sup>1</sup> y Jorge Humberto Vargas Ramírez<sup>2</sup>

---

Fecha de recepción: 2 de julio de 2021

Fecha de aceptación: 1 de agosto de 2021

## Resumen

En este trabajo presentamos un estudio sobre el reconocimiento de la diversidad cultural en el ámbito jurídico europeo y la protección que en el mismo se le otorga. El campo europeo supone una realidad compleja y desafiante para la gestión intercultural de la diversidad cultural, para hacer frente a ello nos hemos centrado en analizar el tratamiento que de la cuestión ha sido llevado a cabo en el ámbito del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), sobre todo en la labor de concreción e interpretación posterior que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha realizado. Así pues, este análisis no se limitará a comentar el reconocimiento de la diversidad cultural recogido en los derechos incluidos en el CEDH, sino que además se dirige la atención a la protección de la diversidad cultural desarrollada por el TEDH, en especial el concepto de discriminación indirecta, consagrando apartados completos al examen de la jurisprudencia elaborada por este tribunal en su tarea de protección de la diversidad cultural.

*Palabras clave:* derechos humanos, interculturalismo, TEDH, Consejo de Europa, CEDH.

**Title:** Analysis of the recognition and protection of cultural diversity in the legal field of the ECHR and in the work of the ECtHR.

---

<sup>1</sup>Doctor en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por la Universidad de Zaragoza, España. Profesor de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC), México.

<sup>2</sup> Maestro en Derecho por la UABC, México. Profesor de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC), México.

## **Abstract**

In this paper we present a study on the recognition of cultural diversity in the European legal sphere and the protection that it is granted therein. The European field is a complex and challenging reality for the intercultural management of cultural diversity, to face this we have focused on analyzing the treatment of the issue that has been carried out within the scope of the European Convention for the Protection of the Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), especially in the work of definition and subsequent interpretation that the European Court of Human Rights (ECtHR) has carried out. Thus, this analysis will not be limited to commenting on the recognition of cultural diversity included in the rights included in the ECHR, but also focuses on the protection of cultural diversity developed by the ECtHR, especially the concept of indirect discrimination, dedicating complete sections to the examination of the jurisprudence prepared by this court in its task of protecting cultural diversity.

*Keywords:* human rights, interculturalism, ECtHR, Council of Europe, ECHR.

## **I. Introducción**

El incremento de los flujos migratorios en los últimos años hacia Europa y los Estados Unidos<sup>3</sup> se ha traducido en una diversidad cultural que ha puesto frente a frente a la cultura judeocristiana occidental de origen greco-romana, con la proveniente de países de tradiciones culturales y religiosas diferentes, particularmente los migrantes de África y Asia. De manera paradójica, es desde los derechos humanos de innegable raigambre occidental, desde donde se debaten los alcances jurídicos de conceptos como multiculturalidad e interculturalismo, con la consecuente intervención de instituciones y tribunales, particularmente los protectores de Derechos Humanos.

---

<sup>3</sup> Varios factores intervienen en este proceso; desde los procesos de descolonización de África y parte de Asia a mediados del siglo pasado, hasta, en menor medida los vaivenes de los regímenes dictatoriales y represivos en América Latina, pero sobre todo la desigualdad económica entre Europa y América del Norte y prácticamente el resto del mundo.

Los inmigrantes procedentes de países de tradiciones culturales diferentes a la europea son los iniciadores de un proceso complejo de multiculturalidad, que al establecerse por periodos prolongados o de manera definitiva, comienzan a tejer una red comunitaria al llegar como matrimonios o casarse en el país de acogida con paisanos, o bien hacer traer a sus familiares. Posteriormente, sus hijos asisten a escuelas y comienza un proceso de integración que contrasta las tradiciones de la cultura de los inmigrantes con la propia del país receptor.

Esta diversidad cultural es más marcada cuando los inmigrantes provienen de países donde la cultura de raíces europeas no prevaleció sobre las tradiciones ancestrales como aquellos países del “África Negra” o Asia<sup>4</sup>; Aquí, las diferencias son profundas: la manera de entender la vida y la muerte; los roles del hombre y la mujer; la educación de los hijos... Hablamos de cosmovisiones diferentes y de diferentes concepciones de justicia.

Así, tenemos que los inmigrantes con su propia cultura deben coexistir con otra cultura hegemónica, que, como cultura dominante, debe ser aceptada por estas minorías para ser admitida con estatus legal, pero al mismo tiempo rechazada, en aras de su propia tradición. Por lo que estas minorías crean en su vida diaria dos ámbitos: el privado familiar dominado por las tradiciones de su país de origen y un ámbito más amplio, el de las relaciones macrosociales, donde por conveniencia, debe respetar las tradiciones propias del Estado de acogida.

A la multiculturalidad brevemente descrita en los párrafos precedentes (con los consabidos choques de tradiciones en los espacios comunes) debe agregarse un renovado nacionalismo en muchos sectores de las sociedades europeas, basado en un ancestral miedo al otro, al diferente, a que su número crezca y pasen a ser mayorías. Esto explicaría la emergencia y popularidad de partidos de tendencias nacionalistas, fenómeno ya común en Europa y que se refleja en triunfos electorales de estos partidos con la consecuencia de reformas legales que reduzcan o de plano eliminén los derechos de las minorías.

---

<sup>4</sup> Pensemos por ejemplo en los migrantes de América Latina radicados en Europa o Estados Unidos; Aquí, las diferencias, son de idioma (y para los situados en España y Portugal, ni eso), comida, entretenimiento, pero la religión, vestimenta, usos sociales son, si no los mismos, muy parecidos, por lo que aquí el problema se reduce al dilema de asimilación por la cultura dominante o la prevalencia de la interculturalidad.

Sin embargo, Europa también es lugar de origen y desarrollo de los Derechos Humanos, tradición que tiene raíces en el derecho natural y que continua con la Revolución Francesa y su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), el Bill of Rights inglés (1689), la Constitución de Weimar alemana (1919) y que se expande inmediatamente después del fin de la Segunda Guerra Mundial<sup>5</sup> con la construcción de un sistema internacional de derechos humanos a partir de sistemas regionales con instituciones, normas y tribunales que se proponen hacer efectivos los derechos humanos. El Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son ejemplo de instituciones pioneras para la protección de estos derechos.

Aquí es donde encontramos la importancia de estas instituciones a las que les corresponde transformar esta simple yuxtaposición de identidades culturales, que conocemos como multiculturalidad en procesos de verdadera interculturalidad, basados en el dialogo intercultural. Estos procesos de transformación de la multiculturalidad en interculturalidad también abonarían a hacer efectivo un principio que se constituye en rasgo distintivo de los Derechos Humanos: su carácter Universal.

Podemos distinguir con claridad, al menos tres dimensiones de los derechos humanos: el ámbito filosófico-discursivo; el institucional-normativo y el ámbito pragmático: como se viven los derechos humanos en lo cotidiano. El ámbito filosófico, el de los fundamentos de los derechos humanos tiene una abundante y rica literatura; el análisis o estudio la vida diaria del hombre o mujer común con los derechos humanos es una tarea ardua que excede nuestras ambiciones; por ello, nos proponemos en este ensayo abordar temas relacionados con el ámbito institucional normativo de los derechos humanos, concretamente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el trabajo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

---

<sup>5</sup> 1945 marca el inicio de este proceso con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, entre cuyos propósitos, además de la preservación de la paz, se encuentra de manera preponderante el impulso de los Derechos Humanos precisamente como instrumento para preservar la paz a través del respeto a la dignidad humana. Tres años después este impulso rinde frutos con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los procesos de creación de los sistemas regionales, el primero de ellos en Europa.

Nuestro trabajo lo dividimos en cuatro partes; Primero, hacemos una reseña breve del reconocimiento de la diversidad cultural en los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH); después, analizamos el concepto de discriminación indirecta como una de las técnicas de protección de la diversidad cultural desarrolladas por el tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH); en una tercera parte, revisamos y comentamos reflexivamente algunos casos donde el TEDH ha elaborado jurisprudencia precisamente en aras de la protección a la pluralidad cultural religiosa; finalmente, a manera de conclusiones hacemos algunas breves reflexiones sobre nuestro trabajo.

## **II. Reconocimiento de la diversidad cultural en los derechos recogidos en el CEDH**

Para estudiar el reconocimiento y protección de la diversidad cultural en el entorno supraestatal europeo acudimos al ámbito del CEDH y a la labor del TEDH debido a la importancia de éstos como espacio de mayor amplitud (47 Estados) y por constituir el escenario en el cual la diversidad cultural dentro del Viejo Continente llega a sus niveles más altos. Si pretendemos analizar el tratamiento que estas instituciones realizan de semejante variedad de religiones, lenguas, tradiciones, estilos de vida, y otras manifestaciones culturales estamos obligados a centrarnos en ver de qué manera ésta es reconocida y protegida. El CEDH adoptado en 1950 en el seno del Consejo de Europa<sup>6</sup> contiene una colección de derechos a semejanza de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 (DUDH 1948) con el fin de garantizar y proteger los derechos y libertades de los ciudadanos de los Estados Miembros de la referida institución internacional. Los derechos humanos y libertades fundamentales incluidos en el Convenio también protegen la diversidad cultural. Éstos se recogen en varios artículos, además de algunos Protocolos Adicionales. Podemos encontrar artículos que protegen directamente las libertades de religión y conciencia, y deducir de otras protecciones a la diversidad lingüística

---

<sup>6</sup> Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI.1950

y a las prácticas y manifestaciones culturales minoritarias. A continuación, pasamos a exponer de qué modo se reconoce la diversidad cultural en el CEDH.

El artículo 9 del CEDH consagra la libertad de pensamiento, de conciencia, y de religión:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

Observamos cómo este artículo 9 protege explícitamente la libertad religiosa y por tanto la diversidad cultural que la misma conlleva. Esta inclusión expresa de la “libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos” significa una diferencia importante respecto a los otros aspectos en los que cristaliza la pluralidad cultural como veremos enseguida.

Además, el artículo 2 del Protocolo Adicional extiende esta protección y garantía de la diversidad religiosa al ámbito de la educación al establecer que “El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”<sup>7</sup>.

La protección a la pluralidad lingüística únicamente se encuentra recogida de manera específica en algunas alusiones de diferentes artículos como los referidos a las detenciones o privaciones de libertad, o al derecho a un proceso equitativo. Así el artículo 5.2 CEDH establece que “toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su

---

<sup>7</sup> Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Paris, 20.III.1952.

detención y de cualquier acusación formulada contra ella” y el artículo 6.3 CEDH expone en sus secciones a) y e) que “todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él y a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

Sin embargo, y extrañamente, la libertad de expresión recogida en el artículo 10 CEDH no hace ninguna referencia explícita al derecho a hacerlo en una lengua distinta de la oficial, perdiendo así una oportunidad preciosa para consagrar en el Convenio una defensa de las lenguas distintas a la mayoritaria y un reconocimiento a la pluralidad lingüística que implicaría un guiño también a la diversidad cultural. Por todo ello, esto tendrá reflejo en la actuación del TEDH respecto a las decisiones judiciales tomadas en este sentido que posteriormente comprobaremos.

Por otra parte, y siguiendo la deducción que indica Brems, a partir del derecho a la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 CEDH podemos deducir incluido en el mismo una protección a las prácticas culturales minoritarias (BREMS, 2010: p. 671). Como expresa la citada autora, los miembros de las minorías culturales a través de distintos fallos del TEDH han tenido éxito en sus demandas de introducir bajo este artículo 8 un derecho a la protección de los estilos de vida minoritarios<sup>8</sup>.

En la misma línea de interpretación extensiva realizada por el TEDH para amparar el derecho a fomentar las diferentes culturas podemos incluir el artículo 11 CEDH que protege la libertad de reunión y de asociación, el cual ha sido utilizado como paraguas para albergar la defensa de un derecho de las minorías a formar asociaciones que promuevan su cultura (ELÓSEGUI, 2013: p. 234.), tal y como veremos más adelante cuando examinemos la jurisprudencia de varios casos desarrollada por el TEDH en los últimos años.

---

<sup>8</sup> La autora señala (BREMS, 2010: p. 671-672) varios casos como el caso STEDH *G & E c. Noruega*, 3/10/83 y el caso STEDH *Noack et al. c. Alemania*, 25/05/05, de los cuales extrae párrafos como: “under article 8, a minority group is, in principle, entitled to claim the right to respect for the particular life style it may lead as being ‘private life’, ‘family life’ or home” o “The Court reiterated the applicability of article 8 to the protection of “a minority’s way of life”.

En último lugar, el artículo 14 de la CEDH garantiza la no discriminación por motivos de sexo, raza, lengua, religión, origen etc. en los siguientes términos: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Esta expresión final (“cualquier otra situación”) constituye una cláusula de cierre abierta, de manera que hace que la enumeración que acabamos de reproducir no sea exhaustiva y por tanto entendemos esta protección de los derechos recogidos en el CEDH de una manera amplia en la cual cabe una protección a la diversidad cultural y contra la discriminación por motivos basados en hechos culturales.

Además, el Protocolo Adicional número 12<sup>9</sup> añade al CEDH una “prohibición general de la discriminación” expresándolo de la siguiente manera:

1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.
2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1.”

Este protocolo supone una ampliación importante en el campo de la no discriminación por motivos que fácilmente pueden estar incluidos en lo que conocemos como diversidad cultural. Únicamente consta de un artículo que vendría a completar a modo de anexo lo ya establecido en el artículo 14 de la propia CEDH. No obstante, el protocolo, que fue aprobado en el año 2000, entró en vigor en 2005 (cuando fue ratificado por los diez estados miembros que exigía el artículo 7.1 del mismo) y su ratificación es opcional por parte de los Estados Miembros (y hasta ahora ha sido más bien escasa), lo que hace que su fuerza y su alcance se vean considerablemente limitados.

Hasta aquí hemos examinado el contenido del CEDH relacionado con el reconocimiento de la diversidad cultural (entendiéndola de una manera amplia e

---

<sup>9</sup> Protocolo n° 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI.2000

implícita). Si bien observamos que no existe como tal un reconocimiento explícito de un, podemos llamar, “derecho a la identidad cultural”, a continuación, vamos a ver de qué manera el TEDH sí que ha desarrollado a través de su jurisprudencia una protección de la diversidad cultural utilizando como base jurídica los artículos del CEDH que venimos de analizar.

### **III. Técnicas jurídicas de protección de la diversidad cultural desarrolladas por el TEDH: el concepto de discriminación indirecta**

El concepto de discriminación indirecta ha sido el método ingeniado para referirse a discriminaciones que se dan cuando normas en principio justas y neutras provocan efectos no deseados que ocasionan un resultado de desigualdad. Como indica Ast, desde al menos la época de la Sociedad de Naciones (en los años 20 del siglo XX) esta noción ya estaba presente en el derecho internacional, desarrollándose posteriormente hasta ser hoy en día un concepto altamente difundido (AST, 2010: p. 90)<sup>10</sup>.

En origen, el TEDH se limitaba a casos en los cuales la discriminación era nítidamente directa, pero más recientemente ha empezado a mostrar una mayor sensibilidad por los problemas causados por la discriminación indirecta (JACKSON PREECE, 2010: p. 122). Siguiendo el esquema utilizado por Ast (AST, 2010: p. 91-105), el TEDH se ha servido del mecanismo de prohibición de discriminaciones indirectas para varios fines:

- 1- Prohibición de la discriminación indirecta como una herramienta de protección de la diversidad. El concepto de discriminación indirecta va inseparablemente unido al de igualdad real, efectiva o sustancial. Igualdad ésta que va más allá que la mera igualdad formal. En cierto modo la discriminación indirecta es inconsciente, automática, aparece sin ser tenida en cuenta, ni siquiera sospechada. Se ejerce sobre aspectos que en un principio no se

---

<sup>10</sup>AST, 2010: p. 90: « (...) les juges anglo-saxons et européens ont commencé à y répondre, dans les années 1970, en élaborant le concept de discrimination indirecte. Déjà présente dans le droit international public de la Société des Nations puis dans les conventions des Nations Unies interdisant les discriminations5, la notion de discrimination indirecte s'est développée et s'est sophistiquée sous l'impulsion des juridictions anglosaxonnes, puis du droit communautaire. Elle a pénétré depuis peu le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte sociale européenne révisée. »

perciben (porque si así fuese la discriminación precisamente sería directa), y en el caso que nos ocupa se ejerce siempre sobre personas que poseen alguna característica distinta de las mayoritarias, bien sea un rasgo cultural, bien una minusvalía física o un hándicap de otro tipo. Por tanto, la discriminación indirecta recaerá siempre sobre miembros de una minoría (en cuanto a que poseen un rasgo que los distingue de la masa mayoritaria, no tiene por qué ser en cuanto a miembros reconocidos de un colectivo identificado como tal), una minoría cuya existencia lo que pone de manifiesto es la existencia de una rica diversidad. Así, por ello, la prohibición de la discriminación indirecta supone un instrumento de protección de la diversidad.

2- Prohibición de la discriminación indirecta como una herramienta de detección de casos de exclusión camuflados o encubiertos. Coherentemente con su carácter de “indirecta” la discriminación así denominada afectará a casos en principio desapercibidos, neutros y justos en teoría, pero que al materializarse provocará una vulneración de la igualdad real. De este modo, estos casos a los cuales afecta la discriminación indirecta son casos ocultos, encubiertos, difíciles de detectar en un primer acercamiento. La jurisprudencia europea ha utilizado dos métodos distintos para descubrir estos casos de exclusión camuflados: el “impacto desproporcionado” (preferido por el TEDH), y el “tratamiento desfavorable” (más utilizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea)<sup>11</sup>.

3- Prohibición de la discriminación indirecta como una herramienta de transformación social. Cuando finalmente se produce la erradicación de la discriminación indirecta, el efecto principal que acontece es el de la eliminación de

---

<sup>11</sup> AST, 2010: p. 97-98: « *Les juges de Luxembourg et de Strasbourg ont reconnu et appliqué deux méthodes différentes pour déterminer en quoi une mesure apparemment neutre est susceptible d'être discriminatoire. Inspirée de la doctrine américaine du disparate impact, l'approche dite de l'impact disproportionné s'attache à vérifier si une mesure a « des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes » ou si elle les « affecte [dans] une proportion nettement plus élevée ». La seconde approche, celle du traitement défavorable, consiste à identifier la mesure qui « par nature, ou intrinsèquement [est] susceptible de défavoriser les personnes appartenant à une catégorie protégée contre la discrimination ».*

*A ce jour, le droit communautaire semble délaisser la méthode de l'impact disproportionné, alors que le juge de la Convention semble désormais, au contraire, la privilégier. Bien que la Cour européenne des droits de l'homme ait admis qu'« une discrimination potentiellement contraire à la Convention peut résulter d'une situation de fait », rares sont les affaires où elle a retenu le critère du traitement défavorable. »*

un factor de desigualdad y consecutivamente tiene lugar la consecución de un objetivo más ambicioso aún: cierta transformación de la sociedad. Removiendo el obstáculo que provocaba la discriminación ésta ya no se volverá a producir, por lo tanto, implementando este tipo de medidas estamos contribuyendo a la construcción de una sociedad más justa que no sólo tiene en cuenta las potenciales discriminaciones y las ataja, sino que también, en un giro mucho más perfeccionista, corrige aquellas discriminaciones que ni siquiera eran previsibles potencialmente. Esto se puede llevar a cabo de diferentes maneras: mediante la anulación o supresión de la regla discriminatoria para la minoría vulnerable, o a través de la implementación de una regla adaptada a propósito al grupo discriminado con la intención de sortear esta discriminación (*Ibid.* p. 100-105).

De este modo somos testigos de cómo el TEDH se sirve del concepto de discriminación indirecta para poder llevar a cabo una protección omnicomprensiva de la diversidad cultural. Pasamos, pues, a ver de cerca algunos de estos casos en los cuales el TEDH da respuestas que persiguen lograr una gestión de la diversidad cultural justa y sensible con el más vulnerable. Nos gustaría realizar este análisis de la manera más amplia posible que incluyese todas las manifestaciones de diversidad cultural, sin embargo, por cuestiones de extensión expuestas en este artículo, limitaremos nuestro estudio a la jurisprudencia con base en una violación del art. 9 CEDH (protección de la diversidad religiosa), dejando para un ulterior trabajo el resto de protecciones.

#### **IV. Jurisprudencia desarrollada por el TEDH en su labor de protección de la pluralidad cultural/religiosa**

Como acabamos de exponer, es en relación a este artículo 9 del CEDH donde encontramos más producción jurisprudencial al respecto. Bien sea porque la libertad religiosa se encuentra explícita y nítidamente recogida en la letra del Convenio (y no haya que deducirla de otros derechos más genéricos como sucede implícitamente con otras protecciones que ya hemos señalado), o bien porque es sobre este asunto sobre el que más demandas recibe el TEDH en lo referente a la diversidad cultural, lo cierto es que tenemos buenos ejemplos en los que apoyar lo anteriormente expuesto. Tradicionalmente, el TEDH se ha mostrado poco dispuesto a reconocer

un “derecho al acomodo razonable” que derive del artículo 9 CEDH o del artículo 9 en combinación con el artículo 14 CEDH, pero en determinados casos se consigue un efecto similar aplicando el criterio de proporcionalidad, a través del cual se produce una adaptación de la norma en cuestión para evitar una violación de la libertad religiosa de modo que se concilie el cumplimiento del objetivo legítimo perseguido por la norma con las sensibilidades en juego<sup>12</sup>.

Comenzamos, pues, por el que ha sido “el caso” por antonomasia en la evolución de la jurisprudencia del TEDH en el estudio de este tema, un auténtico hito trascendental en el tratamiento de la no-discriminación que resultó pionero en su formulación, y que podría suponer la piedra angular de la protección de la diversidad cultural como veremos a continuación. Nos estamos refiriendo al célebre caso Thlimmenos<sup>13</sup> aunque no sólo se vea afectado el artículo 9 CEDH, sino que también en relación con el 14 CEDH). Procedemos a exponer resumidas las circunstancias del caso:

El señor Thlimmenos, de nacionalidad griega y cuya confesión religiosa es testigo de Jehová, fue declarado culpable de insubordinación en 1983 por un tribunal militar por haberse negado a llevar uniforme durante una época de movilización general a cuatro años de prisión de los que cumplió 2 años y un día antes de ser puesto en libertad condicional<sup>14</sup>. Posteriormente, en 1988, el señor Thlimmenos se

---

<sup>12</sup> BRIBOSIA; RINGELHEIM; RORIVE, 2010: p. 369: « (...) *Elles se sont longtemps montrées peu favorables à la reconnaissance d'un « droit à l'aménagement raisonnable, que ce soit en vertu du droit à la liberté religieuse (article 9 de la Convention) pris isolément, ou de l'article 9 combiné à l'articles 14, qui interdit toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention. Du point de vue de l'article 9, ce concept pouvait pourtant trouver un appui dans le critère de proportionnalité qui conditionne la compatibilité avec la Convention d'une mesure limitant la liberté de manifester sa religion. Aux termes de l'article 9.2, en effet, une restriction au droit à la liberté religieuse n'est licite qu'à condition d'être prévue par la loi et nécessaire, dans une société démocratique, à la réalisation de l'un des objectifs légitimes mentionnés dans cette disposition. La notion de « nécessité dans une société démocratique » est interprétée par la Cour comme impliquant une exigence de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but poursuivi. Or, dans plusieurs affaires, elle a considéré que le caractère proportionné d'une mesure supposait notamment que, parmi plusieurs moyens d'atteindre une finalité, les autorités optent pour le moins attentatoire aux droits et libertés. Dans cette optique, il est possible de soutenir que lorsqu'une norme, justifiée par un objectif légitime, entrave la liberté de certains individus d'observer leur religion et qu'il apparaît qu'un aménagement de cette norme permettrait d'éviter cette ingérence dans la liberté religieuse sans pour autant compromettre la réalisation du but recherché, cette deuxième solution doit être privilégiée car elle constitue le moyen le moins restrictif d'atteindre l'objectif poursuivi »*

<sup>13</sup> STEDH, *Thlimmenos c. Grecia*, 06/04/00.

<sup>14</sup> *Ibid.* apartado 7.

presentó a un examen del Estado para doce plazas de auditores contables, profesión liberal en Grecia, clasificándose en segundo de los sesenta candidatos. Sin embargo, en 1989, la oficina del Director de la Cámara de auditores contables de Grecia se negó a designarle para el puesto ya que había sido declarado culpable de un delito, condición que suponía un impedimento para el acceso a la función pública<sup>15</sup>. Frente tal situación el señor Thlimmenos recurre la decisión ante las instancias competentes en su país, invocando sus derechos a la libertad de religión y a la igualdad ante la ley. Los tribunales griegos resolvieron que el rechazo a nombrarle auditor contable no estaba relacionado con sus convicciones religiosas sino con el hecho de que había cometido una infracción<sup>16</sup>.

El señor Thlimmenos acude al TEDH alegando que este rechazo a nombrarle auditor contable vulnera su derecho a la libertad de religión recogido en el artículo 9 del CEDH, ya el origen de la negativa se encuentra en una manifestación de sus convicciones religiosas por la cual se opuso a formar parte de la institución militar que le condenó, condena que determina su imposibilidad de acceder al puesto de trabajo que ganó por oposición, y que por tanto está teniendo lugar una discriminación de las descritas en el artículo 14 CEDH. El TEDH estima que el demandante está en lo cierto y falla a su favor, declarando que “la violación del derecho garantizado por el artículo 14 de no sufrir discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos por el Convenio cuando los Estados tratan de manera diferente sin justificación objetiva y razonable a las personas que se encuentran en situaciones análogas [cuestión que ya había dictaminado en una sentencia anterior<sup>17</sup>]. Sin embargo, [y aquí es precisamente dónde se encuentra lo revolucionario de esta sentencia] considera que no es la única faceta de la prohibición de cualquier discriminación enunciada por el artículo 14. El derecho a disfrutar de los derechos garantizados por el Convenio sin ser sometido a discriminación es igualmente transgredido cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no tratan de manera diferente a personas en situaciones

---

<sup>15</sup> *Ibid.* apartado 8.

<sup>16</sup> *Ibid.* apartado 13.

<sup>17</sup> STEDH, *Inze c. Austria*, 28/10/87.

sensiblemente diferentes”<sup>18</sup>. Además, el TEDH considera por otra parte que, contrariamente a las condenas por otras infracciones más graves, una condena derivada de la negativa a llevar uniforme por motivos religiosos o filosóficos no denota ninguna actitud deshonesta o bajeza moral de tal naturaleza que pudiera reducir la capacidad del interesado para ejercer esta profesión. La exclusión del demandante por no cumplir las condiciones requeridas no estaba, por tanto, justificada<sup>19</sup>. Por ello, el TEDH considera que el rechazo a tratar al demandante de manera diferente de las otras personas declaradas culpables de un delito no tenía ninguna justificación objetiva y razonable, viéndose así vulnerado el derecho a la libertad religiosa del señor Thlimmenos<sup>20</sup>.

Esta resolución novedosa hace que muchos autores consideren esta sentencia un *leading case* (ELÓSEGUI, 2013: p. 216.). El caso Thlimmenos supone una exigencia a los Estados para que acomoden la norma general y maticen su rigidez original siempre y cuando existan circunstancias concretas y objetivas que así lo justifiquen. Hasta esta sentencia, el TEDH consideraba que la no-discriminación incluida en el artículo 14 CEDH únicamente se limitaba al tratamiento diferente a personas en situación similar, pero a partir de este fallo el artículo 14 CEDH cobra una nueva dimensión en la que también se considera discriminación el igual tratamiento a personas en situación diferente. El TEDH reconoce que la ley en cuestión persigue un objetivo legítimo que es el alejar de la función pública a personas deshonestas utilizando para ello un criterio objetivo y comprobable como es el haber sido condenado con anterioridad, sin embargo, en el caso que nos ocupa, el señor Thlimmenos había sido condenado sí, pero esta condena era por unos motivos claramente diferentes a los habituales, ya que su confesión religiosa le impedía realizar el servicio militar haciendo gala de su pacifismo, y evidenciando que se trata de una cuestión de conciencia. Es decir, las razones originales que

---

<sup>18</sup> STEDH, *Thlimmenos c. Grecia*, 06/04/00, apartado 44.

<sup>19</sup> *Ibid.* apartado 47.

<sup>20</sup> *Ibid.* apartado 49: “Por tanto, concluye con la violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 9.”

*Ibid.* apartado 53: “Teniendo en cuenta su constatación de violación del artículo 14 en relación con el artículo 9, y los motivos expuestos en el apartado 43, el Tribunal señala que no procede examinar si ha habido violación del artículo 9”

motivaban la aplicación de la ley no guardan relación con el caso en concreto, ya que del pacifismo del señor Thlimmenos no se deriva su falta de adecuación para ejercer como auditor contable.

En cualquier caso, lo relevante del caso Thlimmenos es que supone dos novedades fundamentales (BRIBOSIA; *et al.*, 2010: p. 373): amplía el alcance de la prohibición de discriminación del artículo 14 CEDH a las discriminaciones indirectas, y en segundo lugar, para evitar que esto ocurra, indica que los Estados pueden ser requeridos a acomodar una norma general para incluir ciertas excepciones que la hagan más justa estableciendo de este modo una experiencia muy similar a los acomodos razonables canadienses<sup>21</sup>. Esto no implica una derogación de la norma general, sino simplemente el establecimiento de “excepciones apropiadas” que sirvan para elaborar una “diferenciación” (RINGELHEIM, 2006: p. 329.) entre personas que se encuentran en situaciones sensiblemente distintas para así evitar perjudicarlas sin justificación objetiva ni razonable (BOSSET; FOBLETS, 2010: p. 61.).

Parece, pues, que el TEDH establece una nueva línea de entender el principio de no-discriminación consagrado en el artículo 14 CEDH de manera que muestra una mayor atención y sensibilidad a la identidad cultural. Pero esto no siempre fue así. La línea jurisprudencial de las décadas anteriores era más bien tendente a lo contrario, como demuestran los casos que pasamos a comentar a continuación expuestos en sentido cronológico.

El caso *X contra Reino Unido* de 12 de julio de 1978 corresponde a un demandante de confesión sij que ha sido multado en repetidas ocasiones por no usar el casco protector obligatorio por la ley británica para montar en motocicleta alegando que supone una violación de su libertad de religión protegida en el artículo 9 CEDH ya que su confesión obliga como mandato preceptivo vestir un turbante, y

---

<sup>21</sup> Controvertida técnica jurídica prolífica en Canadá que según el glosario de términos del Informe Bouchard-Taylor (piedra angular en el estudio y tratamiento de esta técnica jurídica) se define como: “acuerdo que se inscribe en el ámbito jurídico, más concretamente en el jurisprudencial, que está destinado a relajar la aplicación de una norma o de una ley en favor de una persona o de un grupo de personas cuando sean víctimas de una discriminación prohibida por las Cartas de Derechos o se encuentren en riesgo de sufrir una de estas discriminaciones”.

BOUCHARD; TAYLOR, 2008: p. 285: «*Arrangement qui relève de la sphère juridique, plus précisément de la jurisprudence; il vise à assouplir l'application d'une norme ou d'une loi en faveur d'une personne ou d'un groupe de personnes victimes ou menacées de discrimination en raison de motifs spécifiés par la Charte»*

por tanto el uso del casco deviene incompatible con tal exigencia religiosa. En este caso, la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante la Comisión)<sup>22</sup> decide que, de acuerdo con los límites establecidos en el artículo 9.2 TEDH, la restricción a la libertad de religión que supone el uso del casco está amparada en la protección a la salud que recoge el citado artículo<sup>23</sup>.

De nuevo afectando a Reino Unido, pero tres años más tarde, en 1981<sup>24</sup>, vuelve a tener lugar otra resolución de la Comisión teniendo esta vez como protagonista a un profesor de origen indio y confesión musulmana que solicita acomodar su horario laboral de modo que le sea posible ausentarse durante 45 minutos los viernes para poder asistir al rezo común semanal. El profesor musulmán alega violación de su libertad religiosa en base al artículo 9 CEDH y discriminación del artículo 14 CEDH en relación con sus compañeros cristianos que si están en condiciones de conciliar sus obligaciones laborales con la práctica de su fe. La resolución concluye que no existe ni violación del artículo 9 ni tampoco discriminación del artículo 14, todo ello en base a que en el momento de ser contratado no declaró en ningún momento la incompatibilidad que le producía la observancia de su fe y que posteriormente desencadenaría el conflicto<sup>25</sup>, y en que la discriminación que alega no es tal puesto que se encuentra en la misma situación que el resto de confesiones minoritarias (como los judíos) y que es con estas otras con quien debe compararse y no con la religión mayoritaria<sup>26</sup>. Tal razonamiento ha sido considerado por la doctrina como excesivamente formalista<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Hasta la entrada en vigor del Protocolo undécimo del CEDH en 1998 los particulares no podían acceder directamente al TEDH y en su lugar acudían a la citada Comisión. En algunos momentos del texto se utiliza indistintamente la Comisión y el TEDH, entiéndanse ambos como instituciones similares.

<sup>23</sup> STEDH, *X. c. Reino Unido*, 12/07/78.

<sup>24</sup> STEDH. *X. c. Reino Unido*, 12/03/81.

<sup>25</sup> *Ibid.* apartado 9:

<sup>26</sup> *Ibid.* apartados 27 y 28.

<sup>27</sup> BRIBOSIA; et al., 2010 : p. 371: « *En considérant qu'il n'y a pas d'ingérence dans la liberté de religion de l'instituteur, la Commission fait l'économie d'un contrôle de la nécessité de la mesure dans une société démocratique. Un tel examen l'aurait conduit à vérifier si les autorités avaient des motifs légitimes de refuser d'adapter l'horaire du requérant pour éviter le conflit avec sa liberté de religion, par exemple parce qu'un tel aménagement aurait entraîné une atteinte aux droits d'autrui ou perturbé de manière excessive le fonctionnement de l'institution scolaire* ».

Ya en una fecha más cercana como 1993, en el caso *S.H y otros contra Austria*, el TEDH deja entrever una mayor sensibilidad a la identidad cultural como motivo de acomodación de una norma general<sup>28</sup>. En este caso, los demandantes, austriacos de confesión judía, solicitan el cambio de fecha de una audiencia ante un tribunal dado el hecho de que ésta coincide con una festividad religiosa judía cuya observancia les impide acudir a la referida audiencia. La resolución de la Comisión explica que, en caso de haberse realizado la solicitud de cambio de fecha en tiempo y forma debidos, justificando motivadamente el impedimento concreto y habiendo informado de ello al tribunal en cuestión, éste debería haber buscado la manera de conciliar ambas situaciones y de acomodar la audiencia a las circunstancias de los demandantes. Desgraciadamente, éstos realizaron la petición con tiempo insuficiente y por lo tanto no se hubiera podido realizar el cambio de fecha por cuestiones técnicas.

En 1996 se dicta una sentencia con circunstancias parecidas<sup>29</sup>. Esta vez es en Finlandia dónde un miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, el señor Konttinen, trabajador de los ferrocarriles estatales, solicitó a la empresa un acomodamiento de su horario en invierno para poder respetar con propiedad la festividad semanal del Sabbath (que, aunque se corresponde con el sábado, comienza con la puesta del sol del viernes todavía en horario vespertino). La empresa le deniega tal autorización a salir con antelación del trabajo el viernes por la tarde, sin embargo, el señor Konttinen sale antes del trabajo los viernes sin la debida autorización, a causa de lo cual es despedido de su trabajo. El demandante alega una violación de su derecho a la libertad religiosa del artículo 9 CEDH, dado el hecho de que su despido ha sido provocado por un conflicto irreconciliable entre sus convicciones religiosas y sus deberes laborales. También invoca violación del artículo 14 CEDH ya que considera que su despido lo discrimina frente al resto de trabajadores de la empresa. El TEDH entiende que el despido fue conforme a la ley, y que la ausencia del trabajador de su puesto de trabajo sin permiso por parte de la

---

<sup>28</sup> STEDH, *S.H. y H.V c. Austria*, 13/01/93.

<sup>29</sup> STEDH, *Konttinen c. Finlandia*, 3/12/96.

empresa fue la causa que lo motivó<sup>30</sup>. En este caso el TEDH opta de nuevo por una interpretación rígida de la norma, no reparando en los efectos no buscados e inesperados que la norma neutra aplicada sin distinción puede tener sobre personas que se encuentran en circunstancias algo diferentes.

Resoluciones similares que implican adecuación de calendarios laborales o escolares a las confesiones religiosas son invocadas en demandas posteriores tales como los casos Louise Stedman contra el Reino Unido de 1997, o Martins Casimiro y Cervera Ferreira contra Luxemburgo de 1999. En el primero de ellos<sup>31</sup>, la demandante, Mrs. Stedman ciudadana británica de confesión cristiana, que trabajaba en oficina de empleo ve cómo su jornada laboral es modificada para incluir también los domingos (día sagrado de descanso para su confesión) en ella. La señora Stedman se niega a firmar el nuevo contrato debido a que a su entender entra directamente en conflicto con la observancia de su fe, y como consecuencia de esta negativa es despedida. En el segundo de los casos<sup>32</sup>, los demandantes, fieles Adventistas del Séptimo Día (cuyo día sagrado de descanso es el sábado como ya hemos visto), habiendo solicitado a las autoridades escolares la exención para su hijo de asistir a las clases de los sábados y habiéndoles sido denegada esta dispensa, acuden al TEDH denunciando una violación de su libertad religiosa. Sin embargo, la corte opina que en este caso tal injerencia en la libertad religiosa se encuentra justificada en la prevalencia del derecho a la educación del hijo. En ambas sentencias, la resolución es similar a la del caso Konttinen, y por tanto la sensibilidad hacia la diversidad cultural es nula.

Sin embargo, y como hemos comprobado hace unas líneas, en 2000 la resolución del caso Thlimmenos supuso una revolución en la tendencia de todo el

---

<sup>30</sup> *Ibid*: “In these particular circumstances the Commission finds that the applicant was not dismissed because of his religious convictions but for having refused to respect his working hours. This refusal, even if motivated by his religious convictions, cannot as such be considered protected by Article 9 para. 1 (Art. 9-1). Nor has the applicant shown that he was pressured to change his religious views or prevented from manifesting his religion or belief.

*The Commission would add that, having found his working hours to conflict with his religious convictions, the applicant was free to relinquish his post. The Commission regards this as the ultimate guarantee of his right to freedom of religion. In sum, there is no indication that the applicant's dismissal interfered with the exercise of his rights under Article 9 para. 1 (Art. 9-1)"*

<sup>31</sup> STEDH, *Louise Stedman c. Reino Unido*, 9/04/97.

<sup>32</sup> STEDH, *Martins Casimiro y Cervera Ferreira c. Luxemburgo*, 27/04/99.

recorrido jurisprudencial anterior. Pero esta decisión no supone un cambio absoluto de la jurisprudencia ya que, si bien se inaugura una sensibilidad mayor hacia la diversidad cultural catalizada a través del concepto de discriminación indirecta y del principio de proporcionalidad, continúan dándose resoluciones acordes con la línea anterior reticente del TEDH, tal y como podemos observar en los casos *Cha'are Shalom ve Tsedek contra Francia* de 27 de junio de 2000, *Kosteski contra Macedonia (Antigua República Yugoslava de)* de 13 de abril de 2006, y algunos otros<sup>33</sup>. Sin embargo, lo que aquí nos interesa es comprobar cómo, pese a estas decisiones, el avance mostrado en la sentencia del caso Thlimmenos tiene continuidad en ulteriores sentencias hasta el punto de llegar incluso a la mención expresa del concepto de acomodo razonable.

La evolución de la línea jurisprudencial iniciada por la sentencia del caso Thlimmenos se puede comprobar en sentencias como la del caso *Jordan contra Reino Unido de 4 de mayo de 2001*<sup>34</sup>, en la cual se trata una posible discriminación indirecta contextualizada en el siempre sensible conflicto norirlandés. El hijo del demandante, señor Hugh Jordan católico norirlandés, murió tras ser disparado por un miembro de la RUC<sup>35</sup>. Entre otras cuestiones, alega ser víctima de una violación del artículo 14 CEDH<sup>36</sup> en base a que la aplastante mayoría de víctimas mortales a manos de la RUC son varones de religión católica (hecho fundamental identitario en una situación tal como el conflicto de Irlanda del Norte), lo que demostraría un ensañamiento discriminatorio contra una minoría religiosa (incluso nacional en este contexto) de las fuerzas policiales<sup>37</sup>. Pese a que el TEDH considera un indicio

---

<sup>33</sup> STEDH, *Cha'are Shalom ve Tsedek c. Francia*, 27/06/00; STEDH, *Dahlab c. Suiza*, 15/02/01; STEDH, *Phull c. Francia*, 11/01/05; STEDH, *Kosteski c. Macedonia (Antigua República Yugoslava de)*, 13/04/06; STEDH, *El Morsli c. Francia*, 04/03/08.

<sup>34</sup> STEDH, *Hugh Jordan c. el Reino Unido*, 04/05/01.

<sup>35</sup> Royal Ulster Constabulary o Gendarmería Real del Ulster (fueron las fuerzas policiales británicas en Irlanda del Norte desde la independencia de la República de Irlanda en 1922 hasta su disolución en 2001 como consecuencia de los Acuerdos de Viernes Santo de 1998).

<sup>36</sup> Somos conscientes de que este apartado versa únicamente de los casos relacionados con la libertad religiosa del artículo 9 CEDH, o en todo caso del artículo 9 CEDH en relación con el artículo 14 CEDH, y no de los casos del artículo 14 aisladamente o en relación con otros artículos del CEDH. No obstante, consideramos importante incluirlo en este punto dado el hecho de la continuidad argumental que guarda con la línea seguida hasta este momento.

<sup>37</sup> STEDH, *Hugh Jordan c. el Reino Unido*, 04/05/01, apartado 152.

insuficiente las cifras presentadas por el señor Jordan para concluir con la existencia de una violación del artículo 14 CEDH (aunque estima una violación del artículo 2 CEDH: derecho a la vida), sí que declara, y en esta apreciación es dónde radica la importancia de esta sentencia, que una política o medida general pueda tener efectos perjudiciales desproporcionados contra un grupo particular y que esto pueda ser entendido como discriminatorio aunque en origen no fuese específicamente destinado hacia este grupo<sup>38</sup>.

En el mismo sentido, encontramos sentencias posteriores<sup>39</sup> que reconocen que una medida pueda ser reconocida como discriminatoria con base a la evidencia de que sus efectos son desproporcionadamente perjudiciales hacia un grupo en particular, teniendo en cuenta que en ningún caso se había perseguido este objetivo.

El caso *Sinan Işık contra Turquía* de 2 de febrero de 2010<sup>40</sup> supone de nuevo el protagonismo del derecho a la libertad de religión de artículo 9 CEDH, pero en este caso aparece unido a él un fuerte matiz identitario que le da una especial relevancia a este caso. El demandante, señor Işık de nacionalidad turca y confesión religiosa aleví (una rama del chiismo), denuncia violación del mencionado artículo como consecuencia de la negativa de las autoridades turcas a su solicitud de cambiar la palabra “islam” de su carnet de identidad por la de “aleví”, fe la cual profesa y comunidad de la cual él formaba parte (y sentía que formaba parte), así como por la obligatoriedad de tener que declarar contra su consentimiento sobre sus creencias religiosas<sup>41</sup>. Asimismo, el demandante entiende que se ha producido también una violación del artículo 14 CEDH a causa de una discriminación fundada precisamente en su condición de aleví. El TEDH considera que si existe una violación del artículo 9 CEDH, pero la causa de ésta no se encuentra en el rechazo de las autoridades a la solicitud del demandante de incluir su fe, sino en la obligatoriedad de tener que declarar (ya sea incluso opcional) acerca de sus creencias religiosas en el carnet de identidad<sup>42</sup>. Y como consecuencia de todo ello,

---

<sup>38</sup> *Ibid.* apartado 154.

<sup>39</sup> Es interesante citar aquí casos como STEDH, *Nachova y otros c. Bulgaria*, 06/07/05, o el caso STEDH, *Vergos c. Grecia*, 24/06/04.

<sup>40</sup> STEDH, *Sinan Işık c. Turquía*, 02/05/10.

<sup>41</sup> *Ibid.* apartado 22.

<sup>42</sup> *Ibid.* apartados 52 y 53.

el TEDH finalmente opta por indicar que la eliminación de la “casilla de religión” del carnet de identidad constituiría una manera apropiada de poner fin al problema, dada la incompatibilidad de esta exigencia con la libertad de religión garantizada por el artículo 9 CEDH<sup>43</sup>.

En los últimos tiempos, la sensibilidad del TEDH en esta materia ha ido incrementándose de manera que en determinadas sentencias se ha ido aproximando progresivamente a posturas que cada vez se parecen más a los acomodos razonables canadienses. Los tres siguientes casos que vamos a explorar a continuación suponen, cada uno en su dimensión, pasos en una misma dirección que eventualmente (y siendo optimistas) podrían desembocar en una asunción abierta de esta técnica jurídica.

La sentencia del caso *Jakóbski contra Polonia* de 7 de diciembre de 2010<sup>44</sup> constituye un nuevo avance en el reconocimiento de la diversidad al reconocer y destilar de la libertad religiosa consagrada en el artículo 9 CEDH una adaptación del régimen alimenticio de un preso conforme a sus creencias religiosas. El demandante Janusz Jakóbski, nacional polaco de religión budista, encontrándose preso (y por tanto, bajo responsabilidad de las autoridades públicas polacas) solicita la adecuación de la alimentación que le proporciona la prisión a sus convicciones religiosas, lo cual implicaba una dieta de carácter vegetariano. La negativa de las autoridades a proporcionarle tal adaptación motiva la denuncia del demandante por violación del artículo 9 y del artículo 14 CEDH. Pues bien, el TEDH afirma que las prescripciones alimenticias pueden ser consideradas una expresión directa de las creencias en el sentido del artículo 9 CEDH, y que en el caso concreto que nos ocupa la decisión del demandante de solicitar una dieta vegetariana puede ser considerada como motivada o inspirada por su religión, y por tanto tal demanda no es irrazonable, pudiendo estar ésta incluida en el ámbito protegido por el artículo 9 CEDH<sup>45</sup>. Además, el TEDH entiende que el suministro de una dieta vegetariana al

---

<sup>43</sup> *Ibid.* apartado 60.

<sup>44</sup> STEDH, *Jakóbski c. Polonia*, 07/03/11.

<sup>45</sup> *Ibid.* apartados 44 y 45.

demandante no supone una alteración o perturbación del funcionamiento normal de la prisión o un perjuicio a los estándares de comidas servidas a otros presos<sup>46</sup>.

Por su parte, el caso *Sessa contra Italia* de 3 de abril de 2012<sup>47</sup> supone un retroceso de esta tendencia por el TEDH, ya que la resolución del TEDH estima que no se da una violación del artículo 9 CEDH (aunque por ajustada mayoría de cuatro contra tres), pero contiene unos votos particulares muy relevantes por parte de los jueces Tulkens, Popovic, y Keller dónde se enuncia como tal el acomodo razonable, lo que supone un hito en este sentido

La sentencia sobre el caso *Eweida contra Reino Unido* de 15 de enero de 2013<sup>48</sup> ha revolucionado el panorama anterior, y supone el colofón al cambio de tendencia que el TEDH inició con la sentencia del caso *Thlimmenos*. En la sentencia del TEDH por fin se nombra y alude explícitamente a la técnica jurisprudencial del acomodo razonable, y esta referencia no se hace en un voto particular como sucedía en la sentencia del caso *Sessa contra Italia*, sino que se realiza en la argumentación de la propia sentencia, concretamente en la parte destinada al derecho comparado relevante. Aunque aún no se exija su uso o puesta en marcha como tal en la decisión del tribunal, su mención explícita en la parte de la sentencia dedicada al derecho comparado es significativa ya que implica un aumento de la influencia que esta figura tiene en los jueces del tribunal a la hora de tomar sus decisiones en casos en los que se vea implicada la libertad religiosa y la discriminación indirecta. Antes de pasar a relatar los hechos y la decisión del tribunal hay que advertir que este caso se presenta conjuntamente con otros, así que en nuestro análisis únicamente haremos referencia a lo relativo al caso de la señora Eweida.

La demandante señora Nadia Eweida, de nacionalidad británica (aunque residente los primeros dieciocho años de su vida en Egipto) y confesión religiosa cristiana copta, denuncia ante el TEDH una violación del artículo 9 CEDH como consecuencia del rechazo de su empleador (la empresa británica British Airways) a permitirle continuar en su puesto de trabajo motivado por el lucimiento de una pequeña cruz que entraba en conflicto con el código de vestimenta corporativo.

---

<sup>46</sup> *Ibid.* apartado 52.

<sup>47</sup> STEDH, *Sessa c. Italia*, 24/09/12.

<sup>48</sup> STEDH, *Eweida y otros c. Reino Unido*, 27/05/13.

Concretamente, en el año 2004 British Airways introdujo un nuevo uniforme y un código de vestimenta que incluía un apartado específico denominado “accesorios femeninos” en el cual se requería a los empleados a llevar cubierto por el uniforme cualquier accesorio o prenda de vestir que éstos estuviesen obligados a lucir por motivos religiosos<sup>49</sup>. No obstante, se dio autorización a los hombres sijs para llevar un turbante con los colores corporativos de la empresa y para lucir la pulsera tradicional sij, así como a las mujeres musulmanas para vestir el *hijab* o velo también en colores aprobados por British Airways<sup>50</sup>. La demandante en principio llevó la pequeña cruz oculta bajo su ropa, pero a partir del 20 de mayo de 2006 comenzó a lucirla externamente como consecuencia del cambio de vestuario: la nueva blusa tenía un diseño en pico y por tanto ahora quedaba a la vista. Al llegar al trabajo fue cominada a ocultarla bajo el uniforme, y en principio accedió, pero días más tarde nuevamente volvió a lucirla a la vista, con similar resultado. Finalmente, el 20 de septiembre de 2006 la señora Eweida se negó a esconder o a quitarse su cruz, y por ello fue enviada a casa sin sueldo hasta el momento en que decidiera cumplir con su obligación contractual con respecto al uso del código de vestimenta<sup>51</sup>.

El TEDH entiende que, en estas circunstancias, en las cuales no existe ninguna prueba de invasión a los derechos de terceros, las autoridades británicas no protegieron de manera suficiente el derecho de la señora Eweida a manifestar su religión, concluyendo por tanto que sí que se vulneró el artículo 9 CEDH.

## V. Conclusiones

Tras este recorrido a través de los derechos recogidos en el CEDH y de la jurisprudencia del TEDH, podemos concluir lo siguiente:

- El artículo 9 del CEDH consagra la libertad de pensamiento, de conciencia, y de religión. Además, el artículo 2 del Protocolo Adicional extiende esta protección y garantía de la diversidad religiosa al ámbito de la educación. La protección a la pluralidad lingüística únicamente se encuentra recogida

---

<sup>49</sup> *Ibid.* apartado 10.

<sup>50</sup> *Ibid.* apartado 11.

<sup>51</sup> *Ibid.* apartado 12.

de manera específica en algunas alusiones de diferentes artículos como los referidos a las detenciones o privaciones de libertad (5.2 CEDH), o al derecho a un proceso equitativo (6.3 a) e) CEDH).

- A partir del derecho a la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 CEDH podemos deducir incluido en el mismo una protección a las prácticas culturales minoritarias. Los miembros de las minorías culturales a través de distintos fallos del TEDH han tenido éxito en sus demandas de introducir bajo este artículo 8 un derecho a la protección de los estilos de vida minoritarios. En la misma línea de interpretación extensiva realizada por el TEDH para amparar el derecho a fomentar las diferentes culturas podemos incluir el artículo 11 CEDH que protege la libertad de reunión y de asociación, el cual ha sido utilizado como paraguas para albergar la defensa de un derecho de las minorías a formar asociaciones que promuevan su cultura. En último lugar, el artículo 14 de la CEDH garantiza la no discriminación por motivos de sexo, raza, lengua, religión, origen etc. Además, el Protocolo Adicional número 12 añade al CEDH una “prohibición general de la discriminación”.
- En la labor de desarrollo posterior de estos artículos que tiene lugar en el TEDH destacamos que a partir del caso Thlimmenos parece que el TEDH establece una nueva línea en la interpretación del principio de no-discriminación consagrado en el artículo 14 CEDH de manera que muestra una mayor atención y sensibilidad a la identidad cultural. Esta mayor sensibilidad quedaría corroborada en sucesivas sentencias (STEDH. Jakóbski c. Polonia, nº 18429/06, 07/12/2010 (final 07/03/2011); STEDH. Sessa c. Italia, nº 28790/08, 03/04/2012 (final 24/09/2012); STEDH. Eweida y otros c. Reino Unido, nº 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, 15/01/2013 (final 27/05/2013)) en las cuales el TEDH se ha ido aproximando progresivamente a posturas que cada vez se parecen más a la canadiense en materia de respeto, protección y garantía del derecho a la libertad religiosa, en un principio a través de la admisión de la existencia de discriminaciones indirectas en determinadas circunstancias, y posteriormente refinando este concepto uniéndolo al criterio de

proporcionalidad, e incluso haciendo alguna referencia a la jurisprudencia canadiense y estadounidense sobre la figura de los acomodos razonables. Hoy en día parece asentado que cuando la libertad religiosa se ve afectada por la aplicación de una norma general en principio neutra pero que posteriormente en la práctica produce efectos discriminatorios, se reconoce esta discriminación indirecta y se procura solucionar mediante la búsqueda de una vía que pondere los intereses y derechos en juego y que evite la vulneración del derecho de libertad religiosa recogido en el artículo 9 TEDH.

- Despues de estudiar los tres últimos casos del apartado anterior, hemos comprobado como el TEDH ha ido adquiriendo una postura progresivamente más próxima al respeto, protección y garantía del derecho a la libertad religiosa, en un principio a través de la admisión de la existencia de discriminaciones indirectas en determinadas circunstancias, y posteriormente refinando este concepto uniéndolo al criterio de proporcionalidad, e incluso haciendo algún guiño a la figura de los acomodos razonables. Hoy en día parece asentado que cuando la libertad religiosa se ve afectada por la aplicación de una norma general en principio neutra pero que posteriormente en la práctica produce efectos discriminatorios, se reconoce esta discriminación indirecta y se procura solucionar mediante la búsqueda de una vía que pondere los intereses y derechos en juego y que evite la vulneración del derecho de libertad religiosa recogido en el artículo 9 TEDH: se procede a una adaptación de la norma en cuestión con el fin de impedir la violación de la libertad religiosa y de conciliar el objetivo perseguido por tal norma. Tras el análisis de estas sentencias, podemos concluir que, aunque la tendencia ha mejorado notablemente y poco a poco va aproximándose al concepto, todavía queda camino por recorrer y que sería deseable una mayor contundencia en las resoluciones del TEDH en este sentido.

## VI. Bibliografía

- AST, F. (2010). *Les cadres légaux européens répondant à la diversité et au besoin de changement institutionnel. La discrimination indirecte comme outil de protection du pluralisme: enjeux et limites.* Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles, Tendances de la cohésion sociale, nº 21, Bruselas: Consejo de Europa, pp. 89-117.
- BOSSET, P. y FOBLETS, M. (2010). *Le Québec et l'Europe face au besoin d'accommoder la diversité: disparité des concepts juridiques, convergence des résultats?* Accommodements institutionnels et citoyens: cadres juridiques et politiques pour interagir dans des sociétés plurielles, Tendances de la cohésion sociale, nº 21, Bruselas: Consejo de Europa, pp. 37-68.
- BOUCHARD, G; TAYLOR, C. (2008) *Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation. (Rapport integral de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles).* Québec: Gouvernement du Québec
- BREMS, E. (2010). *Human rights as a framework for negotiating/protecting cultural differences: an exploration in the case-law of the European Court of Human Rights.* En FOBLETS, M-C; GAUDREAU-DESBIEINS, J-F; DUNDES RENTELN, A. *Cultural diversity and the law: state responses from around the world.* Bruselas: Bruylant.
- BRIBOSIA, E; RINGELHEIM, J; RORIVE, I. (2010). *L'aménagement raisonnable pour motif religieux: un concept issu d'Amérique du Nord en voie d'intégration en Belgique et en Europe ?* En BAYART, C; SOTTIAUX, S; VAN DROOGHENBROECK, S. (eds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination.* Brujas / Bruselas: Die Keure / La Charte.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI.1950
- ELÓSEGUI, M (2013). *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la Gestión de la Diversidad Cultural y Religiosa en el Espacio Público.* Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- JACKSON PREECE, J. (2010). *Emergence de normes en matière d'accommodement raisonnable en faveur des minorités en Europe?*, Tendances de la cohésion sociale, nº 21, Bruselas: Consejo de Europa, pp. 117 - 134.
- Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Paris, 20.III.1952.

- Protocolo nº 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4.XI.2000
- RINGELHEIM, J. (2006). *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*. Bruselas: Bruylants.

## Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

[www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/](http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/)



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro\_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH



