

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

Año XI – Nº 2 – 2º semestre 2023



RI&HR

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

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

IR&DH



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 XI – N°2 – Segundo semestre 2023

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
revistairydh@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)

MIGUEL ÁNGEL SEVILLA DURO (Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, España)

EDICIÓN

GUILLERMO ALVAREZ SENDON

Índice

Estudios /

- Desafíos actuales de la jurisdicción Constitucional Europea
Debate por la “primera” y la “última” palabra 4

CALOGERO PIZZOLO

Doctrina /

- Las minorías en la Unión Europea: la tensión entre la demanda de reconocimiento
y la preservación de la identidad nacional 67

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ

- La Educación Superior como Derecho Humano y la Integración Regional
El caso del Espacio Europeo de Educación Superior 113

ILEANA PAZ MINUTELLA

- La antropología en el derecho electoral
Un primer acercamiento desde la perspectiva de un tribunal electoral en México 143

ROBERTO LUIS RASCÓN MALDONADO

- MERCOSUR y China: perspectivas para una política exterior convergente
Antecedentes, oportunidades y desafíos 158

AUGUSTO AQUILES GONÇALVES

- Prostitución, bien jurídico protegido y derechos violados 182

FRANCESCA RICCI

Jurisprudencia /

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea:**
Reseña de jurisprudencia segundo semestre 2023 205

SOFIA TONELLI

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea:**
Comentario a sentencia, 28 de noviembre de 2023, *Commune d’Ans*, C-148/22.
Símbolos Religiosos y Neutralidad en el Empleo Público 240

JEREMÍAS BRUSAU

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos:**
Comentario a Sentencia, 4 de julio de 2023, *Glukhin c. Rusia*, no. 11519/20.
El derecho al respeto a la vida privada: ¿El precio a pagar por una Europa segura
en la era tecnológica? 269

ANDREA GARRIDO RAYA

Estudios/

DESAFÍOS ACTUALES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EUROPEA
DEBATE POR LA “PRIMERA” Y LA “ÚLTIMA” PALABRA¹

Calogero Pizzolo²

Resumen

La integración de un sistema nacional de derechos en un sistema de protección multinivel -a partir de mandatos constitucionales de apertura- junto a sistemas internacionales autónomos, conlleva a la formación de una comunidad de intérpretes finales. La tensión interordinamental se presenta como una constante en estos sistemas y, en particular, en el sistema europeo. Ello no solo a partir de quién define en última instancia la identidad conceptual de los derechos, sino también por quién tiene la primera palabra delimitando el ámbito de discusión. Con la mutación de los circuitos interpretativos de unidireccionales a multidireccionales -y el desarrollo de vías incidentales paralelas al control de constitucionalidad como la cuestión prejudicial tanto del Derecho de la UE como convencional-, se plantea el problema del control concurrente. Esto es, siguiendo parámetros diversos de validez, se interpretan derechos convergentes. En este contexto, el debate sobre la “prioridad constitucional” cobra relevancia frente a la llamada “doble prejudicialidad” a la que se sumaría, en los Estados de la UE, la posible “triple prejudicialidad”. Una primera conclusión es que, dejando de lado las salidas autorreferenciales, solo el diálogo interjurisdiccional y la construcción de consensos dialógicos permiten la cohabitación dentro del propio sistema y, en definitiva, su continuidad en el tiempo. El problema subsistente, y que abre interrogantes sobre una posible violación a la identidad constitucional nacional, es que ello implica -sobre todo tratándose del Derecho de la UE- la erosión del control concentrado de constitucionalidad y su reconversión de “facto” en un control descentralizado.

¹ No sujeto a referato.

² Profesor titular ordinario de Derecho de la Integración y de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Catedrático Jean Monnet en Derecho Público Europeo. Coordinador académico del Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos”.

Palabras clave: Tribunales Constitucionales y Supremos – Tribunal de Justicia de la Unión Europea – Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Diálogo judicial – Comunidad de Intérpretes finales.

Title: CURRENT CHALLENGES OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL JURISDICTION. DEBATE OVER THE “FIRST” AND THE “LAST” WORD.

Abstract

The integration of a national system of rights in a multi-level protection system - based on constitutional mandates of openness- together with autonomous international systems, leads to the formation of a community of final interpreters. Interordinal tension appears as a constant in these systems and in the European system. This is not only based on who ultimately defines the conceptual identity of the rights, but also on who has the first word delimiting the scope of discussion. With the mutation of the interpretative circuits from unidirectional to multidirectional -and the development of incidental pathways parallel to constitutionality control as the prejudicial question of both EU and conventional law- the problem of concurrent control arises. That is, following various validity parameters, convergent rights are interpreted. In this context, the debate on “constitutional priority” becomes relevant in the face of the so-called “double prejudice” to which, in the EU States, the possible “triple prejudice” would be added. A first conclusion is that leaving aside self-referential solutions, only interjurisdictional dialogue and the construction of dialogic consensus allow cohabitation within the system itself and, ultimately, its continuity over time. The remaining problem, which raises questions about a possible violation of national constitutional identity, is that this implies -especially in the case of EU Law- the erosion of the concentrated control of constitutionality and its reconversion in fact into a decentralized control.

Keywords: Constitutional and Supreme Courts – Court of Justice of the European Union – European Court of Human Rights – Judicial dialogue – Community of final Interpreters.

I. Un laberinto borgeano

La figura del laberinto aporta a una construcción semiótica del conocimiento. En la medida que descubrimos qué imagen del laberinto nos orienta, avanzamos en conocer nuestro objeto de estudio. Nos permite acceder a éste, a la vez que interpretarlo.

En la literatura de Borges, la figura del laberinto es central. Una primera proyección es sobre su configuración, o sea, la estructura de la “forma laberíntica”. No se trata de un lugar “para perderse”, se trata de un lugar “de donde no se puede salir”. El “sujeto” dentro del laberinto, no está fuera sino dentro. Ningún camino dentro del laberinto encuentra la salida, conduce a un final. Cada circuito dentro del laberinto constituye, en palabras de Borges, “un mapa dentro del mapa”. El recorrido interno es, desde esta concepción, potencialmente infinito. El laberinto está formado por laberintos y está engastado en laberintos de laberintos.³

Los mandatos constitucionales de apertura –una generalidad en las constituciones de nuestro tiempo-⁴, *abren* los sistemas nacionales de derechos, proponen su integración, a un sistema de protección multinivel. El clásico circuito interpretativo donde intervienen intérpretes nacionales es un circuito “unidireccional” que reconoce como última terminal al “intérprete final” de la Constitución: el Tribunal Constitucional (TC) o el Tribunal Supremo (TS). Estos pueden citar en sus interpretaciones derechos e intérpretes foráneos, pero no llegan a “compartir” circuitos interpretativos con otras terminales ya que mantienen el monopolio sobre la interpretación del sistema nacional de pertenencia.

³ El laberinto borgeano queda expuesto en *La casa de Asterión*: “No hay un aljibe, un patio, un abrevadero, un pesebre; son catorce (son infinitos) los pesebres, abrevaderos, patios, aljibes. La casa es del tamaño del mundo; mejor dicho, es el mundo” (BORGES, 2016: t.I pp. 870-872).

⁴ En razón de su estudio pueden clasificarse en *fórmulas constitucionales habilitantes* y *fórmulas constitucionales puente* (PIZZOLO, 2010: p. 1192). Las primeras, habilitan la salida de competencias otrora estatales a instituciones de la integración regional favoreciendo el desarrollo de un nuevo derecho de naturaleza supranacional como el Derecho de la Unión Europea (DUE) caracterizado por su primacía y efecto directo. Las segundas, abren el sistema de fuentes a la influencia directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) de naturaleza subsidiaria y representado -en el sistema europeo- por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Estos circuitos unidireccionales –a causa de la apertura-, “mutan” en circuitos interpretativos multidireccionales que reconocen no a una, sino a diversas terminales. Se crean así puntos de convergencia, intersecciones, donde los derechos pertenecientes a sistemas diferentes, pero con un contenido común que se proyecta como en un juego de espejos, se encuentran y crean una activa Comunidad de intérpretes donde la influencia es constante a la vez que recíproca. La Constitución, de este modo, pasa a operar “en red” (PIZZOLO, 2022: p. 21).

El recorrido por estos circuitos interpretativos multidireccionales se asemeja al recorrido por los pasillos y senderos de un laberinto borgeano. El intérprete que los recorre, que desanda su entramado, puede inclusive llegar al extremo de desconocer su existencia al insistir con un recorrido unidireccional, con interpretaciones autorreferenciales. Sin embargo, en sus infinitos circuitos, el laberinto subsiste, se mantiene junto a su entorno problemático y complejo. La realidad señala que el laberinto no permite orientarse hacia alguna salida. Obliga a quienes lo recorren a dialogar, a alcanzar los consensos mínimos necesarios para garantizar la tutela efectiva de los derechos. Tutela que se eleva a la jerarquía de un principio fundamental del sistema multinivel.

En el sentido expuesto, la construcción de consensos dialógicos, la expresidenta de la *Corte costituzionale* ha defendido la idea de que una “*conversazione collaborativa*” entre los TTCC y el Tribunal de Justicia se desarrolla adoptando “*parole comuni*” evitando de este modo cualquier énfasis sobre quién pronuncia la primera o la última palabra (SCIARRA, 2022a: p. 142).

Tener la “primera” o la “última” palabra puede implicar adquirir una posición de poder, aunque no siempre está claro quién se convierte en el más poderoso: ¿el que expresándose primero delimita el ámbito de la conversación o el que, haciéndolo en último lugar, saca las conclusiones respecto a todo lo dicho? Hablar palabras comunes, es el resultado necesario de un ejercicio interminable para dejar de lado las idiosincrasias (SCIARRA, 2022b: p. 67).

La construcción de consensos dialógicos, se presenta como emblema de las sociedades que eligen la apertura como opción constituyente de su organización jurídica. Las sociedades europeas han escogido claramente este camino desde la inmediata posguerra, una vez derrotados los autoritarismos y

totalitarismos de tintes nacionalistas. La mirada dirigida al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), como hacia la integración regional, es una mirada compartida. Se trata de unir tres procesos diversos pero convergentes en lo que hace a la tutela de los derechos. El primero, inicia y profundiza el reconocimiento de derechos en los sistemas constitucionales nacionales. El segundo, con una dinámica en esencia evolutiva, amplía el ámbito de aplicación promoviendo su tutela regional. El tercero, en la experiencia de la Unión Europea (UE), ofrece una inédita Carta de Derechos (CDFUE) reconvirtiendo un proceso, pensado en sus orígenes como económico, en una integración a través de los derechos.

La “multiplicación” de circuitos interpretativos implica, por lo tanto, la multiplicación de terminales: TTCC y TTSS -ejercen un control de constitucionalidad-, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) -ejerce un control de convencionalidad- y Tribunal de Justicia⁵ -ejerce un control de comunitariedad-. Ello lleva a reconocer –implícita o explícitamente-, distintos “intérpretes finales” que actúan de manera simultánea reclamando la última palabra sobre su propio sistema de derechos. En un laberinto borgeano -representado por esta Comunidad de intérpretes finales- donde las decisiones autorreferenciales no conducen a la salida, no aparece otra solución que no sea el diálogo entre los intérpretes que recorren sus circuitos.

Nos encontramos, pues, con un sistema europeo de derechos de naturaleza compuesta que alberga tres vías incidentales las cuales representan la mutación multidireccional de circuitos interpretativos: la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC; la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia (cfr. art. 267 Tratado de Funcionamiento de la UE, TFUE); y la cuestión prejudicial de convencionalidad ante el TEDH (cfr. Protocolo nº 16, CEDH). Este ejercicio procesal se problematiza, cuando estos mecanismos de control, de tipo concreto o incidental, entran “en concurrencia”. Es decir, al mismo tiempo, la norma en cuestión plantea dudas respecto a parámetros normativos

⁵ Con esta expresión en lo sucesivo nos referimos al Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo al que hace referencia el Tratado de la Unión Europea (art. 19.1, TUE). La expresión nos parece la más correcta ya que dicho artículo establece que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea “comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados”.

correspondientes a sistemas jurídicos diferentes -autónomos- pero integrados.

Se produce así, dentro del sistema de protección multinivel, lo que se ha denominado “*recherche d'une frontière introuvable*” (GREWE, 2014/4: pp. 961-970). La *Corte costituzionale*, se refirió a esta particular situación como “controversias que pueden dar lugar a cuestiones de ilegitimidad constitucional y, simultáneamente, a cuestiones de compatibilidad con el [DUE]”.⁶

La llamada doble prejudicialidad se presenta entonces cuando el juez encargado de resolver un determinado litigio debe dirigirse incidentalmente a más de un Tribunal para recabar el sentido de normas integradas en ordenamientos autónomos –no articulados a partir de una norma común y superior- y cuya compatibilidad con la norma aplicable es condición necesaria para que esta última pueda ser aplicada al caso (CRUZ VILLALÓN Y REQUEJO PAGÉS, 2015: p. 179).

En el caso del DUE, el Tribunal de Justicia tiene reservada para sí su “interpretación final” la cual se da en dos sentidos: uno, para determinar si el derecho derivado es conforme con el derecho primario (tratados fundacionales); y otro, para establecer cuál es exactamente el DUE con el que los “órganos jurisdiccionales nacionales” han de contrastar el Derecho estatal con el objeto de resolver si este último es compatible con aquél.⁷

Utilizando el circuito interpretativo que conduce al Tribunal de Justicia, si de la interpretación dada por éste al DUE se deriva la incompatibilidad del Derecho estatal, el juez nacional debe desaplicar -en el caso concreto- la normativa en cuestión. En la práctica, dicha desaplicación, equivale a una declaración de invalidez, pero acotada al procedimiento en curso. De allí que se señale que la norma estatal desaplicada no posee ningún vicio, por lo tanto, no se anula (ni, de hecho, se deroga), simplemente queda “fuera de aplicación” y, en una línea argumental puramente teórica, una posible salida del Estado del ordenamiento jurídico de la UE podría permitir que vuelva a ser efectiva (ZANON,

⁶ SCC italiana nº 269 de 7 de noviembre de 2017, considerandos en derecho, punto 5.2. Todas las traducciones que se proponen en este estudio son únicamente con fines académicos.

⁷ Los jueces de Luxemburgo no se pronuncian sobre la compatibilidad del Derecho nacional con el DUE, sino únicamente sobre el sentido de este último, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional que ha planteado la cuestión resolver si el Derecho estatal, cuya interpretación le corresponde en exclusiva, es compatible con aquél, en los términos de su interpretación por el Tribunal de Justicia (entre otras, STJ de 20 de octubre de 2005, *Ten Kate Holding Musselkanaal*, C-511/03 [ECLI:EU:C:2005:625], apartado 25).

2022: p. 83). Un argumento central, a favor de la primera palabra en la voz de los jueces constitucionales es, precisamente, el efecto *erga omnes* y la certeza jurídica con que se dota a la declaración de inconstitucionalidad (ver *infra* III y IV) a diferencia de la desaplicación del Derecho interno por su oposición al DUE. Al tratarse de una materia –el sistema de derechos- “común” a todos los intérpretes de la Comunidad, los controles concurrentes producen una especie de efecto propio de una “fuerza centrípeta” que conduce a la consiguiente convergencia de controles en un centro. En este caso, el punto de encuentro es precisamente la materia común. El ejercicio por cada intérprete del control de validez a su cargo, lejos de huir del centro –fuerza centrífuga-, tiende a confluir hacia un mismo centro, aumentando el riesgo de interpretaciones divergentes sobre derechos convergentes.

En el contexto europeo actual, marcado por una integración supranacional avanzada, ya no es posible seguir proponiendo “antiguos esquemas teórico-reconstructivos desarrollados en su época por el Estado nacional cuando éste había alcanzado su máximo esplendor. Esquemas en los que se reflejaba y representaba emblemáticamente la idea de un sistema autosuficiente, cerrado en sí mismo, indisponible a límites, fuera de aquellos consentidos por sí mismo, en el ejercicio de sus poderes soberanos” (RUGGERI, 2020.b).

II. La rebelión silenciosa de los “órganos jurisdiccionales nacionales”: la descentralización del control sobre el DUE a través de la cuestión prejudicial

La cuestión prejudicial (cfr. art. 267, TFUE)⁸ es -como observamos- un “instrumento reglado” ideado para estimular la cooperación⁹ que engendra el

⁸ La norma citada dice: “(1) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. (2) Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. (3) Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. (4) Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

⁹ El propio Tribunal de Justicia ha definido constantemente a la cuestión prejudicial como “un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales

diálogo directo entre los intérpretes nacionales y los jueces de Luxemburgo. Representa una vía incidental que permite recorrer un circuito interpretativo con terminal en el Tribunal de Justicia.

La existencia y ritualidad de este diálogo resalta la “naturaleza dialogante” del DUE lo cual es importante para explicar “como la creación de un ordenamiento jurídico europeo fue posible y pudo legitimarse” (POIARES MADURO, 2003: p. 26). Este “camino del diálogo”, es señalado como opción necesaria entre los diversos intérpretes supremos de los distintos componentes del “marco constitucional europeo” (ALONSO GARCÍA, 2001: p. 42).

Al constituir el sistema de derechos el centro de atracción, las fuerzas centrípetas que se desatan con el ejercicio de distintos tipos de control de validez, atraen hacia él, tanto al control de comunitariedad que opera a partir de la cuestión prejudicial, como diversos procesos incidentales del tipo de la cuestión de constitucionalidad. El resultado es la concurrencia de controles, o lo que es lo mismo, *la concurrencia de interpretaciones que siguiendo parámetros diversos de validez convergen en un sistema común de protección multinivel derechos*.

Tomando en consideración a la cuestión prejudicial del DUE y la cuestión de constitucionalidad, lo que esencialmente caracteriza a la problemática aludida “es la coincidencia en un mismo proceso de dos «consultas» incidentales dirigidas a dos Tribunales diferentes”. Esto último es esencial, y en todo caso con efectos suspensivos de la resolución pendiente. Hay, por tanto, un “problema de mecánica procesal”, pero hay antes un “problema de identidad” de las respectivas consultas, derivado tanto de la naturaleza de la consulta en cada caso planteada como del carácter de los sujetos llamados a evacuarlas (CRUZ VILLALÓN Y REQUEJO PAGÉS, 2015: pp. 173-194).¹⁰

Ahora bien, con la transformación -en el sistema europeo de protección multinivel- del control de legalidad en un control convergente a causa del

nacionales”, y ha señalado que su utilidad consiste en que aporta a los tribunales nacionales “los elementos de interpretación del [DUE] que precisan para resolver los litigios de que conocen” (entre muchas otras STJ de 12 de junio de 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, asunto C-112/00 [ECLI:EU:C:2003:333], apartado 30).

¹⁰ Ambos autores afirman que, la circunstancia de que sean los TTCC los que ocasionalmente se han dirigido al Tribunal de Justicia, contribuye a construir un “triángulo conceptual potencialmente temible”.

accionar de fuerzas centrípetas, aparece el problema de la “conversión de facto” del control concentrado de constitucionalidad en un control difuso. El primero generalmente expuesto en una jurisdicción especializada –la justicia constitucional-, el segundo representado por los “órganos jurisdiccionales nacionales” que aplican, al caso, concreto el DUE. Cuando éstos últimos dudan sobre la validez de una norma nacional respecto al DUE, el intérprete nacional “puede”, y en algunos casos “debe”, plantear la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

En un contexto de pluralidad jurisdiccional, la cuestión prejudicial “ha generado un *efecto descentralizador* sobre el sistema judicial de la UE”, puesto que ha atribuido a los jueces nacionales la capacidad para participar en el proceso de interpretación del DUE a través de la remisión de las cuestiones al Tribunal de Justicia. En efecto, “la interpretación y la aplicación del [DUE] se ha descentralizado, dejándose, esencialmente, en manos de los jueces ordinarios que actúan para ello de acuerdo con las reglas interpretativas establecidas por la jurisprudencia del [Tribunal de Justicia]. Con ello la responsabilidad institucional de los jueces y tribunales ordinarios en los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión se acrecienta” (CARRILLO, 2017, p. 51).¹¹

Ahora bien, dentro de este contexto de descentralización, ¿qué sucede cuando las constituciones nacionales reservan la función de control de validez del Derecho nacional “exclusivamente” a los jueces constitucionales? ¿Qué acontece entonces con el denominado “juez de la ley”?

Los circuitos interpretativos nacionales, fueron diseñados bajo el paradigma clásico con su terminal en la Constitución y, por ende, en su intérprete. No estaban pensados para integrarse a circuitos multidireccionales que suman nuevas terminales interpretativas. En otras palabras, no fueron trazados para funcionar “en red”. La tensión entre este control de constitucionalidad concentrado, y el sobreviniente control de comunitariedad difuso es, en consecuencia, ineludible y constante. Aparece como el fundamento más sólido de la defensa de la “prioridad constitucional” -y por tanto, de la “primera palabra” que se atribuyen los jueces constitucionales- frente a la “doble

¹¹ Sin resaltar en el original.

prejudicialidad”. Esta regla de prioridad en el tiempo procura mantener a la Constitución, y su intérprete, en el centro de un sistema de derechos convergente.

La tensión expuesta se explica en el marco de dos crecimientos exponenciales: uno, el número de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia¹²; otro, la ampliación de las competencias reguladas por el DUE hacia el reconocimiento expreso y directo de una Carta propia de derechos, instrumentalizada en la CDFUE, y “directamente aplicable”. Ambos crecimientos serán disruptivos para la centralidad clásica de los TTCC y TTSS.

La función del sistema de control concentrado de constitucionalidad - garantizar la eficacia de las normas constitucionales retratada en el principio de supremacía constitucional-, es “desestabilizada inevitablemente” por la “libre, incondicionada e ilimitada eficacia directa” de la CDFUE aplicada por los jueces ordinarios. A lo dicho se agrega que, parece inevitable, que el mismo juez padezca lo que se define como un “*forte fascino* (CONTI 2019)” originado en el poder de desaplicación de la norma nacional y, en consecuencia, por ello se vea naturalmente llevado a reconocer la eficacia directa al mayor número de normas de la CDFUE. Esto último, con el fin de ofrecer una tutela inmediata a los derechos invocados en juicio. Frente a esta realidad, no es extraño que los jueces constitucionales -especialmente los italianos o franceses- reclamen para sí el derecho a la primera palabra en las cuestiones de doble prejudicialidad que involucren ambos sistemas de derechos; tanto el desarrollado en la Constitución como en la CDFUE (SCACCIA, 2020: p. 327).

Barbera -actual presidente de la *Corte costituzionale*-, se pregunta si el desarrollo alcanzado por la cuestión prejudicial como instrumento de diálogo entre el juez ordinario y los jueces de Luxemburgo “no ha quizás alcanzado un punto en el cual se corre el riesgo de erosionar, en lo que concierne a la tutela

¹² Según el *Anuario 2022* sobre la actividad judicial del Tribunal de Justicia el 67,74% de los procedimientos iniciados dicho año corresponden a la cuestión prejudicial. Luego le siguen con el 23,94% los recursos de casación. Para observar la dimensión de este crecimiento exponencial se debe atender a que, en 1961, se plantea por los Países Bajos la primera y única cuestión prejudicial de dicho año, en 1971 el número de presentaciones por año sube a 37, en 1981 a 108, en 1991 a 186, en el 2001 a 237, en 2011 a 423, y en 2022 a 546 llegando a su pico en 2019 con 641. Cuando se discrimina por país, a la cabeza de las presentaciones aparece Alemania (2985), seguida de Italia (1736), Países Bajos (1149), Francia (1119), y Bélgica (1021) en los primeros puestos.

de los derechos fundamentales, el rol y el poder de la jurisdicción constitucional”.

El efecto, se apunta, es sobre todo comprometer las garantías de certeza que acompañan los institutos de legitimidad constitucional concentrada. Las decisiones de los TTCC operan con efectos *erga omnes* (y *ex tunc*), asegurando de este modo mayor uniformidad y certeza. Mientras que la desaplicación, no alterando la vigencia general de la norma, permite que sea utilizada por otros intérpretes, jueces o la administración pública (BARBERA, 2018: p. 157).

Más allá del momento de intervención en el circuito interpretativo o la preferencia reconocida a una u otra vía procesal -expone Ruggeri para el caso italiano donde el juez constitucional defiende la preferencia constitucional-, se mantiene un “*nodo non sciolto*”: ¿cómo evitar que un juez que tiene dudas sobre el sentido correcto de la disposición del DUE, convoque sin demora al Tribunal de Justicia? (RUGGERI, 2019.c: p. 679).

La prioridad de la cuestión de constitucionalidad “se justificaría entonces en la necesidad de preservar el modelo de jurisdicción constitucional concentrada” (CRUZ VILLALÓN & REQUEJO PAGÉS, 2015: p. 186). En poner un límite a la rebelión silenciosa de los jueces ordinarios que tenderían –a causa del efecto centrípeto- a ignorar o dejar de lado al juez constitucional en una materia que hace a su esencia funcional: la interpretación del sistema constitucional de derechos.

El “efecto descentralizador” sobre el sistema judicial de la UE, ha tenido como consecuencia en el ámbito de los poderes jurisdiccionales de los TTCC estatales “la pérdida del monopolio de control del que disponían antaño. Ello ha sido especialmente relevante en materia de derechos y libertades (...) *la proliferación de cuestiones prejudiciales ha desplazado en parte al juez constitucional nacional en su función de garante de los derechos*” (CARRILLO, 2010: pp. 51-52).¹³

Los TTCC, “han dejado de tener el monopolio sobre la interpretación de los derechos y libertades fundamentales. Es más, en aquellos casos en que afecte a derechos fundamentales relacionados con la competencia de la UE, podría afirmarse que han dejado de tener el control [...] en definitiva *los derechos fundamentales no dejan de ser una materia transversal que acompaña a la*

¹³ Sin resaltar en el original.

materia de la que bien la Unión bien el Estado son competentes. No podemos olvidar que la [CDFUE] es vinculante para los Estados miembros, por lo que, confirmada la competencia de la Unión, es al [Tribunal de Justicia] al que corresponde emitir un juicio sobre su interpretación” (ROCA TRÍAS Y GARCÍA Couso, 2017, p. 537).¹⁴

La cuestión prejudicial tal cual como está regulada en el artículo 267 (TFUE) y conforme a su aplicación jurisprudencial, se ha convertido en algo bien distinto a la resolución de una “duda” en torno a la correcta interpretación del DUE. En particular, “se ha transformado en un verdadero y propio control de comunitariedad de la ley nacional, fundado sobre el principio de aplicación directa del derecho comunitario y sobre el poder-deber de desaplicación del juez nacional, llegando de este modo a asemejarse demasiado al control de constitucionalidad” (ROMBOLI R., 2020: p. 8). Inclusive se habla de un “control oculto” del Derecho nacional. La prioridad constitucional persigue la finalidad de evitar el riesgo de que, el control difuso en orden a las relaciones entre el derecho nacional y el DUE, conlleve a la “inutilidad” del control de la *Corte costituzionale* y la consiguiente consolidación de “un circuito alternativo de control difuso” en materia de protección de derechos fundamentales. Se trata de una defensa del sistema de control concentrado de constitucionalidad “elegido por el Constituyente” y, por ende, del papel fundamental atribuido al juez constitucional (ROMBOLI, 2019: p. 649).

Esta es la *raíz* del problema del control concurrente en sistemas de derecho convergentes en una protección multinivel. Y la causa de una respuesta contundente por parte del intérprete constitucional: la jurisdicción constitucional concentrada “constituye, en la Europa continental, un aspecto de la *identidad constitucional* de muchos Estados. Y en cada caso, la misma jurisdicción constituye un elemento que ayuda a alimentar las *tradiciones constitucionales comunes*” (BARBERA, 2018: p. 157).¹⁵

¹⁴ Sin resaltar en el original.

¹⁵ Resaltado en el original.

III. Francia: la reforma constitucional de 2008¹⁶ y la *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC)

No nos debiera llamar la atención el hecho de que sea en el sistema constitucional francés, donde el debate en torno a la “prioridad” de la cuestión constitucional –en caso de concurrencia con la cuestión prejudicial del DUE-, alcanzó gran difusión. Las particularidades que presentaba entonces el control de constitucionalidad -conocido como la “excepción francesa”- constituyeron un terreno fértil y prometedor para la iniciativa. Dicho control, en Francia, ha sido tradicional y principalmente un control abstracto y previo con decisiones que tienen efectos *erga omnes*.¹⁷

En este marco, el sistema constitucional “no contaba con acciones constitucionales dirigidas a facilitar la acción ciudadana directa de control constitucional *a posteriori*” (SARMIENTO, 2016: pp. 463-486). Antes de la reforma constitucional de 2008, se daba en Francia una situación paradójica: los tribunales administrativos (sentencia *Nicolo*)¹⁸ -como los tribunales ordinarios (sentencia *Société des cafés Jacques Vabre*)¹⁹- podían asegurar la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes (cfr. art. 55, constitución francesa) dentro del marco de un control de convencionalidad de las leyes. Dicho de otro modo, eran competentes para inaplicar una ley contraria a un tratado internacional, pero no lo eran en el caso de que “sólo” se considerara inconstitucional. Tampoco lo eran para solicitar al *Conseil Constitutionnel*, mediante una cuestión prejudicial, un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley en cuestión. En la práctica, ello se traducía “en una incontestable devaluación de la Constitución, que presentaba para el ciudadano menor relevancia que, por ejemplo, el [CEDH] en la defensa de los derechos fundamentales frente a la ley”. Por más que, de hecho, los dos textos proclamaran derechos similares, “no era posible que el juez garantizase la

¹⁶ Realizada mediante Ley constitucional nº 2008-724 de 23 de julio de modernización de las Instituciones de la V República.

¹⁷ Este diseño institucional supone que el acto legislativo, una vez aprobado por el Parlamento, es estudiado automática y previamente por el *Conseil Constitutionnel* (cfr. artículo 61, constitución francesa).

¹⁸ Consejo de Estado francés, sentencia de 20 de octubre 1989 (*Nicolo*).

¹⁹ Corte de Casación francesa, sentencia de 24 de mayo de 1975 (*Société des cafés Jacques Vabre*).

supremacía de la Constitución sobre la ley, pero sí una decisión tendiente a garantizar la primacía del [CEDH]” (BON, 2009: p. 315).

Los derechos, siendo reconocidos por el sistema constitucional francés, no eran garantizados apelando a la Constitución sino apelando a las normas internacionales las cuales asumían, así, al menos en dicho ámbito, “una posición de preminencia” (CATALANO, 2019: p. 10). La reforma constitucional produce un “giro copernicano” en la medida que el control abstracto *a priori* de las leyes deja de ser el único ejercido por el *Conseil Constitutionnel* y se crea un control *a posteriori* que puede promover cualquier justiciable (ALCOBERRO LLIVINA, 2011: pp. 17-65). Se modifica el artículo 61.1 (constitución francesa)²⁰ el cual permite “suscitar una suerte de cuestión de inconstitucionalidad por vía de excepción” (BON, 2009: p. 315), “una vía indirecta de garantía jurisdiccional” (CARRILLO, 2008: pp. 587-600).

La adopción de la QPC, puso fin a una tradicional resistencia francesa al control de la ley: “somos herederos de una cultura eminentemente jurídica que hace del derecho una expresión de la voluntad general”. El dogma republicano de la soberanía popular, encarnado en un Parlamento resultante de elecciones libres y justas, ha servido tradicionalmente de fundamento al rechazo del control, por parte de los jueces, de la labor legislativa del Parlamento. La reforma constitucional ha reforzado el papel del *Conseil Constitutionnel*, llamado a convertirse en un verdadero TC como las demás jurisdicciones constitucionales existentes en Europa (BADINTER, 2014/4: pp. 777 -782). Después de haber defendido, durante medio siglo, un control *a priori*, finalmente Francia ha dado el paso y se ha sumado a los países donde los ciudadanos no son “*mineurs constitutionnels*” (SANTOLINI, 2013/1: p. 83).

La Ley orgánica nº 2009-1523²¹, relativa a la aplicación del citado artículo 61-1, aborda la problemática originada en el desplazamiento de hecho de las

²⁰ El artículo 29 de la Ley constitucional de 23 de julio de 2008 ya citada introdujo en la constitución francesa el artículo 61-1 que dispone: “Cuando, con motivo de una instancia pendiente en una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades garantizados por la Constitución, esta cuestión podrá ser sometida al Consejo Constitucional, tras su remisión, por parte del Consejo de Estado o del Tribunal Supremo que se pronunciará en un plazo determinado. Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo”.

²¹ Esta ley de 10 de diciembre de 2009 añade un nuevo Capítulo II bis, titulado “De la cuestión prioritaria de constitucionalidad”, al Título II del Decreto legislativo nº 58-1067, de 7 de noviembre

normas constitucionales como parámetro de control, y reconoce a la cuestión de constitucionalidad un carácter “prioritario” dando vida a la QPC. El legislador orgánico avaló de este modo la iniciativa del gobierno francés de incorporar, respecto al texto constitucional, el principio de precedencia reconocido a la cuestión de constitucionalidad, trasladándola de la condición de cuestión prejudicial [*question préjudicielle*] a la de cuestión prioritaria [*question prioritaire*] (SIMON & RIGAUX, 2010: pp. 63-88).

En los fundamentos del proyecto de dicha Ley se lee que, “en cualquier caso”, el tribunal debe pronunciarse en primer lugar sobre la cuestión de la constitucionalidad, con sujeción, si correspondiere, a los requisitos derivados del artículo 88-1 (constitución francesa) en relación al DUE.²² Esta prioridad del control de constitucionalidad está vinculada al efecto *erga omnes* de la declaración de inconstitucionalidad que dará lugar a la derogación de la disposición legislativa impugnada. Pero, además –se señala-, la misma se inscribe en “la voluntad de reapropiación [*volonté de réappropriation*] de la Constitución por parte de los justiciables expresada por el poder constituyente durante la revisión del 23 de julio de 2008”.

El establecimiento de esta regla de prioridad, no está libre de controversias, dado que el control de constitucionalidad “se ciñe a los derechos y las libertades, los textos de referencia para el control serán muy similares a los catálogos de derechos contenidos en los convenios internacionales que constituyen el parámetro de control de la convencionalidad de las leyes” (ALCOBERRO LLIVINA, 2011: p. 44).

Se reproduce el problema del control concurrente originado en circuitos interpretativos multidireccionales que reconocen distintas terminales. En el caso

de 1958, por el que se aprueba el texto de la Ley orgánica del *Conseil Constitutionnel*. Esta Ley en su artículo 23-2 dispone que: “En cualquier caso, cuando se planteen ante un órgano jurisdiccional motivos basados en la falta de conformidad de una disposición legislativa con los derechos y libertades garantizados por la Constitución, por una parte, y con los compromisos internacionales de Francia, por otra, *ese órgano deberá pronunciarse con carácter prioritario sobre la remisión de la cuestión de constitucionalidad* al Consejo de Estado o a la Corte de Casación”. Sin resaltar en el original. Tras ser declarada constitucional por el *Conseil Constitutionnel* en su decisión nº 2009-595 DC de 3 de diciembre de 2019, la citada ley entró en vigor el 1 de marzo de 2010.

²² Formula constitucional habilitante que dice: “La República participa en la Unión Europea compuesta por Estados que *han optado libremente ejercer en común algunas de sus competencias* en virtud del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, texto modificado por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007”. Sin resaltar en el original.

de Francia se da la particularidad de que, la Constitución vigente desde 1958, no contiene un catálogo de derechos propio. En consecuencia, al ceñirse inicialmente el *Conseil Constitutionnel* a la Constitución como *parámetro* de control, sus decisiones versaban en muy pocas ocasiones sobre derechos y libertades. Hasta que, en 1971, el mismo Consejo sostiene que el Preámbulo de la Constitución de 1958 puede utilizarse para controlar la constitucionalidad de las leyes.²³ Esta decisión permitió al juez constitucional elaborar la noción de bloque de constitucionalidad, esto es un conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley. A partir de entonces el bloque de constitucionalidad está sometido a un constante desarrollo jurisprudencial y si bien hay normas que lo integran sin ninguna duda, no está tan claro el caso de otras.

Los elementos no controvertidos que integran el bloque de constitucionalidad son el preámbulo de la Constitución de 1958, los textos a los que éste hace referencia -esto es, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), el preámbulo de la Constitución de 1946 y la Carta del Medio Ambiente (2004)-, así como los principios de valor constitucional²⁴. No forman parte del bloque de constitucionalidad los reglamentos de las asambleas legislativas, ni tampoco las leyes orgánicas. Respecto al Derecho internacional y el DUE, cabe distinguir entre ambos.

El constituyente francés ha otorgado un rango *supra legal* a los tratados internacionales regularmente aprobados o ratificados (cfr. art. 55 constitución francesa). El *Conseil Constitutionnel* optó por no incluirlos en el bloque de constitucionalidad y se negó a controlar la conformidad de las leyes con los tratados internacionales afirmando -ya en 1975-, que una ley no es contraria a la Constitución sólo por el mero hecho de ser contraria a un tratado internacional.²⁵ Además sugirió a los tribunales ordinarios que controlasen la conformidad de la ley con los tratados internacionales en términos de convencionalidad, lo que ha contribuido -como ya observamos- al desarrollo de un sistema de control inédito:

²³ Consejo Constitucional francés decisión nº 71-44 DC de 16 de julio de 1971.

²⁴ Sobre la definición de estos principios el *Conseil Constitutionnel* goza prácticamente de una libertad total para su descubrimiento y su consagración.

²⁵ Consejo Constitucional francés, decisión nº 74-54 DC de 15 de enero de 1975.

un control de convencionalidad de tipo difuso que convive con un control de constitucionalidad concentrado.

En cuanto al DUE el panorama es más complejo: la doctrina se refiere a un estado de confusión extrema, que hace necesaria una aproximación más racional (RIDEAU, 2009: p. 602). Centrándonos en el derecho derivado de la UE, el *Conseil Constitutionnel* se ha reservado, en el control *a priori*, el derecho de censurar una ley de transposición de una directiva comunitaria en el caso de ser “manifiestamente incompatible” con la directiva.²⁶ Sin embargo, este control -que consiste en erigir una directiva comunitaria como norma de referencia para censurar la constitucionalidad de una ley nacional-, es limitado. Ello se debe a tres razones: en primer lugar, no todas las normas del derecho derivado de la UE se convierten en norma de referencia para el control de leyes nacionales que las transponen ya que el *Conseil Constitutionnel* únicamente reconoce este valor a las directivas comunitarias.²⁷ En segundo lugar, el *Conseil Constitutionnel* se ciñe a censurar una “incompatibilidad manifiesta” con las mismas, en el caso de meras dudas declara la conformidad y deja al juez ordinario la labor de plantear, en su caso, una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. En tercer lugar, en el supuesto hipotético de que el objetivo de la directiva en cuestión fuese contrario a la identidad constitucional francesa²⁸ -es decir a reglas inherentes al orden constitucional francés²⁹-, el *Conseil Constitutionnel* se abstendría de utilizarla como norma de referencia (recuperando entonces su competencia para censurar la ley de transposición). El significado último de esta construcción es que el *Conseil Constitutionnel* no controla la conformidad con la Constitución de la ley que transpone una directiva (a menos que tuviera objetivos contrarios a las reglas inherentes del orden constitucional francés) sino que sólo controla su conformidad con la directiva.

²⁶ Consejo Constitucional francés, decisión nº 2006-535 DC de 30 de marzo de 2006, y decisión nº 2006-543 DC de 30 de noviembre de 2006. La obligación de transponer una directiva al derecho interno resultaría de una “exigencia constitucional” que se deduciría del artículo 88-1 (constitución francesa) fórmula constitucional habilitante. La doctrina se refiere a este tipo de control como un “control diferencial [*dérivé*]” (CHARPY, 2009/3, p. 797).

²⁷ El artículo 268.1 (TFUE) establece que: “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes”.

²⁸ Cfr. Consejo Constitucional francés, decisión nº 2004-496 DC de 10 de junio 2004.

²⁹ Consejo Constitucional francés, decisión nº 2006-540 DC de 27 de julio 2006.

De lo dicho hasta aquí se desprende que el DUE -incluida la CDFUE- con las salvedades expuestas (se limita a las leyes que tienen por objeto transponer las directivas comunitarias), quedarían fuera de los parámetros de control pues no integran el bloque de constitucionalidad. El *Conseil Constitutionnel*, además, ha excluido expresamente la posibilidad de que la exigencia constitucional relativa a la transposición de las directivas (art. 88-1 constitución francesa) sea un derecho garantizado por la QPC.³⁰

Sin embargo, ¿qué ocurriría cuando derechos reconocidos por el DUE tienen un contenido convergente con los reconocidos por el bloque de constitucionalidad? La referencia del artículo 61-1 (constitución francesa) a los "derechos y las libertades que garantiza la Constitución" suscita incertidumbres por la ausencia de un catálogo de derechos en la propia Constitución y la existencia de un bloque de constitucionalidad cuyo contenido no está claramente determinado.

Una parte de la doctrina se ha manifestado -al interpretar el artículo 88-1 (constitución francesa)- favorable al uso del DUE como parámetro del control de constitucionalidad. Picard, por caso, considera que este artículo permitiría al *Conseil Constitutionnel* verificar la constitucionalidad de las leyes considerando ahora que el DUE, en su conjunto, "ya no constituye un derecho externo al derecho nacional, sino un elemento de este derecho mismo, estando totalmente integrado en él" (PICARD, 1993: p. 52). La competencia del *Conseil Constitutionnel* para controlar la conformidad de todas las leyes con el pertinente DUE se basa en una sólida jurisprudencia comunitaria, al menos en lo que respecta a las normas comunitarias dotadas de "efecto directo" (MAGNON, 2006 (6), p. 5).

Refugiarse dentro del ámbito de competencias no evita el problema del control concurrente: los derechos constitucionales, junto a los derechos reconocidos en la CDFUE, se asemejan a espejos enfrentados que se reflejan recíprocamente. Cualquier intervención sobre un espejo, se muestra automáticamente en el otro. Mantener fuera del problema del control concurrente el alcance dado a la prioridad constitucional francesa, implicaría un gran esfuerzo

³⁰ Consejo Constitucional francés, decisión nº 2010-605 DC de 12 de mayo de 2010.

de abstracción que permitiera defender, una clara diferenciación, entre el control en sede constitucional y el control en sede comunitaria (o bien en sede convencional).

La jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel* tiende a negar lo que denomina la “extensión del derecho constitucional”, al intentar en vano mantener la separación tradicional entre “constitucionalidad y convencionalidad”: ¿cómo se puede defender que una ley, contraria a un tratado internacional, entra en el ámbito de aplicación del artículo 55 (constitución francesa), pudiendo por ende ser objeto de control de convencionalidad? El *Conseil Constitutionnel* ejerce un control de convencionalidad “disfrazado de control de constitucionalidad” (GREWE, 2014/4: pp. 968-969)

Con la QPC, el legislador francés obliga al juez de fondo, sea judicial o administrativo, a plantear, con “carácter preferente a cualquier otro procedimiento”, un incidente procesal ante el *Conseil Constitutionnel* cuando existan dudas sobre la compatibilidad entre una disposición legislativa francesa y los derechos y libertades garantizados por la Constitución. Si se diera el caso de que la ley infringe tanto los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución como los reconocidos en el Derecho Internacional o el DUE, el juez de fondo “está, en principio, obligado a dar prioridad al reenvío ante el Consejo Constitucional” (SARMIENTO, 2011: p. 99).

Por otra parte, la noción misma de “prioridad” es confusa: ¿se trata de una consagración indirecta de la primacía de la Constitución sobre los compromisos internacionales de Francia, o sólo de una prioridad procesal, análoga a la que lleva a cualquier juez a examinar “con carácter prioritario” los medios de admisibilidad y “luego” los fundamentos de fondo, sin que este orden cronológico implique una superioridad de la admisibilidad sobre el fondo? (SIMON & RIGAUX, 2010, pp. 63-88).

El *Conseil Constitutionnel*, en ocasión de ejercer el control previo de constitucionalidad de la Ley orgánica nº 2009-1523, sostuvo que el legislador ordinario consideró “*garantizar el cumplimiento de la Constitución y recordar su lugar en la cúpula del ordenamiento jurídico interno*”. Dejando en claro, que la prioridad constitucional, tiene “como único efecto imponer, en cualquier caso, el orden de examen de las causas sometidas ante la jurisdicción a la que se

recurre”. Por tanto, “*no restringe la competencia de esta última*, tras haber aplicado las disposiciones relativas a la cuestión prioritaria de constitucionalidad, de velar por el respeto y la superioridad sobre las leyes de los tratados y acuerdos legalmente ratificados o aprobados y de las normas de la Unión Europea”. En opinión del *Conseil Constitutionnel*, la normativa bajo escrutinio constitucional no incumple ni el artículo 55 ni el artículo 88-1 (ambos de la constitución francesa).³¹ En sentido similar se expidió el Consejo de Estado francés.³²

Este recorrido interpretativo del juez constitucional francés, ante las dudas expuestas por la Corte de Casación³³, será avalado con algunos condicionamientos por el Tribunal de Justicia en el asunto *Melki y Abdeli* (2010)³⁴ al momento de establecer los parámetros para la conformidad de la QPC con el DUE (ver *infra* 5).

El problema del control concurrente, plantea el mismo inconveniente que encontrar la salida en un laberinto borgeano. Se mantiene irresoluble ante la existencia de circuitos interpretativos multidireccionales -característicos de la protección multinivel- que reconocen diversas terminales. La QPC tal cual fue regulada por la Ley orgánica nº 2009-1523 -estableciendo la prioridad constitucional en el tiempo- está pensada para circuitos interpretativos unidireccionales que, por tanto, reconocen solo una terminal (en este caso el *Conseil Constitutionnel*). Se trata, en este sentido, de una técnica destinada a “garantizar la salvaguardia general del orden constitucional” (SANTOLINI, 2013/1: p. 96).

En la defensa de la prioridad constitucional, se manifiestan las críticas de parte de la doctrina francesa a la “reconfiguración” que de la QPC moldearan los jueces de Luxemburgo y que, “pacíficamente”, aceptarán las máximas instancias jurisdiccionales: “la QPC debe ahora sacrificarse sobre el altar europeo bajo la acción conjunta del Consejo de Estado, el Consejo Constitucional y la Corte de

³¹ Consejo Constitucional francés, decisión de 3 de diciembre de 2009, nº 2009-595 DC, apartado 14.

³² Consejo de Estado francés, resolución nº 312305 de 14 de mayo de 2010 (Véase LIEBER, BOTTEGHI Y DAUMAS, 2010: pp. 101-120).

³³ Corte de Casación francesa, sentencias de 16 de abril de 2010, *Aziz Melki y Sélim Abdeli* [nº 10-40001 y nº 10-40002].

³⁴ STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [ECLI:EU:C:2010:363].

Casación”. La “constitucionalidad prioritaria [*constitutionnalité prioritaire*]” se ha esfumado; sin anteponerse a su competidor “comunitario [*communautaire*]” la QPC que ya no es la primera sino, en el mejor de los casos, es igual [*égale*] a la cuestión prejudicial de la UE (GAÏA, 2014/4: pp. 926-927).

Dado que el juez *a quo* también puede entender directamente en las vías incidentales relacionadas con la no convencionalidad de una disposición legislativa, nace el “riesgo de competición” entre la cuestión de convencionalidad y la de constitucionalidad, en particular en lo que respecta a los catálogos de derechos y libertades fundamentales que se superponen en gran medida. La lógica de la jerarquía de normas exige que se aborde la cuestión de constitucionalidad antes de examinar la de convencionalidad: por tanto, la prioridad se comprende fácilmente y, además, en sentido estricto, no existe competencia entre las dos formas de control, ya que “pueden ejercerse” sucesivamente. La dificultad surge del hecho de que el juez *a quo*, tiene respecto al control de convencionalidad, un poder que no tiene en cuanto al control de constitucionalidad ya que “él mismo puede pronunciarse sobre la denuncia de no convencionalidad”. A priori, “es tentador resolver el problema usted mismo en lugar de que otro juez lo resuelva. Al obligar al juez *a quo* a pronunciarse principalmente sobre la cuestión de constitucionalidad, la ley orgánica quería, por tanto, interrumpir dicho debate e imponer por escrito un orden para el tratamiento de las cuestiones que, desde el punto de vista jurídico, ya estaba establecido” (PHILIPPE, 2010/2: p. 282).

IV. Italia: el camino señalado por la *Corte costituzionale*

En su sentencia *nº 269/2017*, los jueces con sede en el *Palazzo della Consulta*, se adentran en un *obiter dictum* en el debate sobre la prioridad en el tiempo de la cuestión de constitucionalidad.³⁵ Intervienen, de este modo, en el orden de prioridad de las cuestiones de doble prejudicialidad en el caso de dudas en la compatibilidad del Derecho interno con la CDFUE (LO CALZO, 2021: p. 112).

Se debe recordar que, en su histórica sentencia *nº 170/1984 (Granital)*, la *Consulta* había establecido expresamente a favor del juez ordinario la posibilidad de “no aplicación” del Derecho nacional contrario al entonces Derecho

³⁵ SCC italiana nº 269 de 7 de noviembre de 2017.

comunitario –hoy DUE- de naturaleza “directamente aplicable” (cfr. art. 288.2, TFUE)³⁶ relevante para el caso.³⁷ Estaba claro entonces, para el juez ordinario, la importancia y la preminencia de la cuestión prejudicial como instrumento privilegiado de diálogo con el Tribunal de Justicia.³⁸ A la vez que la *Corte costituzionale* se “auto-excluía”³⁹, en tal caso, del debate sobre la validez jurídica.⁴⁰ Esta postura llevó a un aislamiento y marginación de la misma Corte en temas de relevancia como la interpretación del sistema constitucional de derechos y explica, en parte, la introducción jurisprudencial de la prioridad constitucional (COMAZZETTO, 2018: p. 10). La “revolución jurisprudencial” que genera la sentencia *nº 269/2017* ha transformado los equilibrios precedentes, permitiendo superar aquella rígida separación de ámbitos y de funciones (REPETTO, 2019).

La sentencia *nº 170/1984* construye la relación entre los dos sistemas - constitucional y comunitario (hoy UE)- de acuerdo con el principio de que “donde un sistema se expande, el otro se contrae”. Es probable que esta jurisprudencia se basara en la premisa de que las Instituciones europeas ostentan competencias limitadas, además no existía entonces una Carta de derechos. En la actualidad -de mantenerse la jurisprudencia *Granital-*, se corre el riesgo con la entrada en vigor de la CDFUE -y de confirmarse su vocación expansiva-, de “dejar fuera de todas las controversias sobre derechos fundamentales a la *Corte costituzionale*”. Por ello, esta jurisprudencia hoy podría llegar a crear “efectos

³⁶ La norma citada dice: “El reglamento tendrá un alcance general. *Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro*”. Sin resaltar en el original.

³⁷ SCC italiana nº 170 de 5 de junio de 1984, considerando en derecho punto 5. En caso de que la norma comunitaria no fuera reconocida como “directamente aplicable” el juez ordinario debía plantear la cuestión de constitucionalidad.

³⁸ Italia registra uno de los crecimientos exponenciales más significativos en la presentación de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia: conforme a datos hasta 2020 se ubica en segundo lugar -después de Alemania- con 1.627 presentaciones con un pico de 70 en 1996 y 2019. De este total de 1.627, 1.224 corresponden a órganos jurisdiccionales distintos al Consejo de Estado (225), la Corte de Casación (173) y la misma CC (5).

³⁹ Véase entre otras la SCC italiana nº 13 de 16 de marzo de 1960 donde se afirma que se debe rechazar la opinión de que la *Corte Costituzionale* pueda ser incluida entre los “órganos jurisdiccionales nacionales” reconocidos por los tratados fundacionales para presentar cuestiones prejudiciales.

⁴⁰ Esta especie de auto-exclusión de la *Corte Costituzionale* llegó a su fin solo recientemente con la presentación de su primera cuestión prejudicial a partir de un proceso por *vía principal* (SCC italiana nº 102 de 13 de febrero de 2008 y la consiguiente ordenanza nº 103 de 13 de febrero de 2008). Extendiéndose luego al procedimiento por *vía incidental* (CC italiana ordenanza nº 207 de 18 de julio de 2013 y nº 24 de 26 de enero de 2017, esta última referida a la *saga Taricco*).

perversos” porque plantea el problema de absorber cualquier controversia sobre derechos fundamentales como una disputa de derecho europeo (ZAGREBELSKY, 2002: pp. 531-539).

Esta situación fue también resaltada por Lattanzi -entonces presidente de la *Consulta*-, al sostener que la falta de aplicación de la ley nacional por parte de los jueces comunes, a causa de su incompatibilidad con el DUE, podría sustraer a la *Corte costituzionale* del conocimiento de marcos regulatorios opuestos no solo al artículo 11 y 117.1 (constitución italiana)⁴¹, sino con relación a otros artículos de la Constitución. Un efecto de estas características, en particular en materia de los derechos y libertades de la persona, “no aparece plenamente conciliable con el rol de guardián judicial de la Constitución propio de la *Corte costituzionale*”.⁴²

El objetivo perseguido con la sentencia n° 269/2017 fue, por tanto, poner fin al fenómeno del “«*traboccamento*» della Carta” ya que es potencialmente capaz de equiparar la facultad de inaplicación de los jueces ordinarios con una suerte de control generalizado de la constitucionalidad (PELLEGRINI, 2021: p. 129).

El debate sobre la prioridad constitucional de frente a la doble prejudicialidad, es solo el síntoma, el epifenómeno de una cuestión más profunda, y quizás de la cuestión fundamental que debe enfrentar cada ordenamiento jurídico. Ello, en efecto, tiene que ver con la necesidad de responder a una pregunta crucial: “*chi «chiude» il sistema? Chi ha «diritto all’ultima parola» nelle decisioni fondamentali che riguardano la vita della collettività?*” (MASSA PINTO, 2020: p. 327).

⁴¹ Ambas normas actúan en Italia como fórmulas constitucionales habilitantes. El artículo 11 dice: “Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos y como medio de solución de las controversias internacionales; *accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones, y promueve y apoya a las organizaciones internacionales encaminadas a este fin*”. Mientras que el artículo 117.1 dice: “El poder legislativo es ejercido por el Estado y por las Regiones *dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los acuerdos internacionales*”. Este último artículo actúa también como fórmula constitucional puente en relación al CEDH en tanto DIDH. Sin resaltar en ambos casos.

⁴² Cfr. “Relación anual sobre la actividad desarrollada en 2018” a cargo del Presidente Giorgio Lattanzi, 21-3-2019 (MASSA PINTO, 2020: p. 327).

La experiencia italiana se asimila -en el sentido anterior- a la francesa en la necesidad de reorientar el sistema de derechos hacia la Constitución, o bien reubicar a la misma en el centro de gravedad del ordenamiento jurídico nacional. La *Consulta* llama la atención en la sentencia *nº 269/2017* sobre las “*trasformazioni*” ocurridas en las relaciones interordinamentales entre el DUE y el Derecho estatal a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009). Particularmente, con el reconocimiento de “*effetti giuridici vincolanti*” a la CDFUE equiparándola de este modo al Derecho primario de la UE. La *Corte costituzionale* se refiere a la doble prejudicialidad como los casos en que una ley es objeto de dudas de ilegitimidad, tanto en referencia a los derechos protegidos por la Constitución italiana como en relación a los garantizados por la CDFUE. De frente a esta situación, “debe ser elevada [a la *Consulta*] la cuestión de la legitimidad constitucional, dejando a salvo el recurso a la cuestión prejudicial para cuestiones de interpretación o nulidad del Derecho de la UE, de conformidad con el art. 267 del TFUE”.⁴³

En la sentencia *nº 20/2019*, los mismos jueces constitucionales precisan sus afirmaciones.⁴⁴ Retoman la argumentación de la sentencia *nº 269/2017* respecto a que la CDFUE, “constituye parte del [DUE] dotada de características peculiares en razón de su *contenuto de impronta típicamente costituzionale*”⁴⁵. Los principios y los derechos contenidos en la CDFUE, por lo tanto, “se entrecruzan en gran medida con los principios y derechos garantizados por la Constitución”. De esta particular circunstancia surge la posibilidad de que, la lesión a un derecho, pueda constituir al mismo tiempo una violación tanto de la propia Constitución como de la CDFUE. Dado este escenario, se reconoce que “la violación de los derechos de la persona postulan la necesidad de una intervención *erga omnes* de esta Corte [Constitucional]”.⁴⁶ Por lo tanto, debe

⁴³ SCC italiana nº 269 de 7 de noviembre de 2017, considerandos en derecho, punto 5.2.

⁴⁴ La sentencia nº 269 de 2017 dejaba sin respuesta numerosas cuestiones interpretativas con capacidad de obstaculizar las relaciones entre el derecho nacional y el DUE. Por caso, la trascendental cuestión de si debe reconocérsele a la prioridad constitucional el efecto de bloquear o limitar el recurso del juez ordinario a plantear la cuestión prejudicial en favor del previo juicio de constitucionalidad.

⁴⁵ Expresión que se encuentra ya en la SCC italiana nº 269 de 7 de noviembre de 2017, considerandos en derecho, punto 5.2. Sin resaltar en el original.

⁴⁶ La doctrina italiana debate si de esta afirmación debiera inferirse la opción de la *Corte costituzionale* por la *precedencia obbligatoria* de la cuestión de legitimidad constitucional respecto

preservarse el “principio que coloca al control concentrado de constitucionalidad de las leyes *como fundamento de la arquitectura constitucional* (cfr. art. 134, constitución italiana⁴⁷)”.⁴⁸

Calificada la CDFUE desde una óptica “axiológica-substancial como una «Constitución» concurrente o potencialmente alternativa a aquella nacional”, era en efecto inevitable que la potencialidad de la CDFUE de desplegar su eficacia directa ocasionara problemas de convivencia con el control concentrado de constitucionalidad, que excluye, en principio, “la directa aplicación judicial de las normas de rango constitucional” (SCACCIA, 2020: p. 317).

La *Corte costituzionale* respondió en la sentencia *nº 20/2019* reiterando la doctrina de la sentencia *nº 269/2017*, pero añadiendo valiosas puntualizaciones. Reclama que los jueces, en caso de que una misma normativa suponga una violación conjunta de la Constitución y de la CDFUE, recurran, en primer lugar, a la jurisdicción constitucional: “sea como fuere, no impone dicha solución, sino que, más bien, se dirige a los jueces en términos de «oportunidad»; con su habitual tono «diplomático y cortés», el Constitucional deja la elección al juez, que habrá de dar prioridad al control de constitucionalidad solo en el caso de estar convencido de la verdadera utilidad de este «orden de aparición en la escena»”. La *Consulta*, “revisa parcialmente su declaración anterior, especificando que el juez puede someter al Tribunal de Justicia «sobre la misma normativa, cualquier prejudicial que considere necesaria», negando cualquier impedimento que pueda derivarse del previo planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad” (ROMBOLI R., 2020: pp. 321-322).

La “primera palabra” a cargo de la *Corte costituzionale* afirma ésta, se encuentra justificada entonces, “por el rango constitucional de la cuestión y los derechos en juego”. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de que el juez ordinario

de la cuestión prejudicial (véase, entre otros, COMAZZETTO, 24/2018; TEGA, 2018); y SCACCIA, 2018).

⁴⁷ La norma citada dice: “El Tribunal Constitucional *juzgará: sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de Ley, del Estado y de las Regiones; sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí; sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República, conforme a las normas de la Constitución*”. Sin resaltar en el original.

⁴⁸ SCC italiana nº 20 de 21 de febrero de 2019, considerandos en derecho punto 2.1. Sin resaltar en el original. Se ha señalado que esta sentencia contiene dos innovaciones principales en contraste con la sentencia nº 269 de 2017: el reforzamiento del sistema nacional de control concentrado de constitucionalidad por vía de la cuestión de constitucionalidad y la expansión del ámbito de actuación de la cuestión prejudicial (CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, 2020: p. 30).

pueda plantear la cuestión prejudicial que considere necesaria ante el Tribunal de Justicia. La “superveniencia” de las garantías aportadas por la CDFUE respecto de aquellas de la constitución italiana “genera una concurrencia de remedios jurisdiccionales, enriqueciendo los instrumentos de tutela de los derechos fundamentales y, por definición, excluye cualquier preclusión”.⁴⁹ Estas consideraciones fueron ratificadas hasta el presente.⁵⁰

Bin interpreta que la sentencia *nº 269/2017* no prescribe al juez ordinario una “precedencia absoluta” de la cuestión de constitucionalidad en casos de doble prejudicialidad. Defiende la doctrina que surge de la misma señalando que, no se trata solo del “deseo” de la *Corte costituzionale* de preservar un rol que le es propio. También se trata de atender a los fundamentos del sistema de fuentes y a las premisas de la certeza del derecho, dos presupuestos que sostienen el estado de derecho y que se encontrarían amenazados por el “fuerza expansionista [*spinte espansionistiche*]” de los jueces de Luxemburgo (BIN, 2020).

Si con la sentencia *nº 20/2019* la *Corte costituzionale* había acotado y reducido los efectos de la sentencia *nº 269/2017* -afirmando que el juez puede plantear una cuestión ante el Tribunal de Justicia incluso después de la sentencia constitucional y por las mismas razones examinadas en ella-, con la sentencia *nº 63/2019* estos efectos “han sido definitivamente eliminados, a través del reconocimiento explícito de la posibilidad del juez de inaplicar la norma nacional que haya resistido al control de constitucionalidad” (ROMBOLI, 2020: p. 322).

En este contexto, el pronunciamiento prioritario de la *Consulta* funcionaría como un “sistema de alarma” para el Tribunal de Justicia. Es preferible reconocer a los jueces constitucionales el derecho a la “primera palabra”; reconocerle la “última palabra” significaría admitir la generación de un conflicto que, en el primer caso, podría evitarse (MASSA PINTO, 2020: p. 335). La idea que, en un sistema “en red”, la primera palabra es tendencialmente más importante que la última está progresivamente tomando relevancia. En este sentido, el debate sobre la prioridad en casos de doble prejudicialidad, es emblemático (LUPO, 2019: p. 24).

⁴⁹ SCC italiana nº 20 de 21 de febrero de 2019, considerandos en derecho punto 2.3.

⁵⁰ Entre otras, SCC italiana nº 63 de 21 de marzo de 2019; nº 112 de 10 de mayo de 2019; Auto nº 117 de 10 de mayo de 2019; nº 11 de 5 de febrero de 2020; nº 44 de 9 de marzo de 2020; y nº 67 de 11 de marzo de 2022.

Con el objetivo de garantizar una tutela uniforme de los derechos en estos casos, el juez constitucional se atribuiría “un generalizado *jus primi verbi*”. Lo argumentado permitiría concluir en que, la falta de respeto a la prioridad constitucional desestabilizaría [*scardinerebbe*] el sistema de control de constitucional concentrado vigente en Italia. La cuestión prejudicial, ante el Tribunal de Justicia, sería posible entonces *a posteriori* que el juicio de constitucionalidad concluyera con un pronunciamiento que mantuviera en vigor la norma nacional. En definitiva, se podría decir que, la prioridad de la cuestión de constitucionalidad: a) no debe ser considerada obligatoria para los jueces comunes sino “*fortemente opportuna*”, y b) entendida de este modo no colisiona con el DUE según lo interpretan en Luxemburgo (CATALANO, 2019: pp. 20-26).

La *Corte costituzionale*, escribe Ruggeri, “deja entender” que en cada caso que se trate de “una denuncia de violación conjunta de normas supranacionales [DUE] y de normas constitucionales, la precedencia será dada a la verificación del respeto de las segundas y solo «eventualmente» también a las primeras”. Es evidente la razón de esta precedencia: “busca de evitar –por lo menos hasta donde es posible- de confrontar con la jurisprudencia supranacional, al mismo tiempo que reafirma la centralidad de los parámetros constitucionales y, con ello, *la reserva a sí misma de la competencia de dar en última instancia la interpretación y la salvaguarda*” (RUGGERI, 2019.b: pp. 116-117).

No debe considerarse excesivamente extraño, aunque quizás no del todo predecible, que la *Corte costituzionale* haya aprovechado la ocasión para dar a los jueces indicaciones de cómo enfrentar los casos de doble prejudicialidad, “reaccionando así a la propia marginación en la materia” (CATALANO, 2019: p. 8).

Las palabras de la *Consulta* tienen como destinatario a los jueces ordinarios a quienes viene recordada la imposibilidad, en el sistema italiano, de ejercitar a través de la no aplicación de normas nacionales opuestas a la CDFUE, un control de constitucionalidad *difuso* de las leyes. La sentencia *nº 269/2017* se expresan en este sentido: si el juez ordinario no aplica una norma nacional en conflicto con la CDFUE y con la Constitución, esta desaplicación se convierte

“inevitablemente en una suerte de inadmisibile control difuso de constitucionalidad de las leyes”.⁵¹

Llegados a este punto, se pregunta Leone, si las dudas sobre el orden de prelación entre las dos cuestiones prejudiciales no ha dado paso ahora a una cuestión más amplia y significativa: si a la luz de los “ajustes” a la sentencia *nº 269/2017*, el juez común no sólo está en condiciones de elegir cuándo acudir a la *Corte costituzionale* y cuándo ante el Tribunal de Justicia, sino incluso si se debe recurrir a la *Consulta* o eventualmente solo ante los jueces de Luxemburgo. Ello equivaldría a decir, sin embargo, que el juez constitucional ha querido dar a los tribunales total discrecionalidad para decidir si “explotar” la nueva opción ofrecida por la sentencia *nº 269/2017*, o comportarse conforme al antiguo régimen derivado de la jurisprudencia *Granital*. En este último caso, por lo tanto, incluso en presencia de una disposición del DUE que garantiza un derecho también protegido por la Constitución italiana, el juez común estaría en condiciones de solicitar únicamente la interpretación del Tribunal de Justicia y posiblemente basarse en ella para una inaplicación de la legislación nacional, lo dicho sin tener que involucrar a los jueces constitucionales. Un razonamiento de este tipo “no puede sino dejar a uno perplejo”. Si bien es cierto que en la sentencia *nº 20/2019* se utilizó la expresión “oportunidad”, también es cierto que la elección de la prioridad no puede pasar por alto el hecho que ha sido reconocida con una fuerte referencia al principio “que sitúa al control concentrado de legitimidad constitucional en la base de la arquitectura constitucional” (LEONE, 2019: pp. 656-657).

Barbera ya había adelantado esta postura de los jueces constitucionales italianos al defender que, en su opinión, no siempre y necesariamente se puede anteponer la “prioridad lógico-jurídica” en relación con el DUE. Más aún, cuando es jurisprudencia constante en Italia que, corresponde a la *Corte costituzionale*, decidir el orden de tratamiento de las cuestiones sometidas a su jurisdicción (BARBERA, 2018-1: p. 167).

La doctrina expuesta por la *Consulta* en materia de prioridad constitucional, no evita proyectar conos de sombra sobre la necesaria

⁵¹ SCC italiana nº 269 de 7 de noviembre de 2017, consideraciones en derecho punto 5.3.

articulación interordinamental si se la contrasta con la jurisprudencia de los jueces de Luxemburgo (BIN, 2020). Fue concebida -al igual que la QPC francesa- para transitar circuitos interpretativos unidireccionales con terminal en el juez constitucional.

¿Qué ocurriría, por ejemplo, si la *Corte costituzionale* debiera ser llamada a pronunciarse en primer lugar y rechazara la cuestión de constitucionalidad presentada, mientras que el Tribunal de Justicia –sucesivamente interpelado- dejara entender que subsiste una violación del DUE? En esta coyuntura, no está claro –escribe Ruggeri- desde el punto de vista de la *Consulta*, si el juez igualmente “pueda” (del punto de vista de los jueces de Luxemburgo, “debe”), “desaplicar la norma interna contraria a una norma eurounitaria *self executing* o se verá obligado a investir nuevamente a la [*Corte costituzionale*] de la cuestión de constitucionalidad, no operando la consiguiente preclusión que ordinariamente sigue a una decisión de rechazo de la misma Corte” (RUGGERI, 2019.a: p. 118).

La *Corte costituzionale* intenta volver a constituirse en el *centro* del sistema de tutela de los derechos (RUGGERI, 2019.b, p. 164). Dicho de otro modo, el *giudice delle leggi* tiende a excluir que el *giudice comune* pueda considerarse habilitado a establecer *motu proprio* la desaplicación de la norma interna sin “*chiamare in campo la Consulta*” (RUGGERI, 2018.b: p. 559).⁵²

La aproximación de la jurisprudencia constitucional italiana a la cuestión de la doble prejudicialidad, en definitiva, denota un intento por mantener, en tanto sea posible, el equilibrio en las relaciones entre las Cortes y el respeto de sus respectivos roles. En particular, en la parte que refiere a que la intervención prioritaria de la *Corte costituzionale* no implica nunca la preclusión del acceso prejudicial al juez de Luxemburgo. Sin embargo, la misma *Corte costituzionale* en el fondo, parece todavía moverse hacia la conservación de su propio rol como garante del control concentrado de constitucionalidad. De frente al peligro de una “fuga hacia Europa” o hacia los jueces ordinarios de las cuestiones concernientes a la tutela de los derechos fundamentales, la *Consulta* -en el mismo rumbo que el *Conseil Constitutionnel*- “se afirma como juez prioritario ya

⁵² Recordemos que Italia es el segundo Estado miembro de la UE que más cuestiones prejudiciales ha planteado hasta el 2020 (1.627), sólo detrás de Alemania (2.780).

sea de la legitimidad constitucional como del respeto de la CDFUE” (Lo CALZO, 2021: p. 116).

El principio de primacía del DUE, se lee en la sentencia *nº 67/2022*, constituye “la piedra angular (*l’architrave*) sobre la que descansa la comunidad de Cortes nacionales, enlazadas por derechos y obligaciones convergentes. Esta Corte ha afirmado reiteradamente este principio, valorando sus efectos propulsores sobre el ordenamiento jurídico interno italiano. En este sistema, el control centralizado de constitucionalidad, configurado por el artículo 134 de la Constitución, *no es una alternativa a un mecanismo generalizado de aplicación del Derecho europeo, sino que fluye con él en la construcción de tutelas cada vez más integradas*”.⁵³

La *Consulta* -según Zanon- ciertamente ha reivindicado la posibilidad de expresar, en cuestiones que implican un posible impacto sobre los derechos fundamentales, y que a menudo requieren evaluaciones de ponderación complejas (*complesse valutazioni di bilanciamento*), la “primera palabra” justificada por el estatus constitucional de la cuestión y los derechos en juego (cfr. sentencia *nº 20/2019*). Pero, además, para tener así también la oportunidad de contribuir, por su parte, a hacer posible que los correspondientes derechos fundamentales se interpretan en armonía con las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (cfr. art. 52.4, CDFUE) como fuente también relevante. De hecho, “expresar la «primera palabra» no significa necesariamente pretender cerrar la discusión; sólo manifiesta el deseo de querer participar en ella” (ZANON N., 2022 p. 9).

V. La respuesta de los jueces de Luxemburgo a la prioridad constitucional: no es posible condicionar en el tiempo la cuestión prejudicial sin violar el DUE

La aprobación en Francia de la QPC dejó en evidencia muchos de los problemas del control concurrente de frente a sistemas de derechos convergentes. La voz de los jueces de Luxemburgo no se demoró en sumarse

⁵³ SCCI *nº 67* de 11 de marzo de 2022, considerandos en derecho, punto 11. Sin resaltar en el original.

al debate con su intervención en el ya citado asunto *Melki y Abdeli* (2010).⁵⁴ Las circunstancias que rodearon a los hechos de este caso lo convierten, en sí mismo, en un claro ejemplo de funcionalidad del diálogo entre jueces en un escenario de protección multinivel y de circuitos interpretativos multidireccionales que lo caracteriza.

En dicho diálogo, el *Conseil Constitutionnel*, la Corte de Casación, el Consejo de Estado, el Tribunal de Justicia, y hasta el legislador orgánico francés⁵⁵ privilegiaron la búsqueda de consensos dialógicos.

El Tribunal de Justicia utilizó “dos vectores como base de su planteamiento: el diálogo constructivo y el diálogo forzoso”. En lo que se refiere al primero, se manifiesta “la preocupación por aportar una solución conciliadora y fruto de un discurso plural”. En cuanto al segundo, consciente de las consecuencias que acarrea la conformidad de la QPC con el artículo 267 (TFUE), “añade un supuesto en el que la cuestión prejudicial aparece como prioritaria respecto de la QPC”. Tal supuesto se produce cuando el juez de fondo se enfrenta a una ley nacional que transpone normas imperativas de una directiva. En este caso, es evidente que una aplicación estricta de la QPC llevaría al *Conseil Constitutionnel* a realizar un control indirecto de la validez de la directiva, algo que corresponde “exclusivamente” al Tribunal de Justicia (SARMIENTO, 2011: pp. 106-107).

⁵⁴ STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [ECLI:EU:C:2010:363]. La cuestión prejudicial se presenta en el marco de dos procedimientos tramitados respectivamente contra los Sres. Melki y Abdeli, ambos de nacionalidad argelina, tendientes a obtener la prolongación de su internamiento en locales que no dependen de la administración penitenciaria. Ambos en situación irregular en Francia, fueron objeto de un control policial en la zona comprendida entre la frontera terrestre de Francia con Bélgica y una línea cuyo trazado discurre a 20 kilómetros de esa frontera, en aplicación del artículo 78-2, párrafo cuarto, del Código de procedimiento penal. El 23 de marzo de 2010 se dictó respecto a cada uno de ellos una orden gubernativa de expulsión administrativa y una decisión de internamiento.

⁵⁵ Al aprobar la Ley orgánica nº 2010-830 de 22 de julio relativa a la aplicación del artículo 65 de la Constitución francesa derogó el artículo 23-6 de la ordenanza orgánica de 7 de noviembre de 1958 que convertía al Primer Presidente de la Corte de Casación en el destinatario de las QPC. En la actualidad, las distintas salas de esta Corte conocen de las QPC, según su competencia. Esta reforma se interpreta -en el marco de su enfrentamiento con el *Conseil Constitutionnel*- como un castigo a la Corte de Casación por su supuesta postura reacia hacia la QPC (ALCOBERRO LLIVINA, 2011: p. 45, nota al pie 118).

Veamos algunos detalles del diálogo apuntado. La primera en entrar en escena fue la Corte de Casación⁵⁶ al conocer de la QPC en cuestión.⁵⁷ Frente a la opción de plantear una cuestión prejudicial o remitir la QPC al *Conseil Constitutionnel* opta por dirigirse al Tribunal de Justicia.⁵⁸ Teóricamente, en rigor, hubiera podido hacer ambas cosas de una manera *paralela*, pero la Corte de Casación entendía, por un lado, que la “regla de prioridad” a favor del control de constitucionalidad le impedía plantear la cuestión prejudicial antes de remitir la QPC y, por otro lado, que la autoridad de cosa juzgada de las decisiones del *Conseil Constitutionnel* le imposibilitaba plantear la cuestión prejudicial después de que éste hubiera decidido sobre la QPC. Por tanto -interpreta la Corte de Casación- que se encuentra ante la imposibilidad de plantear una cuestión prejudicial o inaplicar una ley contraria al DUE, tanto antes como después de remitir la QPC al *Conseil Constitutionnel*, solución claramente incompatible con las obligaciones impuestas por el artículo 267 (TFUE).

Ante la inminente decisión de la cuestión prejudicial por el Tribunal de Justicia, el *Conseil Constitutionnel* entra en escena aprovechando que los recurrentes en un recurso de inconstitucionalidad *a priori* le habían solicitado controlar la conformidad de una ley con el derecho internacional, apoyándose en la argumentación de la Corte de Casación en la cuestión prejudicial.

La máxima instancia constitucional francesa responde a la Corte de Casación -adelantándose así a la posible decisión del Tribunal de Justicia-, defendiendo expresamente la compatibilidad entre la QPC y el DUE.⁵⁹ Dos días

⁵⁶ La decisión de esta Corte de aprovechar la primera oportunidad que se le presentaba para enjuiciar la compatibilidad de la QPC con el DUE desató una polémica virulenta en la doctrina francesa. Mientras que algunos (MATHIEU, 2010/17: pp. 866-867 y 2010/21: pp. 1077-1080) ya creían que se había desatado “la guerra de los jueces” y criticaron la Corte de Casación por obstaculizar el mecanismo de la QPC y, con ello, la voluntad del constituyente y del legislador orgánico, otros la defendieron o incluso consideraron que era una iniciativa acertada (DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, 2010: pp. 577-587).

⁵⁷ La Corte de Casación había recibido previamente un pedido de inconstitucionalidad. Los Sres. Melki y Abdeli argumentaron que el artículo 78-2, párrafo cuarto, del Código de procedimiento penal francés es contrario a la Constitución, ya que los compromisos de Francia derivados del Tratado de Lisboa tienen rango constitucional en relación con el artículo 88-1 de la Constitución, y que la citada disposición, en cuanto autoriza controles en las fronteras con los demás Estados miembros, es contraria al principio de libre circulación de las personas establecido por el artículo 67 TFUE, apartado 2, que prevé que la UE garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores.

⁵⁸ Corte de Casación francesa, sentencias de 16 de abril de 2010, *Aziz Melki y Sélim Abdeli* [nº 10-40001 y nº 10-40002].

⁵⁹ Consejo Constitucional francés, decisión nº 2010-605 DC de 12 de mayo de 2010.

más tarde -en un evidente acto de apoyo al *Conseil Constitutionnel*-, entra a escena el Consejo de Estado para recordar su papel como juez ordinario de la aplicación del DUE y conformar que la QPC no se opone al planteamiento de la cuestión prejudicial en cualquier momento procesal.⁶⁰

Esta deferencia por parte de las más altas jurisdicciones francesas hacia la primacía del DUE, habría de ser tenida en cuenta por el Tribunal de Justicia en este diálogo entre “*la brute, les bons et le truand*” (MAGNON, 2010/4: pp. 761-791).⁶¹

La respuesta de los jueces de Luxemburgo, calificada de “razonable y equilibrada” (RATTO TRABUCCO, 2010), abre el debate en el ámbito del DUE sobre la “prioridad constitucional” que –como bien señala la Comisión en su intervención-⁶², conduce inmediatamente a la doctrina derivada del asunto *Simmenthal* (1978)⁶³ que se da en el marco de un contencioso entre Luxemburgo y la *Corte costituzionale* (PIZZOLO, 2017). En este caso, el Tribunal de Justicia sienta un principio fundamental en relación al juez nacional como juez de aplicación del DUE: “está obligado a *garantizar la plena eficacia* [del DUE] dejando, si procede, inaplicadas, *por su propia iniciativa*, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o *por cualquier otro procedimiento constitucional*”.⁶⁴ En Luxemburgo recordarán la vigencia y actualidad de sus consideraciones⁶⁵, las cuales han sido objeto de críticas desde la justicia constitucional, reclamándose que las mismas se ajusten a una “*lettura aggiornata*” (BARBERA, 2018-1: p. 161).

La *eficacia* del DUE “se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el juez constitucional pudiese impedir que el juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el [DUE], ejerza la facultad, que le atribuye el

⁶⁰ Consejo de Estado francés resolución de 14 de mayo de 2010, *Rujovic* [nº 312305].

⁶¹ La sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos *Melki y Abdeli* se dicta en 66 días, estableciendo un nuevo record en el marco del procedimiento prejudicial de urgencia.

⁶² STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [EU:C:2010:363], apartados 38-39.

⁶³ STJ de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77 [ECLI:EU:C:1978:49].

⁶⁴ *Idem*, apartado 24. Sin resaltar en el original.

⁶⁵ STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [ECLI:EU:C:2010:363], apartado 43. Con anterioridad a dicha sentencia, STJ de 20 de marzo de 2003, *Kutz-Bauer*, asunto C-187/00 [ECLI:EU:C:2003:168]; STJ de 3 de mayo de 2005, *Berlusconi y otros*, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02 y C-403/02 [ECLI:EU:C:2005:270]; y STJ de 19 de noviembre de 2009, *Filipiak*, asunto C-314/08 [ECLI:EU:C:2009:719].

artículo 267 (TFUE), de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o sobre la validez del [DUE], a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho”.⁶⁶

En el rechazo del Tribunal de Justicia a la interpretación dada por la Corte de Casación a la preferencia constitucional francesa, se deja ver cuál es –desde la óptica del DUE- el límite infranqueable para la pretensión de preminencia de cualquier tipo de cuestión de constitucionalidad: el artículo 267 (TFUE) se *opone* a una legislación nacional que tiene como consecuencia “impedir, tanto antes de la remisión de una cuestión de constitucionalidad como, en su caso, después de la resolución del *Conseil Constitutionnel* sobre esa cuestión”, que los órganos jurisdiccionales nacionales de los diferentes órdenes ejerzan su facultad o cumplan su obligación, de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia.⁶⁷

El carácter prioritario de un procedimiento incidental de control de constitucionalidad de una ley nacional cuyo contenido se limite a adaptar el derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la UE “no puede vulnerar la *competencia exclusiva* del Tribunal de Justicia para declarar la invalidez de un acto de la Unión, y en particular una directiva, competencia cuyo objeto es *garantizar la seguridad jurídica preservando la aplicación uniforme* del [DUE]”.⁶⁸ Esta afirmación defiende otro añejo precedente del Tribunal de Justicia, en este caso en el asunto *Foto-Frost* (1987) donde se sostiene que “los órganos jurisdiccionales nacionales *no son competentes* para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitarias”.⁶⁹

En conclusión, la prioridad constitucional no se opone al DUE, en particular al artículo 267 (TFUE), “*siempre que los demás órganos*

⁶⁶ STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli* (asunto C-188/10 y C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363), apartado 41. Previamente, en el mismo sentido, STJ de 27 de junio de 1991, *Mecanarte*, C 348/89 [ECLI:EU:C:1991:278], apartado 44, y STJ de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, C 210/06 [ECLI:EU:C:2008:723], apartado 88.

⁶⁷ STJ de 22 de junio de 2010, *Melki y Abdeli*, asunto C-188/10 y C-189/10 [ECLI:EU:C:2010:363], apartado 47.

⁶⁸ *Ídem*, apartado 53. Sin resaltar en el original. En el mismo sentido, STJ de 10 de enero de 2006, *IATA y ELFAA*, C-344/04 [ECLI:EU:C:2006:10], apartado 27; y STJ de 18 de julio de 2007, *Lucchini*, C-119/05 [ECLI:EU:C:2007:434], apartado 53.

⁶⁹ STJ de 22 de octubre de 1987, *Foto-Frost*, asunto C-314/85 [ECLI:EU:C:1987:452], apartado 20. Sin resaltar en el original.

jurisdiccionales nacionales sigan estando facultados: [A] para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad, [B] para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y [C] para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al [DUE]".⁷⁰

Tiempo después, en el asunto *A y otros* (2014)⁷¹ el Tribunal de Justicia examina la compatibilidad con el DUE, y en particular con el artículo 267 (TFUE), colocando la lente nuevamente sobre el monopolio del control de constitucionalidad concentrado del derecho nacional a cargo –en este caso- del TC austríaco.

En efecto, el artículo 89, apartados 1 y 2 (constitución austríaca) afirma que, los tribunales ordinarios, no tienen competencia para anular las leyes ordinarias por inconstitucionalidad. En consecuencia, de acuerdo al sistema constitucional austríaco, el *Oberster Gerichtshof* –el más alto tribunal de las jurisdicciones civil y penal- y los tribunales que han de resolver en segunda instancia, están obligados, en caso de duda sobre la constitucionalidad de una ley ordinaria, a solicitar al TC la anulación de la ley ordinaria de que se trate. Por su parte, el artículo 140 (constitución austríaca) dispone que, el TC, es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes ordinarias. La resolución que anule una ley ordinaria por inconstitucionalidad tiene efecto general y vincula a todos los órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas.

El TC en su resolución de 14 de marzo de 2012 (U 466/11) –calificada de ambigua (FARAGUNA, 2014)-, consideró que, el control de constitucionalidad de las leyes nacionales que lleva a cabo en el marco del procedimiento de control

⁷⁰ *Ídem*, apartado 57. Sin resaltar en el original.

⁷¹ STJ de 11 de septiembre de 2014, asunto *A y otros*, C-112/13 [ECLI:EU:C:2014:2195]. La cuestión de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 267 (TFUE) y del artículo 24 del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre A, por una parte, y B y otros, por otra, en relación con una demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por éstos contra A ante los tribunales austríacos.

general de las leyes, en virtud del artículo 140 (constitución austríaca), debía extenderse a las disposiciones de la CDFUE. En el marco de dicho procedimiento, agregó, los derechos garantizados por el CEDH podían invocarse ante él como “derechos de rango constitucional”. Consiguientemente, según el TC, el principio de equivalencia, tal como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, exige que este control general de las leyes comprenda también los derechos garantizados por la CDFUE.⁷²

El Tribunal remitente –el *Oberster Gerichtshof*– sostiene que dicha resolución del juez constitucional tiene como consecuencia que, los tribunales austríacos, carecen de competencia para dejar de aplicar una ley contraria a la CDFUE. Estando, por lo tanto, obligados a solicitar al TC su anulación con carácter general, “sin perjuicio de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia”. Agrega, además, que el TC ha declarado que, en el supuesto en que un derecho garantizado por la constitución austríaca tuviera el mismo ámbito de aplicación que un derecho garantizado por la CDFUE, “no procede” plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en virtud del artículo 267 (TFUE). En este supuesto, la interpretación de la CDFUE no sería pertinente para pronunciarse sobre una solicitud de anulación con carácter general de una ley, sino que la decisión podría adoptarse sobre la base de los derechos garantizados por la propia constitución austríaca.⁷³

La circunstancia de que un derecho garantizado por la constitución austríaca y un derecho basado en la CDFUE tengan el mismo ámbito de aplicación, entiende el Tribunal remitente, no puede dispensar de la obligación de iniciar un procedimiento prejudicial. No cabe excluir que la interpretación de tal derecho fundamental por el TC difiera de la del Tribunal de Justicia y, por tanto, que la resolución de aquél desvirtúe las obligaciones dimanantes del DUE.⁷⁴

La superposición de dos niveles idénticos de tutela –el europeo y el constitucional interno–, era susceptible de conducir a un “cortocircuito ordinamental”, cuando la decisión del TC fuera interpretada como una solución

⁷² STJ de 11 de septiembre de 2014, asunto *A y otros*, C-112/13 [ECLI:EU:C:2014:2195], apartado 24.

⁷³ *Ídem*, apartado 25.

⁷⁴ *Ídem*, apartado 26.

perentoria al notorio problema de la doble prejudicialidad (constitucional y comunitaria) en el sentido de dar prioridad a la cuestión de legitimidad constitucional. Congelando, mientras tanto, la facultad del juez del caso de elevar la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (FARAGUNA, 2014).

En su respuesta, el Tribunal de Justicia, retomando la línea argumental del asunto *Melki y Abdeli* (2010), diciendo en parte de la interpretación que hace el Tribunal remitente de la citada jurisprudencia constitucional y sentencia que: “se desprende que la obligación de presentar [al TC] tal solicitud de anulación con carácter general de las leyes no afecta a la facultad de los tribunales ordinarios para plantear al Tribunal de Justicia (...) toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control de constitucionalidad; para adoptar toda medida de tutela judicial provisional necesaria, y para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, una disposición legislativa nacional contraria al [DUE]”. A este respecto, el TC considera importante –interpreta el Tribunal de Justicia- que éste “no sea privado de la posibilidad de proceder al control de la validez del Derecho derivado de la Unión con respecto al Derecho primario y a la [CDFUE]”.⁷⁵

En efecto, “*la eficacia del [DUE] se vería amenazada si la existencia de un recurso obligatorio ante el juez constitucional pudiese impedir que el juez nacional, al conocer de un litigio regulado por el [DUE], ejerza la facultad, que le atribuye el artículo 267 [TFUE]*”, a fin de poder determinar si una norma nacional resulta o no compatible con dicho Derecho.⁷⁶

A consideraciones similares llega el Tribunal de Justicia en el asunto *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück* (2014)⁷⁷, respecto del sistema alemán de control concentrado de constitucionalidad (cfr. artículo 100, apartado 1, primera frase, Ley Fundamental de Bonn).

El Tribunal remitente, entre otras cuestiones, pregunta acerca de la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia mientras

⁷⁵ STJ de 11 de septiembre de 2014, asunto *A y otros*, C-112/13 [ECLI:EU:C:2014:2195], apartado 32.

⁷⁶ *Ídem*, apartado 38. Sin resaltar en el original.

⁷⁷ STJ DE 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*, asunto C- 5/14 [ECLI:EU:C:2015:354].

está pendiente el procedimiento iniciado ante el TC.⁷⁸ El Tribunal de Justicia responde en línea con las sentencias precedentes.

Refiriéndose en concreto al artículo 100, apartado 1, primera frase (Ley Fundamental de Bonn), los jueces de Luxemburgo despejan cualquier duda sobre la posibilidad de que normas constitucionales puedan *obstaculizar* la procedencia de la cuestión prejudicial ya sea obligando a los jueces ordinarios a presentar la cuestión de constitucionalidad, o bien obligando a los mismos a suspender el proceso mientras ésta tramita, para de esta forma llegar a la declaración de inconstitucionalidad: “la existencia de una norma nacional de Derecho procesal no puede poner en entredicho la facultad que tienen los órganos jurisdiccionales nacionales de plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial cuando, como en el caso de autos, albergan dudas acerca de la interpretación del [DUE]”.⁷⁹

En el asunto *Global Starnet Ltd* (2017) –sentenciado días después de la sentencia nº 269/2017 de la *Corte costituzionale* (RUGGERI, 2018.a: pp. 267-279)–, en una cuestión prejudicial presentada por el Consejo de Estado italiano se pregunta: si el artículo 267, párrafo tercero (TFUE) debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial no está obligado a plantear una cuestión prejudicial de interpretación del DUE si, en el marco del mismo procedimiento nacional, el TC del Estado miembro de que se trate ha apreciado la constitucionalidad de las normas nacionales a la luz de normas de referencia de contenido análogo a las del DUE.⁸⁰

El Tribunal remitente, de frente a la doble prejudicialidad, había dado prioridad a la cuestión de constitucionalidad planteando sus dudas previamente

⁷⁸ El tribunal remitente interpreta el citado artículo 100, apartado 1, primera frase, en el sentido de que *prohíbe* a los tribunales pronunciarse en cuanto al fondo mientras el TC no haya dictado su decisión, pero no prohíbe las peticiones de decisión prejudicial dirigidas al Tribunal de Justicia (Véase STJ DE 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH c. Hauptzollamt Osnabrück*, asunto C- 5/14 [ECLI:EU:C:2015:354], apartado 26). En el mismo sentido, STJ de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, asunto 106/77 [ECLI:EU:C:1978:49], apartado 20.

⁷⁹ *Ídem*, apartado 37. El mismo criterio se utilizó en STJ de 15 de enero de 2013, *Križan* y otros, asunto C 416/10 [ECLI:EU:C:2013:8], apartado 67.

⁸⁰ STJ de 20 de diciembre de 2017, *Global Starnet Ltd*, asunto C-322/16 [ECLI:EU:C:2017:985], apartado 13.

a la *Corte costituzionale*.⁸¹ El gobierno italiano negó la admisibilidad de la cuestión prejudicial. Entre otros argumentos se refirió a que la cuestión es meramente hipotética y, por tanto, inadmisibile, ya que el órgano jurisdiccional remitente “debería haber planteado” a la *Consulta* la cuestión de la eventual incompatibilidad de las normas controvertidas en el litigio principal con el DUE “antes” de plantear tal cuestión al Tribunal de Justicia.⁸² Es decir, cumplir con la doctrina que quedaría plasmada en la citada sentencia n° 269/2017 orientada hacia la prioridad constitucional.

En su respuesta el Tribunal de Justicia recuerda que, dentro del marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 267 TFUE, “corresponde *exclusivamente al juez nacional*, que conoce del litigio y debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia”.⁸³

El hecho de que la *Corte costituzionale* italiana se haya pronunciado acerca de la conformidad de las disposiciones de derecho nacional con las disposiciones de la constitución italiana, según los jueces de Luxemburgo, “no influye en modo alguno en la obligación, establecida en el artículo 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones relativas a la interpretación [del DUE]”.⁸⁴

Estas consideraciones de los jueces de Luxemburgo -escribe Ruggeri al compararlas con la doctrina sobre doble prejudicialidad de la *Corte costituzionale*-, señalan “algunos puntos firmes que parecerían presagiar la apertura de un nuevo frente de guerra entre los dos Tribunales”. Lo que cabría esperar es “una sustancial convergencia entre las dos Cortes”. Se debe escapar

⁸¹ En respuesta a esa cuestión, la *Corte costituzionale* se pronunció acerca de la conformidad de dichas disposiciones, no con el DUE, sino con las disposiciones de la constitución italiana que, según el órgano jurisdiccional remitente, son esencialmente las mismas normas de referencia que los artículos 26 (TFUE), 49 (TFUE), 56 (TFUE) y 63 (TFUE), el artículo 16 (CDFUE) y los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

⁸² STJ de 20 de diciembre de 2017, *Global Starnet Ltd*, asunto C-322/16 [ECLI:EU:C:2017:985], apartados 15-16.

⁸³ *Ídem*, apartado 17. Sin resaltar en el original.

⁸⁴ *Ídem*, apartado 25. Sin resaltar en el original.

-afirma-, al riesgo de llegar a establecer “ordenamientos piramidales” de las Cartas de derecho como de las Cortes que las interpretan. Todos los intérpretes están llamados, en cambio, a participar -a petición de los jueces comunes-, “en un «juego» sin fin y a lograr puntos de equilibrio sobre un plano de relaciones recíprocas basadas en las necesidades generales de los casos, bajo la bandera del «meta principio» de maximizar la protección de los derechos” (RUGGERI, 2018.a: pp. 267-279).

En el asunto *XC, YB, ZA* (2018) -calificado como “*colpi di fioretto*” (RUGGERI, 2018.c: pp. 99-109) del Tribunal de Justicia a la doctrina de la *Corte costituzionale* en materia de doble prejudicialidad- se insiste en que, los órganos jurisdiccionales nacionales, pueden ejercer la facultad de presentar una cuestión prejudicial conforme al artículo 267 (TFUE) “*en cualquier fase del procedimiento que estimen apropiada*”.⁸⁵ Con esta afirmación, se ponen en duda la conformidad con el DUE de la doctrina que postula la *prioridad obligatoria* de la cuestión de constitucionalidad frente a la cuestión prejudicial (SCACCIA, 2018.a; 2018.b & ROMBOLI, 2018).

Más recientemente, en el asunto *Adusbef y otros* (2020), en Luxemburgo repiten que “la eficacia del [DUE] se hallaría amenazada y el efecto útil del artículo 267 TFUE quedaría reducido si, como consecuencia de la existencia de un control de constitucionalidad, se impidiera al juez nacional plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales y dar inmediatamente al [DUE] una aplicación conforme a la resolución o a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.⁸⁶

En su condición de tribunal supremo, el Consejo de Estado italiano, está incluso obligado, de conformidad con el artículo 267.3 (TFUE) a plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial. Por consiguiente, el hecho de que la *Corte costituzionale* se haya pronunciado acerca de la conformidad de la normativa nacional en cuestión en el litigio principal con las disposiciones de la Constitución italiana “no influye en modo alguno en esa obligación de plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones relativas a la

⁸⁵ STJ de 24 de octubre de 2018, *XC, YB, ZA*, asunto C-234/17 [ECLI:EU:C:2018:853], apartado 42.

⁸⁶ STJ de 16 de julio de 2020, *Associazione Difesa Utenti Servizi Bancari Finanziari Postali Assicurativi - Adusbef y otros*, asunto C- 686/18 [ECLI:EU:C:2020:567], apartado 31.

interpretación o la validez del [DUE]”.⁸⁷ A pesar, por tanto, de que el problema es común a muchos sistemas nacionales, e independientemente de la organización constitucional de cada Estado miembro, el Tribunal de Justicia se mantiene firme en el principio según el cual el juez común “debe en todo caso” poder mantener la facultad de respetar la obligación de remitir conforme al art. 267 y dar inmediatamente al DUE una aplicación conforme a la decisión del Tribunal de Justicia, inclusive después de una sentencia del [TC] nacional cualquiera que sea su contenido, desaplicando según el caso la legislación nacional incompatible” (POLI, 2022: p. 197).

Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia escrita en tono crítico, le permite a éste asegurarse la posibilidad siempre abierta -tras el reconocimiento de la posibilidad del planteamiento de una cuestión prejudicial *en cualquier momento* y por *cualquier órgano judicial*-, de ejercer su derecho a la última palabra pero también -en relación a la invalidez del DUE- la primera palabra. Las sentencias dictadas por aquellos TTCC que incluyen la CDFUE como parámetro de control en el ámbito de los derechos y libertades fundamentales, “sólo podrán ser consideradas «firmes» tras el dictado de una Sentencia del Tribunal de Luxemburgo que las ratifique o las contradiga” (ROCA TRÍAS Y GARCÍA COUSO, 2017: p. 536).

VI. La opinión consultiva prevista en el Protocolo nº 16 al CEDH: ¿la triple prejudicialidad?

El 1 de agosto de 2018 entró en vigor el Protocolo nº 16 al CEDH. Su ratificación no es obligatoria por los Estados parte.⁸⁸ Instituye una “verdadera y propia *jurisdicción consultiva y preventiva* de carácter incidental” (LIPARI, 2019).

⁸⁷ Ídem, apartados 32-33.

⁸⁸ Los Estados continuarán insertos en el sistema del CEDH independientemente de que lo ratifiquen o no.

A 2023 lo han ratificado 22 Estados (Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Montenegro, Países Bajos, Macedonia del Norte, República de Moldova, Rumania, San Marino, República Eslovaca, Eslovenia y Ucrania), habiendo sido firmado pero pendiente de ratificación en otros 3 Estados (Italia, Noruega y Turquía). Mientras que 21 Estados no lo han firmado ni ratificado (Alemania, Austria, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Hungría, Islandia, Irlanda, Letonia, Liechtenstein, Malta, Mónaco, Polonia, Portugal, Serbia, España, Suecia, Suiza y Reino Unido).

De su articulado se deduce que persigue dos grandes objetivos. Por un lado, busca mejorar el diálogo judicial. En este sentido, las opiniones consultivas aspiran a contribuir a que los Estados Miembros eviten vulneraciones del CEDH o sus protocolos, así como a indicar su interpretación en el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por otro lado, persigue reducir el número de casos que llegan a Estrasburgo, lo que propiciará una descongestión del TEDH que contribuirá a una más rápida y eficaz tutela de los derechos humanos (SEVILLA DURO, 2020: p. 6).

Denominado como el “protocolo del diálogo”⁸⁹, incorpora una novedosa vía incidental de diálogo en el marco del control de convencionalidad⁹⁰, vía que viene a sumarse a las vías incidentales ya existentes en el marco de los controles de incidentales en aplicación del DUE y en el marco del control de constitucionalidad. Es decir, en los países que integran la UE, su ratificación podría llegar a traducirse en una triple prejudicialidad.

Estas opiniones consultivas, se asemejan claramente a las cuestiones de inconstitucionalidad que se llevan por los órganos judiciales ante los TTCC, o a las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia. Los tres procedimientos “configuran variantes de una misma herramienta procesal. Su naturaleza jurídica es la cuestión prejudicial de carácter devolutivo y suspensivo” (GARCÍA ROCA, 2019, p. 60).

El Protocolo nº 16 suma una nueva terminal -el TEDH- a los circuitos interpretativos multidireccionales que se activan de modo incidental en sede nacional con el objeto de construir un consenso dialógico -que lleve a estándares comunes- en el marco de un sistema europeo multinivel de protección de derechos. Aunque no debe olvidarse, desde el inicio, que se trata de un derecho -el que surge del CEDH- de naturaleza subsidiaria distinto al DUE de naturaleza supranacional caracterizado por su efecto directo. Sin embargo, el contenido cada vez más constitucional de la jurisprudencia de Estrasburgo, acerca al TEDH -y por ende a su autoridad interpretativa- a un TC con competencia continental y al CEDH a una garantía del orden público europeo. Precisamente esta tendencia

⁸⁹ La expresión se le atribuye al antiguo presidente del TEDH Dean Spielmann (LÓPEZ CASTILLO Y POLAKIEWICZ, 2019: pp. 485-500).

⁹⁰ La nueva cuestión prejudicial ante el TEDH no puede ser considerada estrictamente un reenvío, sino una cuestión incidental de la que está ausente la obligatoriedad.

a la constitucionalización -similar pero no idéntica a la operada desde el DUE gracias sobre todo al impulso del Tribunal de Justicia-, ha resultado ser en algunos Estados la mayor fuente de desconfianza al momento de evaluar la ratificación de este instrumento pensado para el diálogo interjurisdiccional.

Es lógico pensar que estas cuestiones de inconventionalidad, aunque no se denominen así, “reforzarán la dimensión objetiva y constitucional del TEDH. Las opiniones consultivas *pueden contribuir a constitucionalizar la jurisdicción europea* junto a otras herramientas como son las sentencias piloto” (GARCÍA ROCA, 2019: p. 60).⁹¹

La posibilidad de una doble o triple prejudicialidad, es probablemente una de las situaciones en las que se plantea con toda su agudeza la “complejidad procesal” de la tutela multinivel de derechos, que no cabe confundir con un fenómeno de duplicidad de jurisdicciones, en el caso que nos ocupa, constitucional y convencional. La base del problema radica en que, un mismo objeto litigioso, es susceptible de recibir pronunciamientos “contradictorios” por utilizar un distinto parámetro de enjuiciamiento (RUIZ RUIZ, 2018: p. 478).

El Protocolo nº 16, en su artículo 1, afirma que los órganos jurisdiccionales de “mayor rango” de una Alta Parte Contratante -no cualquier órgano jurisdiccional nacional como en la cuestión prejudicial del DUE-, “podrán solicitar” al TEDH que emita opiniones consultivas “sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el [CEDH] o sus protocolos” (primer párrafo). La jurisdicción nacional que lleve a cabo la solicitud “únicamente podrá pedir una opinión consultiva en el marco de un asunto del que esté conociendo” (párrafo segundo). Además, dicho órgano, “deberá motivar su petición y proporcionar los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto del que esté conociendo” (tercer párrafo).

El artículo 5, por su parte, determina el efecto jurídico al establecer expresamente que las opiniones consultivas “no serán vinculantes” distanciándolas también, en este punto, de la cuestión prejudicial del DUE. López Guerra entiende que cualquiera que sea la suerte de la opinión en el ámbito nacional, “quedará integrada” en la jurisprudencia del TEDH, en el sentido de que, “aun cuando no se trate formalmente de una sentencia, servirá de guía y

⁹¹ Sin resaltar en el original.

directriz para la interpretación del Convenio y sus protocolos en la resolución de futuros casos, tanto de nueva entrada como ya pendientes ante el Tribunal” (LÓPEZ GUERRA, 2014: p. 28). La opinión dada por el TEDH “difícilmente podría desconocérsele una fuerza y una eficacia sustancialmente vinculante” (ZAMPETTI, 2020: p. 162). En este sentido, se ha señalado que la primera opinión consultiva ha tenido proyección más allá (Italia o España) del país desde el que se ha planteado la consulta (Francia)⁹², lo que demuestra que “el Protocolo nº 16 tiene potencial para seguir forjando un *ius commune* europeo” (TOMÁS MALLÉN, 2022: p. 28).⁹³

También -como se observa- se ha dotado a este mecanismo de consulta de algunas de las características de una cuestión prejudicial en el DUE, dado que solo podrá activarse en el marco de un proceso concreto en el que resulte aplicable una disposición convencional, lo cual excluye por tanto el ejercicio de un control abstracto. Queda así excluida en principio toda eventual “cuestión abstracta de convencionalidad” que se refiera a normas legales o de otro tipo que no sean de aplicación en un caso concreto pendiente ante un Tribunal nacional. Ahora bien -mantiene el citado autor-, cabe suponer que tal exclusión no impedirá, a la vista de la interpretación que el TEDH dé al CEDH, que una norma legal nacional pueda considerarse contraria al mismo, o que deba interpretarse de determinada manera (LÓPEZ GUERRA, 2014: p. 28).

Precisamente esta cercanía del Protocolo nº 16 a la cuestión prejudicial regulada en el artículo 267 (TFUE), ha sido señalada en el dictamen *nº 2/13* (2014) -sobre la adhesión de la UE al CEDH- por el Tribunal de Justicia como

⁹² El TEDH sostuvo que el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 (CEDH) exige que el derecho interno prevea la posibilidad de reconocer una relación legal entre padres e hijos con la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la “madre legal”. Asimismo, el CEDH no requiere que dicho reconocimiento se realice mediante la inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero. Se puede utilizar otro medio, como la adopción del niño por la madre de intención, siempre que el procedimiento establecido por el derecho interno garantice que pueda aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño.

⁹³ Hasta diciembre de 2023 el TEDH emitió 7 opiniones consultivas: 10 de abril de 2019 solicitada por el Tribunal de Casación francés; 29 de mayo de 2020 solicitada por el Tribunal Constitucional de Armenia; 8 de abril de 2022 solicitada por el Tribunal Administrativo Supremo de Lituania; 26 de abril de 2022 solicitada por el Tribunal de Casación de Armenia; 13 de julio de 2022 solicitada por el Consejo de Estado francés; 13 de abril de 2023, solicitada por el Tribunal Supremo de Finlandia; y 4 de diciembre de 2023 solicitada por el Consejo de Estado belga. Mientras rechazó una solicitud el 14 de diciembre de 2020 del Tribunal Supremo eslovaco.

uno de los motivos para sostener la incompatibilidad del borrador de adhesión con el DUE. La nueva cuestión prejudicial ante el TEDH se percibe, en efecto, como una “amenaza” para la interpretación uniforme de los estándares de protección que el Tribunal de Justicia hace de la CDFUE. El problema surge aquí en el carácter concurrente del CEDH y la CDFUE que el Protocolo nº 16 potencia al otorgar una vía incidental al juez nacional, que el DUE también le reconoce, pudiendo afectar ello a la obligación de plantear la cuestión prejudicial, “piedra angular” del sistema jurisdiccional instaurado por los tratados fundacionales de la UE. En este sentido, en Luxemburgo actúan en defensa de una competencia interpretativa que permita el ejercicio del derecho a la última palabra, que los consagre como terminal del circuito interpretativo iniciado en sede nacional y que involucra al DUE junto al CEDH y el Derecho estatal.

En palabras de los jueces de Luxemburgo: “puesto que el CEDH formaría parte integrante del [DUE], el mecanismo instaurado por dicho Protocolo [nº 16] podría, especialmente tratándose de derechos garantizados por la [CDFUE] que se correspondiesen con los reconocidos por el CEDH, afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE”.⁹⁴ El temor creciente del Tribunal de Justicia viene dado así por la existencia de vías incidentales “formalmente paralelas, pero materialmente convergentes” en cuanto al objeto del proceso que no es otro que la interpretación de derechos que, como una cadena de espejos, se reflejan unos en otros. Los jueces de Luxemburgo reclaman en particular por la ausencia de articulación entre el mecanismo creado por el Protocolo nº 16 y el procedimiento de remisión prejudicial del artículo 267 TFUE.⁹⁵

Temores similares son expuestos por parte de la doctrina constitucional, pero en relación con la cuestión de inconstitucionalidad planteada ante los TTCC (ZAMPETTI, 2020: pp. 157-175). Se señala al respecto el papel constitucional,

⁹⁴ TJ dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, *Adhesión de la UE al CEDH* [ECLI:EU:C:2014:2454], apartado 197.

⁹⁵ En un sentido similar se ha manifestado en el ámbito del parlamento italiano -donde se discute la ratificación del Protocolo nº 16- la XIV Comisión de Políticas Europeas para la cual, dicho instrumento, podría “debilitar” la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 (TFUE), coincidiendo con el Tribunal de Justicia en la necesidad de un mecanismo de articulación (véase [LIPARI](#), 3/2019).

asumido en el último tiempo, por el TEDH lo que ha favorecido la “percepción constitucional” del CEDH (BIN, 2018: p. 642).

Esta percepción -se mantiene-, es acentuada por la jurisprudencia de Estrasburgo al promover una “interpretación evolutiva y dinámica” del CEDH. Con la nueva vía incidental introducida por el Protocolo nº 16 se corre el riesgo de acentuar el “carácter constitucional” de los jueces de Estrasburgo, transformando al TEDH “en una súper Corte Constitucional europea”. Lo cual podría llevar a un vaciamiento -en referencia al caso italiano- de la *Corte costituzionale* en materia de derechos fundamentales (VARI, 2020).

Ruggeri, por su parte, no comparte esta preocupación por esta suerte de *deminutio capitis* que afectaría -en el caso particular de Italia- a la *Consulta*. Ello en razón de que, la solicitud de opinión consultiva al TEDH, debiera preceder a la sentencia constitucional. Además, la opinión del TEDH puede ser muy valiosa para comprobar si la interpretación de la CDFUE adoptada por el Tribunal de Justicia se ajusta realmente al CEDH y la interpretación que de éste hace el TEDH (RUGGERI, 2020.a: p. 231). Dicha desconfianza se trata, en suma, de actitudes “inspiradas por un nacionalismo constitucional ingenuo e infructuoso” (RUGGERI, 2020.b). El rechazo del Protocolo nº 16 parte de un sector de la doctrina constitucional italiana (PIERDOMINICI, 2020, pp. 239-247), mientras que su ratificación es abiertamente defendida por la *Corte costituzionale*.⁹⁶

Para García Roca, existen recelos en algunos TTCC, “celosos de su jerarquía, y temerosos de que se devalúen sus pronunciamientos en las jurisdicciones nacionales y su -supuesto- monopolio de control de constitucionalidad de las leyes. Algo que resulta más difícil de comprender desde parámetros racionales en un escenario en red donde nadie tiene un monopolio interpretativo y tampoco de revisión de las leyes” (GARCÍA ROCA, 2019: p. 62).

⁹⁶ Véase el Comunicado de prensa emitido por la *Corte costituzionale* el 30 de enero de 2019 donde se afirma “è stata sottolineata l’urgenza dell’approvazione, da parte del Parlamento italiano, del Disegno di legge di ratifica e di attuazione del «Protocollo 16», che consente un effettivo dialogo con la Corte di Strasburgo attraverso la richiesta di pareri sulle questioni oggetto di giudizio nelle Corti italiane”. Dicha Comunicación tuvo lugar en ocasión de la reunión celebrada en la sede de la *Consulta* entre el TEDH, la propia *Corte costituzionale*, el Tribunal de Casación y de su fiscalía general, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas y el Consejo Superior del Poder Judicial, fruto de la cual se firmó un Protocolo de Entendimiento (*Protocollo d’intesa*) entre la *Corte costituzionale* y el TEDH (PIERDOMINICI, 2020: nota al pie 72).

Sobre las consecuencias de la ratificación del Protocolo n° 16 en los sistemas de derechos nacionales convergentes con el propio CEDH y la CDFUE, Ruiz Ruiz defiende que la “cuestión prejudicial convencional”, traerá una “creciente complejidad” en aquellos sistemas en los que ya existe una “cuestión previa de constitucionalidad” y la “cuestión prejudicial” en virtud del DUE. Pero en definitiva el reenvío que incorpora el Protocolo n° 16 “puede convertirse en una valiosa herramienta en el proceso de cooperación y propulsión de la coherencia del circuito jurisprudencial construido a partir de la circularidad de interpretaciones conformes” del TC, el Tribunal de Justicia y el TEDH. La inserción de una nueva cuestión prejudicial, por lo tanto, no traería por ello consigo una disminución en la autonomía del juez nacional, sino que debiera ser vista “como *una garantía más de la triple tutela de derechos que se superponen* y que tiene como regla esencial la del mejor standard de protección a partir de una disputa discursiva construida sobre la mejor solución” (RUIZ RUIZ, 2018: pp. 454-453).⁹⁷

Ahora bien, el Protocolo n° 16 puede llegar a incrementar el área problemática puesta en evidencia por la doble prejudicialidad: particularmente en aquellos sistemas donde el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad -como en el caso francés- han venido siendo ejercidos por órganos *separados* (el *Conseil Constitutionnel* y los jueces ordinarios respectivamente). La existencia de circuitos interpretativos multidireccionales, en este sistema, que reconocen otras terminales (en este caso el TEDH), podrían dejar fuera del recorrido a la terminal constitucional (o sea al *Conseil Constitutionnel*). El cual, de este modo, se vería marginado del debate entablado en el diálogo directo -mediante la cuestión prejudicial de convencionalidad- entre el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación con los jueces de Estrasburgo. Sin embargo, ello no pareciera resultar traumático, ni mucho menos perturbador de la supremacía constitucional y su intérprete final, si tomamos en cuenta las presentaciones ya hechas ante el TEDH por las altas jurisdicciones francesas.⁹⁸

En todo caso forzoso es admitir que la fuente de este tipo de situaciones problemáticas proviene del control de convencionalidad -en general- al que de

⁹⁷ Sin resaltar en el original.

⁹⁸ Véase nota 91.

manera indirecta se ve abocado el TEDH sobre la legislación nacional, e incluso sobre disposiciones constitucionales. Aunque no exista identidad de causas jurídicas, está fuera de duda que existe una concurrencia de jurisdicciones propiciada por normas sobre derechos "materialmente similares o idénticas". En la práctica, esta convergencia de derechos y de intérpretes, significa que el juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria "parece verse atrapado entre dos fuegos, pues deberá ofrecer una interpretación conforme disputada por dos órganos que reclaman para sí ser la última instancia y, lo que es más, que defienden el carácter autónomo de la respectiva interpretación" (RUIZ RUIZ, 2018: pp. 465-466).

Por otra parte, debido a que la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales al TEDH aparece en el Protocolo nº 16 reservada a altos tribunales, en el modelo de control de convencionalidad concentrado dicha facultad quedaría por tanto circunscrita entre otras a la jurisdicción constitucional. Se viene de este modo a reforzar uno de los argumentos para la concentración del control de convencionalidad que venía defendiendo, en ausencia de un mecanismo prejudicial ante el TEDH, el no dejar en manos del juez ordinario la manipulación interpretativa de las normas convencionales. El limitadísimo papel que se reserva al juez ordinario -a quien vimos directamente el Protocolo nº 16 lo excluye del planteo de la cuestión prejudicial de convencionalidad-, contrasta ostensiblemente con el que, en circunstancias parecidas, tiene el juez ordinario en el ámbito de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

En este contexto la relación Constitución-CEDH no se complementaría con una tendencia hacia un "control difuso" a cargo de los jueces ordinarios con capacidad de erosionar el control concentrado a cargo de los TTCC, como se manifiesta en el marco de la relación Constitución-DUE. De igual forma, la interacción entre los intérpretes de ambos sistemas -TC/TEDH-, lejos estaría de alcanzar la tensión que en ocasiones alcanza la relación entre TTCC y TTSS con el Tribunal de Justicia. Sin duda pesa aquí la diversa naturaleza que distingue al DUE como un derecho supranacional, beneficiado de la atribución de competencias estatales, del CEDH que comparte la naturaleza subsidiaria propia del DIDH. Las cuestiones que deben responder cada una de las dos Cortes europeas son por definición distintas. Por otro lado, el Tribunal de Justicia "viene

obligado a establecer un nivel uniforme y vinculante, y el TEDH solo un nivel mínimo” (GARCÍA ROCA, 2019: p. 62).

La cuestión prejudicial de convencionalidad, si bien comparte su carácter incidental no genera los mismos efectos que la cuestión prejudicial del DUE. Ello debido a esta diferencia de naturaleza particularmente manifestada en el efecto vinculante de la interpretación de Luxemburgo la cual, llegado el caso, obliga al juez ordinario a desaplicar la norma nacional opuesta al DUE para preservar su primacía y aplicación uniforme. Más allá de las similitudes formales del procedimiento, no ocurre lo mismo con la interpretación del TEDH originada en el Protocolo nº 16 (ZAMPETTI, 2020). Este instrumento se ha proyectado para introducirse plenamente en el esquema de subsidiaridad que preside la coordinación entre el sistema de protección de derechos nacionales y el sistema de protección de derechos convencionales (SORRENTI, 2014).

VII. El diálogo con el minotauro: opción a un laberinto sin salida

La convergencia de distintos sistemas de derechos en un sistema de protección multinivel impone, entre todos los miembros de la Comunidad de intérpretes finales, el diálogo como solución al conflicto.⁹⁹ Transitar el camino que marca el “*circuito dialogico delle Corti d’Europa*” (COMAZZETTO, 2018: p. 2).

Todos los intérpretes cobran relevancia. En este sentido, uno de los fines del diálogo es saber orientar la relación con los TTCC y TTSS desarrollando los respectivos circuitos interpretativos. La CDFUE, escribe Barbera, no puede ser encomendada exclusivamente a un diálogo entre el Tribunal de Justicia, llamado a interpretar tales preceptos, y los jueces ordinarios de todo el continente europeo, llamados a desaplicar los preceptos nacionales opuestos a aquéllos. La tutela de derechos exige –es indudable– “un diálogo entre varios niveles”. Los TTCC no deben sentirse excluidos, pueden desarrollar una función relevante armonizando [*mettendo in relazione*] los principios de la CDFUE,

⁹⁹ Naturalmente, “si bien el punto positivo de ese diálogo judicial supranacional, y más ampliamente global, consiste en una optimización de las soluciones en beneficio de la comunidad, el contrapunto viene dado por un debilitamiento de la responsabilidad. Ésta puede quedar entonces diluida en los distintos actores dialogantes, hasta el punto de que la eventual falta de vertebración y ausencia de jerarquía conduce a una especie de soberanía supraestatal difusa en la que se tratará de evitar que impere una «ley de la jungla» para que se imponga esa leal y sincera colaboración” (JIMENA QUESADA, 2017: p. 273).

necesariamente susceptibles de diversos desarrollos, con las Constituciones nacionales y asegurando a éstas, en lo posible, los instrumentos propios de la jurisdicción concentrada. Solo éstos “se encuentran en grado de orientarse en el laberinto representado por la intersección entre Constituciones nacionales, Carta de derechos [CDFUE] y Convención [CEDH] (y otros instrumentos internacionales)” (BARBERA, 2018-1: pp. 167-168).

En el espacio europeo, existen instrumentos facilitadores del diálogo con variada intensidad. Tanto la cuestión prejudicial, como la cuestión de inconstitucionalidad o la cuestión facultativa prevista en el Protocolo nº 16 (CEDH), tienen en común que su objeto es la cooperación entre intérpretes. Alcanzar dicha cooperación, es la razón de ser de dichos instrumentos dialógicos, de estas tres vías incidentales europeas.

La búsqueda permanente de consensos mínimos para alcanzar estándares de protección comunes a los tres sistemas convergentes de derechos, se presenta entonces como el mayor desafío para el triángulo jurisdiccional europeo.

La interacción producida entre el orden jurídico de la UE, los órdenes jurídicos nacionales y el derivado del CEDH en los últimos 50 años ha provocado una “fuerte homogeneidad sustancial de base en materia de derechos fundamentales y un verdadero derecho común europeo de los derechos humanos”. En particular ha de destacarse “puntos de conexión que han hecho posible una construcción razonablemente armónica de los tres ordenamientos hasta constituir un único sistema de derechos aplicable por el juez” (BUSTOS GISBERT, 2017: p. 345).

Volviendo a Borges, en el *Hilo de la fábula* (1985) escribe: “El hilo que la mano de Ariadna dejó en la mano de Teseo (en la otra estaba la espada) para que éste se ahondara en el laberinto y descubriera el centro, el hombre con cabeza de toro (...) El hilo se ha perdido: el laberinto se ha perdido también. Ahora ni siquiera sabemos si nos rodea un laberinto, un secreto cosmos, o un caos azaroso. Nuestro hermoso deber es imaginar que hay un laberinto y un hilo. Nunca daremos con el hilo: acaso lo encontramos y lo perdemos en un acto de fe, en una cadencia, en el sueño, en las palabras que se llaman filosofía o en la mera y sencilla felicidad” (BORGES, 2016, t.III p. 520).

VIII. Bibliografía

ALCOBERRO LLIVINA C. (2011). “La cuestión prioritaria de constitucionalidad: ¿el fin de la excepción francesa?”. *Revista Vasca de Administración Pública-Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria*, nº 90, pp. 17-65.

ALONSO GARCÍA R. (2001). “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”. *Cuadernos de Derecho Público (INAP)*, nº 13, pp. 11-44.

—(2014). *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Civitas – Thompson Reuters, Madrid.

BADINTER R. (2014/4). “Aux origines de la question prioritaire de constitutionnalité”. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 100, pp. 777-782.

BALAGUER CALLEJÓN F. (2008), “Constitucionalismo multinivel y Derechos fundamentales en la Unión Europea”. *Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces Barba*, vol. 2, pp. 133-158.

BARBERA A. (2018-1). “La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia”. *Quaderni costituzionali*, pp. 149-171.

BASSET A. (2012), “Question prioritaire de constitutionnalité et risque de conflits d'interprétation”. *Droit et société*, nº 82, pp. 713-732.

BIN R. (2018). “Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni”. *Rivista AIC*, nº 4.

—(2020). “È scoppiata la terza «guerra tra le Corti»? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione”. *Federalismi.it*, nº 32 (18-11-2020).

BOGDANDY A. (2012). “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el ordenamiento internacional y los derechos nacionales”. En AA.VV, *Internacionalización del*

derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional (pp. 21-40). EUDEBA, Buenos Aires.

BON P. (2009). "La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia ¿solución o problema?". *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 23, pp. 313-325.

BORGES J. L. (2016). *Obras completas*, t. IV, Sudamericana, Buenos Aires.

BUSTOS GISBERT R. (2012a), "Elementos constitucionales en la red global". *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 60, nº 2, pp. 21-43.

— (2012b), *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Editorial Porrúa, México.

—(2017). "La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, pp. 333-359.

CARRILLO M. (2008). "La cuestión prejudicial y otras garantías de los derechos en la reforma de la Constitución francesa, según la ley constitucional de 23 de julio de 2008". *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 2, pp. 587-600.

CARRILLO M. (2017). "Procedimiento constitucional y convergencia jurisdiccional en la protección de derechos". *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, nº 20, pp. 47-77.

CARTABIA M. (2017). "Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea". *Rivista AIC/Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 3 (16/07/2017).

CASSIA P. (2009). "Compte rendu nº 63 de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République" (30/06/2009).

CATALANO S. (2019), "Doppia pregiudizialità: una svolta «opportuna» della Corte costituzionale". *Federalismi.it*, n° 10 (22/05/2019).

CERRINA FERONI G. (2019). "Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". *Federalismi.it*, n° 5 (06/03/2019).

CHARPY C., (2009/3). "Droit constitutionnel et droit communautaire. Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence (récente) du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État (Contribution à l'étude des rapports de systèmes constitutionnel et communautaire)". *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 79, pp. 621-647.

COMAZZETTO G. (2018). "Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017". *Federalismi.it*, n° 24 (19-12-2018).

CONTI R. G. (2014). "La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea". *Consulta On line* (10/03/2014).

—(2019), "Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?". *Giustiziainsieme.it* (4 marzo 2019).

CORRADO C. (2017). "La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017". *Forumcostituzionale.it* (18-12-2017).

CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS P. (2020). "Doble prejudicialidad: dos aproximaciones diversas ante una misma encrucijada". *Revista de Estudios Europeos*, n° 75, pp. 27-40.

CRUZ VILLALÓN P. (2004). *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid.

CRUZ VILLALÓN P. & REQUEJO PAGÉS J. L. (2015). "La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 50, pp. 173-194.

DANIELE L. (2009). "Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte". *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 54, nº 4, pp. 3551-3563.

— (2021), *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*. Firenze: Firenze University Press.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J. (2010). "La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen". *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 46 (3), pp. 577-587.

FARAGUNA P. (2014). "Rinvio pregiudiziale e questione di legittimità costituzionale (nota a Corte di giustizia UE, C-112/13)". *Forumcostituzionale.it*. (18-09-2014).

GAÏA P. (2014/4). "Le Conseil constitutionnel peut-il encore résister à l'Europe?". *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 100, pp. 926-927.

GALLO D. (2019). "Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018". *Rivista AIC*, nº 1 (4-03-2019).

GARCÍA ROCA J. (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*, nº 30, pp. 183-224.

— (2003). "Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad". *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 119, pp. 165-190.

— (2019), *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CIVITAS - Thomson Reuters.

GREWE C. (2014/4). "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité: à la recherche d'une frontière introuvable", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 100, pp. 961-970.

GUILLAUME M. (2010). "Question prioritaire de constitutionnalité: textes applicables et premières décisions". *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 29, pp. 21-61.

HALPÉRIN J. L. (2010). "La question prioritaire de constitutionnalité: ¿une révolution dans l'histoire du droit français?". *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 28, pp. 31-34.

JACQUÉ J. P. (2007/1). "«Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies». L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques". *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 69, pp. 3-37.

JIMENA QUESADA L. (2017), "La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos", *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 39, pp. 271-306.

LEONE S. (2019). "Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte Costituzionale". *Rivista AIC*, n° 3 (23/09/2019).

LIEBER S.J., BOTTEGHI D. & DAUMAS V. (2010). "La question prioritaire de constitutionnalité vue du Conseil d'État", *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 29, pp. 101-120.

LIPARI M. (2019). "Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo". *Federalismi.it*, n° 3 (06/02/2019).

LLOPIS NADAL P. (2019). "La cuestión prejudicial como instrumento para interpretar derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 23(1), pp. 111-141.

LO CALZO A. (2021). “Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo”. *Federalismi.it*, nº 1 (13-01-2021), pp. 85-121.

LÓPEZ CASTILLO A. & POLAKIEWICZ J. (2019). “De la cuestión prejudicial de convencionalidad en marcha”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 44, pp. 485-500.

LÓPEZ GUERRA L. M. (2014). “Los protocolos de reforma no 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 49, pp. 11-29.

— (2017). “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses»”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 39, pp. 163-188.

LUPO N. (2019). “Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema «a rete» di tutela dei diritti in Europa”. *Federalismi.it*, nº 13 (10-07-2019).

MAGNON X. (2006/6). “La singularisation attendue du droit communautaire au sein de la jurisprudence IVG. Brèves réflexions sur la décision du Conseil constitutionnel n° 2006-535 DC, 30 mars 2006”. *CPE Europe (Juris-Classeurs)*, pp. 4-6.

— (2010/4) “La QPC face au droit de l'Union : la brute, les bons et le truand”. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 84, pp. 761-791.

MASSA PINTO I. (2020). “Il conflitto sulle regole d’ingaggio tra Corte costituzionale e Corte di giustizia: spunti di riflessione alla ricerca di un soggetto che «chiuda» il sistema”. *Federalismi.it*, nº 19 (17/06/2020).

MATHIEU B. (2010a). “La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité para la Cour de Luxembourg”. *Semaine juridique*, nº 17, pp. 866-867

— (2010b). “La guerre des juges n’aura pas lieu. À propos de la décision n° 2010-605 DC du Conseil constitutionnel”. *Semaine juridique*, n° 21, pp. 1077-1080.

MATIA PORTILLA F. J. (2021). “De la doble a la triple prejudicialidad. ¿Es posible ordenar lo complejo?”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 121, pp. 13-44.

MAUGUË C. (2003). “Le Conseil et le droit supranational”. *Pouvoirs*, n° 105, pp. 53-70.

PHILIPPE X. (2010/2). “La question prioritaire de constitutionnalité : à l'aube d'une nouvelle ère pour le contentieux constitutionnel français...Réflexions après l'adoption de la loi organique”. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 82, pp. 273-287.

PICARD ETIENNE, “Vers l’extension du bloc de constitutionnalité au droit européen ?”, *Revue française de droit administratif*, 1993, p. 52

PIERDOMINICI L. (2020), “Genesi e circolazione di uno strumento dialogico: il rinvio pregiudiziale nel diritto comparato sovranazionale”. *Federalismi.it*, n° 20 (24/06/2020).

PIZZOLO C. (2010). *Derecho e integración regional*, EDIAR, Buenos Aires.

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

— (2022). *El sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos en su laberinto*. Córdoba, Editorial de la UNC.

POIARES MADURO M. (2003). “Las formas del poder constitucional de la Unión Europea”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n° 119, pp. 11-55.

POLI P. (2022), “Il rapporto tra la Corte di Giustizia e le giurisdizioni nazionali nell’interpretazione della Carta dei diritti fondamentali: la posizione della Corte di Giustizia”. En AA.VV *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel*

sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione. G. Giappichelli Editore, Torino.

RATTO TRABUCCO F. (2010). "Controllo di costituzionalità vs. controllo di compatibilità comunitaria, dopo la riforma francese del 2009 (nota a CGE, Grande Camera, 22 giugno 2010, C-188/10 e C189/10, Melki e Abdeli)". Forumcostituzionale.it

REPETTO G. (2019). "Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla «doppia pregiudizialità» in materia di diritti fondamentali". Rivista AIC, n° 4 (25-10-2019).

RIDEAU J. (2009). "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionalité: les orphelins de la pyramide". Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger, n° 3, pp. 602-630.

ROCA TRÍAS E. & GARCÍA COUSO S. (2017). "¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales". Teoría y Realidad Constitucional, n° 39, pp. 529-548.

ROMBOLI R. (2014). "Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo". Rivista AIC, n° 3.

— (2018). "Dalla diffusione all' «accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale". Il Foro Italiano, n° 1.

— (2019). "Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')". In dialogo con il Ruggieripensiero sul tema della «doppia pregiudizialità». Consulta online, n° 3 (26/11/2019).

— (2020). "Il sistema di costituzionalità tra «momenti di accentramento» e «di diffusione»". Rivista del Gruppo di Pisa, n° 2.

ROMBOLI, S. (2020). "Un nuevo orden de prioridad en caso de violación simultánea de la Constitución y de la Carta de los Derechos Fundamentales de

la Unión: la «sugerencia» de la Corte Constitucional a los jueces nacionales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 119, pp. 299-332.

RUGGERI A. (2014). “Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all’adesione dell’unione alla CEDU e all’entrata in vigore del Prot. 16)”. *Rivista AIC*, nº 1 (7/02/2014).

— (2015). “Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015)”. *Consulta online*, nº 1 (22-04-2015).

— (2017). “Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)”. *Rivista di Diritti Comparati*, nº 3, pp. 234-247.

— (2018.a) “Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell’Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)”. *Rivista di Diritti Comparati*, nº 1, pp. 267-279.

— (2018.b). “Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile”. *Consulta online*, nº 3 (24-10-2018).

— (2018.c). “Colpi di fioretto della Corte dell’Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)”. *Rivista di Diritti Comparati*, nº 3, pp. 99-109.

— (2019.a). “La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. nº 20 del 2019)”. *Consulta online*, nº 1 (25-2-2019).

— (2019.b). “I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l’oscillazione del pendolo”. *Consulta online*, nº 1 (25-3-2019).

— (2019.c). "Caro Roberto, provo a risponderti sulla «doppia pregiudizialità» (così mi distraigo un po' anch'io...)". Consulta online, nº 3 (9/12/2019).

— (2020.a). "Protocollo 16 e identità costituzionale". *Rivista di Diritti Comparati*, nº 1, pp. 213-235.

— (2020.b). "Protocollo 16: funere mersit acerbo?". *Giustizia insieme* (22/10/2020).

RUIZ RUIZ J.J. (2018). "El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos". *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42 (Ejemplar dedicado a: Tribunal Europeo de Derechos Humanos), pp. 453-482.

SANTOLINI T. (2013/1). "La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, nº 93, pp. 83-105.

SARMIENTO D. (2011). "Cuestión prejudicial y control previo de constitucionalidad. Comentario a la sentencia Melki del Tribunal de Justicia de la UE". *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 37, pp. 97-110.

SARMIENTO E. J. P. (2016). "La jurisdicción constitucional en Francia, de la aparente excepción europea al fin de la singularidad francesa". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43 nº 2, pp. 463-486.

SARRIÓN ESTEVE J. (2013). *El Tribunal de Justicia de Luxemburgo como garante de los derechos fundamentales*, Madrid, Dickinson S.L.

SCACCIA G. (2018a), "L'inversione della «doppia pregiudiziale»" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi". *Forumcostituzionale.it* (25-01-2018).

— (2018b), "Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017". *Osservatorio AIC*, nº 2 (7-05-2018).

— (2020), “Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?”. *Forum di Quaderni Costituzionali*, n° 2, pp. 317-328.

SCIARRA S. (2022a). “Identità nazionale degli Stati membri, primato del Diritto dell’Unione Europea, Stato di Diritto e indipendenza dei giudici nazionali”. *Celebrazioni del 70° anniversario della Corte di Giustizia dell’Unione Europea*. Roma, Palazzo della Consulta (5/09/2022).

— (2022b). “First and Last Word: Can Constitutional Courts and the Court of Justice of the EU Speak Common Words?”. *Rivista.eurojus.it*, n° 3.

SEGURA SERRANO A. (2005). “La primacía y el control de constitucionalidad del derecho comunitario en Francia”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 20, pp. 93-132.

SEVILLA DURO M. A. (2020). “El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humano: el diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos”. *Número especial AdD: El TEDH en su sesenta aniversario* (16/11/2020).

SIMON D. & RIGAUX A. (2010). “La priorité de la question prioritaire de constitutionnalité: harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés”. *Les Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 29, pp. 63-88.

SORRENTI G. (2014). “Un’altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L’introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU”. *Forum di Quaderni Costituzionali* (08-09-2014).

TEGA D. (2018a). “La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei”. *Forumcostituzionale.it* (24-01-2018).

— (2018b). “Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione”. *Questionegiustizia.it* (13-03-2018).

TOMÁS MALLÉN B. (2022). “La efectividad del protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España”. Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público, Vol. 70/1 enero-junio, pp. 387-420.

TORRE F. (2023). “La corsa al trilogio ovvero la “prima parola” è quella che conta (recenti tendenze a partire da Corte Cost. sentt. nn. 54 e 67 del 2022)”. Consulta online, n° 3 (18-09-2023).

VARI F. (2020). “Le prospettive di riforma del sistema CEDU. Ancora a proposito dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione di Roma”. Consulta online (2-03-2020).

YANNAKOPOULOS C. (2012/3). “L'influence du droit de l'Union européenne sur le système de contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois: les paradigmes français et grec”. Revue Française de Droit Constitutionnel, n° 91, pp. 537-561.

ZAGREBELSKY G. (2002). “Intervento”. En AA.VV I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea (pp. 531-539). Giuffrè, Milano.

ZAMPETTI G. (2020). “Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU: un quadro problematico”. Federalismi.it, n° 3 (05/02/2020).

ZANON N. (2022), “Introduzione generale”. En AA.VV La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione. G. Giappichelli Editore, Torino.

— (2022). “Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le permanenti ragioni della «precisazione» contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla «grande regola» Simmenthal-Granital”. Celebrazioni del 70° anniversario della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Roma, Palazzo della Consulta (5/09/2022).

Doctrina/

LAS MINORÍAS EN LA UNIÓN EUROPEA: LA TENSION ENTRE LA DEMANDA DE RECONOCIMIENTO Y LA PRESERVACIÓN DE LA IDENTIDAD NACIONAL

José María Porras Ramírez¹

Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2023

Resumen

Acogiendo una creciente exigencia del Derecho Internacional, la Unión Europea reconoce la necesidad de proteger los derechos de los miembros de las minorías que alberga en su territorio. A ese fin, apuesta por la adopción de un modelo de “ciudadanía compleja”, capaz de combinar la aceptación de los rasgos identitarios que manifiestan las personas pertenecientes a esos colectivos, con la identificación de unos referentes axiológicos universales, los cuales, actuando como canales de integración y factores esenciales de ordenación de la convivencia, no son otros que los derechos fundamentales que la Carta garantiza. La suma de todos ellos constituye la expresión de una suerte de “identidad europea”, basada en unos valores y principios comunes compartidos por sus Estados Miembros. Así, en la actualidad, Europa se ha dotado de un doble estándar de protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías: el que expresa el Consejo de Europa y el que la propia Unión Europea ha creado paulatinamente. No obstante, se advierte una tensión creciente entre esa pretensión legítima de reconocimiento y la aspiración de los Estados Miembros de preservar determinados elementos que singularizan su identidad nacional. En la cada vez más numerosa y compleja minoría migrante se compendian las políticas europeas de protección, poniendo a prueba su sinceridad.

¹ Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático *Jean Monnet* de Derecho Constitucional Europeo.

Palabras clave: Miembros de las minorías – Derecho Internacional – Unión Europea – Políticas de reconocimiento – Identidad Europea – Identidad Nacional – Estados Miembros – Migrantes.

Title: MINORITIES IN THE EUROPEAN UNION: THE TENSION BETWEEN THE DEMAND FOR RECOGNITION AND THE PRESERVATION OF NATIONAL IDENTITY

Abstract

Welcoming a growing demand for International Law, the European Union recognizes the need to protect the rights of the members of the minorities it houses in its territory. To this end, it is committed to the adoption of a model of “complex citizenship”, capable of combining the acceptance of the identity traits that these people manifest, with the identification of universal axiological references, which, acting as channels of integration and essential factors of organization of coexistence, are none other than fundamental rights expressly guaranteed by the Charter. The sum of all of them constitutes the expression of a kind of “European identity”, based on common values and principles shared by its Member States. Thus, currently, Europe has provided itself with a double standard of protection of the rights of people belonging to minorities, the one expressed by the Council of Europe and the one that the European Union itself has gradually created. However, a growing tension has been noted between this legitimate claim for recognition and the aspiration of Member States to preserve certain elements that distinguish their national identity. In the increasingly numerous and complex migrant minority, European protection policies are summarized, putting their sincerity to the test.

Keywords: Minority members – International Law – European Union – recognition policies – European Identity – National Identity – Member States – Migrants.

I. Introducción

El reto que supone la integración e inclusión social de los miembros de las minorías que se encuentran en el territorio de la Unión Europea exige la adopción de políticas decididas por parte de los poderes públicos. Así, la Unión se ha comprometido, en sus Tratados constitutivos, a asumir el reconocimiento de sus derechos, a fin de garantizar su efectiva conversión en ciudadanos, en condiciones de igualdad con los demás. No obstante, ese desafío se enfrenta a múltiples obstáculos y dificultades que en este trabajo se analizan. Así, la construcción de un modelo de “ciudadanía compleja”, esto es, de un espacio plural, intercultural y cohesionado de convivencia, es puesto cotidianamente en peligro por la discriminación que los miembros de las minorías sufren, a menudo, en atención a sus rasgos étnicos, lingüísticos, religiosos o de origen nacional, lo que refleja su situación de especial vulnerabilidad. Como alternativa, evidenciando, también una amenaza, se contraponen la pretensión maximalista que lleva a esos miembros a aspirar a un trato privilegiado y permanente, diferenciado del resto de la población, orientado a eximirles, en ocasiones, del cumplimiento de los deberes que a todos asisten. Y es que la preservación de la identidad cultural de los miembros de las minorías se ha de coherar con el respeto a los demás valores y principios que la Unión postula. La jurisprudencia, tanto del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea certifican la tensión existente entre la pretensión legítima de reconocimiento de sus derechos, que expresan los miembros de esas minorías; y la voluntad de la Unión y de los Estados que la componen de preservar, al tiempo, determinados signos o rasgos característicos, los cuales son manifestación de una suerte de “identidad europea”. Lo expuesto lleva a preguntarnos acerca de si la Unión, a través de las políticas que lleva a cabo, está, en realidad, avanzando, en la apuesta decidida por la transformación real de los miembros de las minorías en ciudadanos, titulares plenos e irrestrictos, de derechos inalienables.

II. Las minorías en la Unión Europea. Concepto y tratamiento en el marco internacional.

Ya en su art. 2, el Tratado de la Unión Europea (TUE) considera que ésta se fundamenta, no sólo en aquellos valores y principios estructurales que son inherentes al proceso de integración política que experimenta, como son la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y los derechos humanos, sino, también, en el respeto a los “derechos de las personas pertenecientes a minorías” (MANGIAMELI, 2013: p. 109). Derechos que se compromete a promover, conforme a los objetivos que se ha fijado, al tiempo que rechaza y combate la exclusión social y la discriminación, salvaguardando la riqueza que ofrece la diversidad cultural y lingüística (art. 3). Así, la Unión perseguirá esos fines de acuerdo con las competencias que le atribuyen los Tratados (art. 4.1), garantizando los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6), cuyo art. 21 prohíbe, expresamente, toda forma de trato diferenciado, injustificado e irrazonable; mientras su art. 22 orienta a la Unión a proteger y valorar la pluralidad cultural, religiosa y lingüística que alberga. Nada, en fin, que no vengán postulando, desde hace décadas, las más avanzadas declaraciones internacionales de derechos, en demostración de una sensibilidad creciente, que viene de muy atrás², para con la defensa de esos intereses (PENTASSUGLIA, 2002: p. 25).

De tal forma, aunque no contemos con un concepto o definición normativa, internacionalmente acordada, acerca de qué grupos merecen la

² Vid., *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Accesible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf. En especial, vid., su art. 27, referido a las minorías, étnicas, religiosas o lingüísticas. A su vez, más específicamente, cfr., la *Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, aprobada por la Asamblea General, mediante su Resolución 47/135, de 18 de diciembre de 1992. Cfr., <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-rights-persons-belonging-national-or-ethnic>. También, vid., *Convenio Marco nº 157 del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales*. <https://rm.coe.int/16800c1304>.

consideración de minorías, debido a la diversidad de situaciones de hecho que se ven afectadas, la Organización de las Naciones Unidas ha venido apelando a una combinación de factores, objetivos y subjetivos. De ese modo, a pesar de que los cambios sociales y la complejidad del fenómeno han desbordado su capacidad descriptiva, fue el Relator Especial F. Capotorti quien estableció, en su día, una propuesta inicial a la que se sigue habitualmente recurriendo. La misma, completada con la expuesta, años después, por J. Deschênes, parte de la constatación de que, en casi todos los Estados de la Tierra, existen grupos numéricamente más reducidos, en el marco de la población general, los cuales se encuentran en una posición no dominante, y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, lingüísticas o religiosas, diferentes de las del resto. Además, aquéllos se muestran ligados, siquiera implícitamente, por un vínculo de solidaridad, orientado, tanto a salvaguardar sus diferencias culturales (CAPOTORTI, 1977: p. 5), como a alcanzar la igualdad de hecho y de Derecho con la mayoría (DESCHÊNES, 1994: p. 7).

De tal modo, aun habiéndose criticado, hasta el punto de, hoy, rechazarse la exigencia de que los miembros de las minorías hayan de ser nacionales de un Estado³ (repárese, al efecto, en el colectivo de personas migrantes), el llamado “*estándar Capotorti-Deschênes*” reclama a los poderes públicos que reconozcan a los grupos que reúnen características como las indicadas, agregando otras, como la referida a su origen nacional. Asimismo, insta a aquéllos a que acojan la demanda de expresión y garantía de los derechos que han de asistir a sus miembros, en aras de crear las condiciones que les permitan, en un contexto no siempre propicio, preservar su amenazada identidad (WOLFRUM, 2010: p. 143), entendiéndose por tal: “aquel espacio compartido de experiencia y vida en el que el individuo es socializado” (HABERMAS, 1999: p. 210).

³ *Observación General N.º 23, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 27-Derechos de la Minorías. 50º Período de Sesiones (1994). ONU. Doc.HRI/GEN/1Rev. 7 at 183 (1994). Accesible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom23.html#:~:text=El%20Comit%C3%A9%20obser va%20que%20este,dem%C3%A1s%20en%20virtud%20del%20Pacto.>*

Por tanto, el *reconocimiento* de la existencia de una minoría (nacional, étnica, religiosa, lingüística...) y de su aportación a una cultura común, ha de constituir el punto de partida, ya que sin aquél no cabe proceder a una defensa de su singularidad genuina. Sólo así podrá evitarse su asimilación por parte de la mayoría, con la consiguiente pérdida de riqueza cultural que ello entraña. No obstante, la protección de estos sujetos colectivos no puede llevarse a cabo sino *indirectamente*, esto es, a través del otorgamiento de derechos a sus miembros, al ser estos quienes, efectivamente, son víctimas habituales de discriminaciones, tanto directas, como indirectas, de hecho y de derecho, que no cabe tolerar⁴. No en vano, el Derecho internacional de los derechos humanos prohíbe “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia... que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁵ de todas las personas, sin que haya que demostrar ningún propósito discriminatorio. Se rechaza así que, incluso, expresiones aparentemente neutras puedan ser interpretadas de manera tal que generen discriminación, para los individuos y las comunidades a las que se adscriben.

La posición de desventaja social, económica o política en las que se encuentran los miembros de las minorías en las sociedades de acogida, en relación al colectivo mayoritario, explica su vulnerabilidad. Y justifica la adopción de medidas diferenciales, afirmativas o especiales, de carácter temporal. Estas habrán de destinarse a hacer posible que los individuos pertenecientes a aquéllas contrarresten la situación de desigualdad de hecho que padecen. Tales medidas contribuyen a la conservación de su propia cultura, cuyas expresiones se habrán de considerar legítimas, siempre que no atenten contra los principios fundamentales que inspiran a los ordenamientos jurídicos de la Unión y de los

⁴ Oficina del Alto Comisariado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas: *Derechos de las Minorías. Normas internacionales y orientaciones para su aplicación*, en https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf.

⁵ Cfr. art. 1, pár. 1 de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, adoptada por la Resolución 2106/ A (XX), de 21 de diciembre de 1965, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/sites/default/files/cerd_SP.pdf.

Estados miembros. Mas, en todo caso, no se contempla que dichas disposiciones supongan la atribución, a las propias minorías, de derechos colectivos, de naturaleza política y carácter permanente, que conformen un estatus singular, derivado de un derecho especial, diferente del general que asiste al resto de la población (SOLOZÁBAL, 2001: p. 79).

Y es que no hay que olvidar que la Unión Europea, en tanto que “primera configuración de una democracia posnacional” (HABERMAS, 2012: p. 39), se compromete a proteger, desde una óptica genuinamente individualista, ex art. 2 TUE, “los derechos de las personas pertenecientes a minorías”, que no los de éstas, en tanto que tales. Ha optado así por asumir la clásica concepción liberal, garante de los derechos de todo ser humano, para, en este caso, corregir y eliminar la discriminación o cualquier forma de exclusión que afecte a esos individuos, por razón de su adscripción a una minoría nacional, étnica, religiosa o lingüística. Y todo ello a fin de proporcionarles una plena o sustancial igualdad de trato, lo que insta a remover cuantos obstáculos impidan su efectiva equiparación con los demás ciudadanos⁶.

Se trata, por tanto, de facilitar a las personas que son miembros de minorías el ejercicio de sus derechos, “tanto individual como conjuntamente con otras”⁷, lo que entraña la realización de actividades y prácticas, ligadas a determinadas culturas, diferentes a la mayoritaria, con inmunidad de coacción por parte de los poderes públicos. Se busca así allanar su acceso a la educación, al empleo, a la vivienda, a la sanidad, y a los demás servicios sociales, favoreciendo, además, su participación, mediante un cualificado reconocimiento de sus libertades de expresión, lingüística o religiosa, una vez constatadas las dificultades que hallan a ese respecto. De ese modo, se promueve la apreciación, notablemente deferente o atenta, de las peculiaridades y tradiciones que son inherentes a los miembros de tales minorías, a fin de tutelar las

⁶ Art. 1, párr. 4 y art. 2, párr. 2 de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, op. cit. Asimismo, alude a estas medidas positivas la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, adoptada por la Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/sites/default/files/cedaw_SP.pdf.

⁷ Art. 3.2 del *Convenio marco para la protección de las minorías nacionales*.

manifestaciones características de la cultura que les es propia. Con ello, al reclamar la valoración de sus elementos distintivos, en tanto que factores de diversidad y riqueza culturales, se contribuye a la creación de un espacio plural e intercultural de convivencia, garante de su presencia pública y de la imprescindible cohesión social (CASTRO, 2013: p. 23).

Consecuentemente, al haberse descartado el enfoque comunitarista, propio del multiculturalismo, las acciones positivas que se apliquen no se inscribirán en auténticas “políticas de reconocimiento”, destinadas a conceder a las propias minorías, de forma permanente, un trato diferenciado y preferencial con respecto al resto de la población, en consideración a una supuesta situación estructural de vulnerabilidad y discriminación histórica, continuamente padecidas. Por tanto, las medidas temporales que se adopten, las cuales deberán estar contempladas en las leyes, ajustándose así a un juicio de razonabilidad, habrán de demostrar su carácter proporcional y necesario en una sociedad democrática, y su adecuación a las demandas y necesidades individuales, de carácter específico, que se desean atender. Eso explica que no conformen un estatus jurídico privilegiado (TAYLOR, 1992: p. 20), susceptible de presentarse, ya por medio de excepciones a las normas generales (“derechos derogatorios”); ya de beneficios, de carácter político, concedidos a tales grupos (“derechos promocionales”) (KYMICKA, 1996: p. 111).

No en vano, el propósito que anima al reconocimiento de derechos a los miembros de las minorías no es perpetuar la separación de aquéllos con respecto al resto de la población, sino alcanzar la anhelada inclusión, sin detrimento del respeto a la conservación de las diferencias y de la diversidad, evitando su asimilación por la cultura mayoritaria. Así, en particular, a los miembros de las minorías deberá allanárseles el acceso al pleno disfrute de los derechos sociales, económicos y culturales, y la opción de participar en la esfera pública, impidiendo su exclusión o marginación, al tiempo que se asegura su contribución a la formación de una cultura común (DENNINGER, 2007: p. 31).

A este respecto, ha de insistirse en que el enfoque adoptado por la Unión evita el riesgo que supone la perspectiva comunitarista, con la apertura a un

multiculturalismo de base nacional, étnica, religiosa o lingüística⁸. No en vano, esa perspectiva, al no armonizarse con una garantía efectiva e indiscriminada de los derechos fundamentales de la persona, conlleva una desnaturalización, cuando no una subversión, de los valores y principios, de carácter universal, sobre los que se asientan las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Estas inspiran el Derecho de la Unión, legitimando la existencia misma del orden político establecido (ROCA, 2005: p. 357). Por eso, el rechazo a esa otra visión evita el sacrificio de tales valores y principios que, de aceptarse, conduciría derechamente a la creación de formas de división o fragmentación políticas, negadoras de la integración sociocultural que actúa como presupuesto necesario de la convivencia cívica. De tal modo, en las ocasiones en las que se constate un uso maximalista y desproporcionado de los derechos atribuidos a los miembros de las minorías, contrario a la libertad igual de todas las personas, habrán de invocarse los demás principios y valores constitucionales sobre los que se asientan, tanto la Unión, como sus Estados miembros, a fin de frenar los excesos en los que se pueda incurrir. Y es que la legítima y razonable admisión de las especificidades y diferencias, ha de coonestarse con las exigencias que comporta el principio universal de los derechos humanos (SARTORI, 2001: p. 99).

Es, pues, necesario equilibrar y ponderar los bienes jurídicos que los derechos de los miembros de las minorías protegen, en el marco de unos valores y principios comunes, semejantes para todos (ALÁEZ, 2016: p. 34). De lo contrario, si se presta atención acrítica e incondicionada a los intereses de aquéllas, se estarán sentando las bases de la escisión social y de la disgregación misma del ordenamiento jurídico que los acoge. En consecuencia, han de rechazarse aquellas pretensiones de tales grupos, destinadas a conseguir que sus derechos particulares se sobrepongan a los garantizados

⁸ En vivo contraste con la situación europea, el multiculturalismo ha sido acogido por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, adoptada en Santo Domingo, el 15 de junio de 2016. Su art. VI alude, específicamente, a los “derechos colectivos” que benefician a esa minoría, en cuanto que tal. Vid. <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>. Sus principios, que cuentan con significativas reservas, formuladas por algunos Estados-parte, como Estados Unidos, Canadá, Brasil y Colombia, han sido desarrollados extensamente en la nueva Constitución de Bolivia de 2009, cuyo Capítulo Cuarto reconoce los “Derechos de las Naciones y Pueblos indígena originario campesinos”.

indiscriminadamente a todas las personas (GRIMM, 2007: p. 54). Si no es así, se perfilará un modelo de “ciudadanía diferenciada” (KYMICKA, 1996: p. 46), basado en el reconocimiento de un mosaico informe de colectivos humanos, atrincherados en torno a sus privilegios e incomunicados entre sí. De ahí que la Unión apueste, más bien, por un modelo de “ciudadanía compleja”, que aúne, tanto el reconocimiento de las diferencias reales que afectan a los miembros de las minorías, en aras de vencer los obstáculos que se interponen de cara a su inclusión efectiva; con la nítida identificación de unos referentes axiológicos universales, que han de actuar como canales de integración y como factores esenciales de ordenación de la convivencia. Y estos no son otros que los derechos fundamentales de la persona, expresión histórica y garantía irrenunciable de la dignidad humana (RUBIO, 2000: p. 21).

En suma, pues, el propósito de favorecer a los miembros de las minorías se ha de conciliar, no debiendo entrar, por tanto, en contradicción, con la protección de los demás valores que la Unión promueve (art. 2 TUE), los cuales, en conjunto, son expresión de una suerte de “identidad europea” (MUÑOZ, 2017: p. 149), basada en los principios comunes, compartidos por sus Estados miembros, que, además de erigirse en condición de ingreso de cualquier socio futuro (art. 49 TUE), fundamentan la confianza mutua existente entre los actuales (art. 2), al tiempo que proyectan legitimidad a su ordenamiento jurídico, cuyas normas han de ser interpretadas y aplicadas de conformidad con aquéllos (MARTÍN, 2019: p. 129).

Mas se advierte una tensión, no siempre bien resuelta, como revela la jurisprudencia, tanto del TEDH, como del TJUE, entre la pretensión legítima de reconocimiento de sus derechos, que expresan los miembros de las minorías; y la aspiración, manifestada por los Estados, de preservar determinados signos o rasgos que los individualizan, los cuales aparecen recogidos en la Norma Fundamental respectiva que funda sus ordenamientos, y que son expresión de su “identidad nacional” (art. 4.2 TUE) (DE WITTE, 2021: p. 559)⁹. Así, por citar sólo un ejemplo significativo, el choque entre ciertas expresiones públicas de la

⁹ A este respecto, este autor se manifiesta a favor de una interpretación restrictiva del art. 4.2 TUE, coincidente con su tenor literal dicho precepto, coincidente con su tenor literal.

libertad religiosa de los miembros de algunas minorías y el principio de laicidad o neutralidad del Estado, particularmente en Estados como Francia o Bélgica, resulta así muy elocuente acerca de lo indicado (PORRAS, 2023: p. 34).

III. El doble “estándar europeo” de protección de los derechos de las personas pertenecientes a las minorías.

En todo caso, es importante destacar que el “estándar europeo” de protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías trae causa, aunque no exclusivamente, del Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales, adoptado por la Asamblea del Consejo de Europa en 1995. Dicho Convenio-marco ha de ser puesto en relación con otros instrumentos provistos, tanto por el propio Consejo de Europa, como por la Unión Europea. En cualquier caso, mediante dicho Convenio se insta a los Estados parte a asumir obligaciones concretas. No obstante, su utilidad práctica se ha visto limitada por tres circunstancias a tener muy en cuenta (DE WITTE, 2008: p. 414):

Primero, por el hecho de que algunos Estados europeos, y no precisamente de escasa importancia, como Francia, se han negado a ratificarlo.

Segundo, debido al distinto entendimiento que aquéllos tienen del significado y alcance que se ha de atribuir al término “minoría”. Así, para unos se trata de una expresión ligada a la presencia histórica, en determinados territorios de ciertos Estados, nacidos o reconstituidos en el siglo XX, de grupos poblacionales con arraigo significativo, que son portadores de una cultura diferenciada de la que resulta, hoy, mayoritaria en aquéllos. De ahí el adjetivo calificativo “nacional”, que acompaña al concepto, y que es frecuentemente utilizado en la Europa central y oriental. En cambio, para otros Estados, la expresión “minoría” se refiere, también, a grupos que no necesariamente han de contar con una base territorial, sino que se caracterizan por la posesión de rasgos identitarios personales, como los inmigrantes, los cuales, a menudo, se agrupan en comunidades que comparten origen, lengua o religión: son las “*ethnics minorities*” a las que se refieren los Estados del Norte y Oeste de Europa (TURTON & GONZÁLEZ, 2001: p. 9). Y, finalmente, se hallan aquellos Estados que

abiertamente rechazan el concepto de minoría, negándolo, como Francia, Grecia y Turquía, al considerarlo incompatible con su identidad constitucional.

Y, en tercer lugar, hay que ser conscientes de que el Convenio-marco, en tanto que instrumento de Derecho internacional, se dirige, no a los ciudadanos, sino a los Estados parte, a fin de que incorporen sus directrices, que, consecuentemente, carecen de directa aplicabilidad por sí mismas. De ahí que no expresen, propiamente, derechos, sino normas programáticas, de realización diferida al desarrollo específico que aquéllos lleven a cabo.

Aun así, y a pesar de sus insuficiencias, la construcción de un estándar europeo común, orientado a la tutela de los derechos de los miembros de las minorías, debe mucho a los esfuerzos acometidos, tanto por el Consejo de Europa, como por la propia Unión Europea.

a) En referencia al Consejo de Europa, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, sólo contiene una referencia explícita en su art. 14, al prohibir la discriminación en el ejercicio de los derechos, entre otras causas, por pertenecer a una minoría nacional¹⁰. El art. 1 del Protocolo nº 12 insiste en este extremo¹¹. Sin embargo, otros derechos declarados en el Convenio poseen, también, un potencial significativo, a esos efectos, habiendo generado una jurisprudencia relevante. De tal modo ha sucedido, por ejemplo, en relación al amparo de las prácticas religiosas de los miembros de las minorías, sobre todo, aunque no sólo, musulmanas, ex art. 9 del CEDH (RELAÑO, 2003: p. 32)¹². Asimismo, la Corte de Estrasburgo se ha mostrado especialmente activa frente a las restricciones al uso de las lenguas minoritarias, las cuales, a su juicio, suponen limitaciones injustificadas, lesivas del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)¹³ y a la libertad de expresión (art. 10 CEDH)¹⁴; violación de este último derecho que ha constatado al sancionar que se prohíba o restrinja la manifestación libre de opiniones disidentes con respecto a las

¹⁰ STEDH *Oršuš y otros v. Croacia*, de 16 de marzo de 2010.

¹¹ STEDH *Selygenenko y otros v. Ucrania*, de 21 de octubre de 2021.

¹² De forma paradigmática, cfr., STEDH *Serif v. Grecia*, de 14 de diciembre de 1999.

¹³ STEDH *Mile Novaković v. Croacia*, de 17 de diciembre de 2020.

¹⁴ STEDH *Perinçek v. Suiza*, de 15 de octubre de 2015.

mayoritarias¹⁵; y cuando se procede al secuestro de publicaciones de miembros de colectivos minoritarios¹⁶. También, ha rechazado actuaciones lesivas del derecho a la educación (art. 2 del Protocolo nº 1 del Convenio), en relación, bien a supuestos de segregación escolar de alumnos caracterizados por su adscripción a minorías¹⁷, bien por no haberse permitido que la enseñanza se desarrolle en la lengua materna de los menores pertenecientes a una minoría numerosa¹⁸. A su vez, son destacables las resoluciones que obligan a restituir, en su plenitud, el derecho de reunión y de asociación (art. 11 CEDH) a los miembros de diferentes minorías¹⁹.

Con carácter especial, en el referido ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales y la Carta de las Lenguas Regionales o Minoritarias han ampliado la protección, siquiera, mediante la exigencia, destinada a los Estados firmantes, de que presenten informes periódicos a los respectivos comités de expertos, acerca del estado de aplicación de ambos convenios. En la práctica, ello se ha traducido en la creación de canales de diálogo fluido con los gobiernos, en visitas periódicas a los Estados, en consultas a representantes de los colectivos minoritarios, y en la publicación de dictámenes que contienen propuestas a las que los Estados habitualmente se acogen (ARP, 2008: p. 63).

En este sentido, el referido Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales contiene cláusulas más específicas que el Convenio de Roma, en relación, tanto a las prácticas religiosas de las minorías, insistiendo en su derecho a crear instituciones religiosas, organizaciones y asociaciones²⁰; como acerca de las lenguas minoritarias. En relación a éstas, promueve su uso público, oral y por escrito; insta a utilizarlas en las relaciones con las autoridades administrativas; pide que sus usuarios sean informados de las causas de su detención y a defenderse en su propia lengua²¹ y afirma el derecho de toda

¹⁵ STEDH *Karatas v. Turquía*, de 8 de julio de 1999.

¹⁶ STEDH *Balsytė-Lideikienė v. Lituania*, de 4 de noviembre de 2008.

¹⁷ STEDH *Folgero y otros v. Noruega*, de 29 de junio de 2007.

¹⁸ STEDH *Eğitim Ve Bilim Emekçileri Sendikası v. Turquía*, de 25 de septiembre de 2012.

¹⁹ STEDH *Gozerlik y otros v. Polonia*, de 20 de diciembre de 2001.

²⁰ Art. 8 del Convenio marco.

²¹ Art. 10 del Convenio marco.

persona perteneciente a una minoría a que la educación que reciba se efectúe en su lengua, en los casos en que exista una significativa demanda al respecto²².

Por su parte, la Carta Europea sobre Lenguas Regionales o Minoritarias se aplica sólo a las lenguas consideradas autóctonas europeas y, por tanto, cuestionablemente, no a las de los inmigrantes, que quedan excluidas de su aplicación²³. Así, insta a los Estados-parte a que supriman las restricciones o exclusiones injustificadas de las lenguas minoritarias; y a que desarrollen, sólo, aquellas iniciativas de promoción que se comprometan a cumplir²⁴ en los ámbitos de la enseñanza²⁵, la justicia²⁶, las relaciones con las Administraciones y los servicios públicos²⁷, los medios de comunicación²⁸, las actividades y los servicios culturales²⁹, además de en relación a la vida económica y social. Más una vez adoptadas aquéllas, las partes se comprometen al envío de informes periódicos a la Secretaría General del Consejo de Europa³⁰, que serán examinados por un comité de expertos, el cual, tras oír a los actores involucrados, elevará un informe al Comité de Ministros, con propuestas y recomendaciones dirigidas a las partes, que aquél podrá hacer público³¹.

A este respecto, es importante subrayar que ambos convenios, no sólo han inspirado las nuevas legislaciones de los Estados, sino que han sido profusamente utilizados en los subsiguientes procesos de ampliación de la Unión, para verificar si los Estados candidatos satisfacen, o no, el estándar de tutela de los derechos de las minorías que dichos convenios, en tanta medida, han contribuido a establecer. El incremento sustancial de la diversidad étnica, lingüística y religiosa en el ámbito de la Unión ha obligado a esta a situar en un

²² Art. 14 del Convenio marco.

²³ El art. 1 de la Carta entiende como “lenguas minoritarias” a las “habladas tradicionalmente en un territorio de un Estado por nacionales de ese Estado, que constituyen un grupo numéricamente inferior al resto de la población del Estado, y diferentes de la(s) lengua(s) oficial(es) del Estado”, “por lo que no incluye a los dialectos de la(s) lengua(s) oficial(es), ni las lenguas de los inmigrantes”.

²⁴ Art. 2.2. y art. 3.3. de la Carta.

²⁵ Art. 8 de la Carta.

²⁶ Art. 9 de la Carta.

²⁷ Art. 10 de la Carta.

²⁸ Art. 11 de la Carta.

²⁹ Art. 12 de la Carta.

³⁰ Art. 15 de la Carta.

³¹ Arts. 16 y 17 de la Carta.

lugar preferente de su agenda asegurar el respeto por los derechos de las minorías (PENTASSUGLIA, 2001: p. 33 & FERRERO, 2004: p. 5).

A) En cuanto a la Unión Europea, cabe indicar que su ordenamiento jurídico se ha convertido en una importante fuente de derechos para los miembros de las minorías, condicionando la adhesión de nuevos socios de Europa Central y del Este (DÍAZ: 2005, p. 485). Así, además de las disposiciones contenidas en los Tratados, orientadas a la lucha contra la discriminación, por motivos, entre otros, étnicos y de religión o convicciones (arts. 19 TFUE y 20 y 21 CDFUE), hay que señalar que han sido dos relevantes directivas, publicadas en 2000, quienes mejor han concretado una protección que cabe extender cualificadamente a los miembros de las minorías. En ambas se pone de manifiesto la necesidad de incorporar dicho principio fundamental del Derecho de la Unión al Derecho nacional de los Estados miembros. No obstante, su aplicación ha ocasionado discrepancias acerca de la plena adecuación de éste a aquél, circunstancia que ha generado algunas disputas significativas que ha debido resolver el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (PORRAS, 2021: p. 276).

Así, la primera norma de referencia es la Directiva 2000/78, que tiene por objeto “establecer un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”. En la misma se determina que nadie puede ser objeto de una discriminación, directa o indirecta, entre otras razones consideradas relevantes, por “motivos de religión o convicciones” (art. 1), rasgo o componente éste que, con frecuencia, caracteriza a una minoría, al venir a establecer un estrecho vínculo de solidaridad entre sus miembros (GHANEA, 2012: p. 57 & HENRAD, 2021: p. 830). Aun así, el art. 4.1 de la Directiva justifica la diferencia de trato, basada en los motivos o características indicadas, “cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional, esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”.

Así, la apelación a prácticas nacionales para justificar un trato distinto, referido a un motivo de no discriminación basado en las creencias, ha dado lugar a supuestos y resoluciones jurisprudenciales, especialmente polémicas, que han

afectado de lleno a los miembros de alguna significativa minoría, como la musulmana. Destacadamente, en el Asunto *Samira Abchita*³², el TJUE confirmó la decisión de un tribunal nacional que validaba la actuación de una empresa radicada en un Estado miembro, la cual prohibía a sus trabajadores, con carácter general e indiferenciado, cuando tuvieran trato con sus clientes, exhibir signos visibles de naturaleza política o religiosa en el lugar de trabajo, para desarrollar así una política de neutralidad en el marco de las relaciones laborales. Ciertamente, una decisión tal, que hace primar la libertad de empresa, supone limitar la libertad religiosa de los miembros de la minoría musulmana, proyectando una discriminación indirecta sobre los mismos, al ocasionar, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que, profesando esa religión, usan en su atuendo un pañuelo islámico, que es parte inherente a su identidad cultural. A pesar de lo indicado, el TJUE entendió, cuestionablemente, que la diferencia de trato ofrecida se había de considerar conforme a Derecho, no constituyendo, por tanto, forma alguna de discriminación, ni directa, ni indirecta, al justificarse objetivamente en aras de satisfacer una finalidad legítima: aplicar un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con los clientes; siendo los medios empleados adecuados y necesarios, extremo éste cuya comprobación el Tribunal encomendaba al órgano jurisdiccional nacional competente (WEILER, 2017: p. 12 & PELAYO, 2017: p. 64).

Una posterior y más matizada jurisprudencia del TJUE señala que la existencia de una política de neutralidad, la cual se traduce en una norma interna de la empresa que prohíbe la demostración de signos visibles de convicciones o creencias en el lugar de trabajo, si quiere evitar la generación de una discriminación indirecta a los trabajadores pertenecientes, en este caso, a una minoría religiosa, ha de estar objetivamente justificada por una necesidad real del empresario. Así, éste deberá probar que esa política de neutralidad preserva su libertad de empresa, por lo que, de no establecerse, supondría para él consecuencias desfavorables o perjudiciales. En todo caso, el TJUE ha

³² STJUE de 14 de marzo de 2017, C-157/15, *Asunto Samira Abchita y otros v. G4S Secure Solutions NV*.

dispuesto que la prohibición de emplear cualquier clase de simbología religiosa sea cual sea su impacto visual, ha de extenderse a todos los trabajadores, limitándose a lo estrictamente necesario. Es decir, ha de ser proporcional a las consecuencias negativas que el empresario pretende evitar³³. De ahí la insistencia en que la prohibición se aplique de forma general e indiferenciada³⁴. Una solución poco convincente, sin duda, ya que, de hecho, a quien afecta dicha limitación es a los miembros de una minoría muy concreta, que quedan así desprotegidos de sus derechos irrazonablemente.

Pero, en todo caso, el Tribunal de Justicia de la Unión ha recordado que, conforme a la Directiva 2000/78, corresponde también a los Estados miembros valorar, en su caso, si una diferencia de trato basada en una característica relacionada con motivos de religión puede justificar un trato distinto, sin que el mismo merezca considerarse discriminatorio. Por tanto, el Tribunal ha resuelto que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente, a fin de que los servicios de la empresa no le sean prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico, en tanto que miembro de una caracterizada minoría religiosa, no puede considerarse un «requisito profesional, esencial y determinante». De ahí que, en principio, el Tribunal haya, por fin, entendido que sí constituye discriminación acoger una disposición como la indicada, a los efectos de invocarla para motivar un despido (MARTÍ, 2017: p. 41)³⁵.

Aun así, más recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que una norma interna, en este caso, de una administración pública, que prohíbe, de manera general e indiferenciada, a los miembros del personal de dicha administración, el uso visible, en el lugar de trabajo, de cualquier signo que revele convicciones filosóficas o religiosas, puede estar justificada por la voluntad de dicha administración de establecer, teniendo en cuenta el contexto que le es propio, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea

³³ STJUE (Gran Sala), de 15 de julio de 2021, C-804/18 y C-341/19, *Asuntos Wabe y MH Muller Handel*.

³⁴ STJUE de 13 de octubre de 2022, C-344/20, que resuelve el *Asunto L.F. y S.C.R.L.*

³⁵ STJUE de 14 de marzo de 2017, C-188/15, *Asunto Asma Bougnaoui y ADDH v. Micropole SA*.

adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto, y habida cuenta de los diferentes derechos e intereses en juego³⁶.

A su vez, la jurisprudencia de Luxemburgo ha considerado que constituye discriminación directa por motivos de religión el hecho de que la legislación de un Estado miembro reconozca una festividad religiosa sólo a algunos trabajadores, en tanto que miembros de determinadas minorías cristianas, y no a los demás. Y que considere que sólo los trabajadores a los que se hace ese reconocimiento tienen derecho a beneficiarse de un complemento salarial si se ven obligados a trabajar durante esa jornada. Por eso, en tanto el legislador nacional no restablezca la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, aquél deberá extender a los demás trabajadores el beneficio de no trabajar en el día festivo señalado y a recibir el complemento salarial por el trabajo, en su caso, realizado. Se apunta así a la falta de neutralidad por parte del Estado miembro (PoLo, 2020: p. 12), el cual promocionó el derecho de unos trabajadores, en razón a sus creencias, en detrimento de otros, con menoscabo del Derecho de la Unión. Vino así a beneficiar, desproporcionada e injustificadamente, a los miembros a ciertas minorías, en detrimento de otros, de modo irrazonable³⁷.

También ha de insistirse en que un uso exorbitante de sus derechos por parte de las minorías religiosas en el ámbito laboral es contrario al Derecho de la Unión Europea, ya que conforme a la Directiva 78/2000, también puede generar discriminación a las personas. Así se advierte en aquellas ocasiones en que se efectúa un desviado empleo de la norma recogida en el artículo 4.2 de esa Directiva, la cual permite «a los Estados miembros mantener en su legislación nacional vigente, o establecer en su legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales, en el caso de las actividades profesionales de las Iglesias y de otras organizaciones religiosas, por lo que respecta a sus actividades profesionales, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la

³⁶ STJUE de 28 de noviembre de 2023, C-148/21, *Asunto OP y Commune d'Ans* (ver el comentario a esta sentencia en la sección jurisprudencia).

³⁷ STJUE de 11 de septiembre de 2018, C-193/17, *Asunto Cresco Investigation GmbH y Markus Achatzi v. Austria*.

religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o en el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización». «Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario y no podrá justificar una disposición basada en otro motivo».

Dicha norma viene así, en definitiva, a facultar al empleador, vinculado a una «empresa» u «organización de tendencia» (ONIDA, 2001: p. 905), adscrita a una minoría religiosa, para que proporcione, si así lo considera conveniente, diferencias de trato, por motivos de creencias o convicciones, a sus trabajadores, no incurriendo por ello en discriminación, si demuestra que esas diferencias resultan necesarias para mantener los principios sobre los que se sustenta la actuación de la empresa. Al tiempo, se permite al empresario que exija a sus empleados una actitud de buena fe y lealtad para con esos principios. No obstante, en todo caso, y aun reconociendo la autonomía de que goza, a esos efectos, la organización religiosa, ex art. 17 TFUE, el Tribunal de Justicia de la Unión ha señalado que es necesario que la invocación hecha por el empresario pueda ser objeto de un control judicial efectivo que permita garantizar que, en ese caso concreto, se cumplen los criterios señalados en el artículo 4.2 de la Directiva y no se hace una interpretación abusiva de los mismos. De este modo, se viene a garantizar la aplicación preferente e incondicionada del Derecho primario de la Unión (arts. 21 y 47 de la Carta) (MORENO, 2018: p. 22), frente a cualquier decisión particular, potencialmente exorbitante, que se adopte al amparo de la cláusula concreta de referencia, desarrollada en una norma nacional³⁸.

Asimismo, el Tribunal de Luxemburgo ha estimado que se produce discriminación por motivos religiosos, atentándose, por tanto, contra el principio de igualdad de trato en el empleo, protegido por la Directiva mencionada, cuando se comprueba que el trabajador ha sido despedido por apartarse, en su vida

³⁸ STJUE de 17 de abril de 2018, C-414/16, *Asunto Vera Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*

privada, y no en el ejercicio de su actividad profesional, de los principios religiosos que su empleador eclesiástico le exige que observe, a pesar de no afectar aquéllos a su trabajo. De tal forma ha venido a concluir que la pertenencia confesional o adhesión religiosa como requisito profesional legítimo para ocupar un determinado puesto de trabajo, ha de ligarse necesariamente a la actividad a desarrollar, de forma que, si no media vínculo directo, cualquier decisión lesiva habrá de juzgarla exorbitante, en tanto que discriminatoria (MORENO, 2018: p. 67).

No cabe, por tanto, invocar decisiones intraconfesionales, reconocidas por las legislaciones nacionales, al amparo espurio del derecho a la libertad religiosa, interpretado de consuno con el artículo 17 TFUE, para oponerse a la aplicación general e imperativa de un principio fundamental sobre el que se ha construido el Derecho de la Unión³⁹.

Más allá del ámbito laboral, la Unión Europea garantiza que nadie pueda ser discriminado por razón de sus creencias, circunstancia ésta que afecta negativamente, de forma especial, a los miembros de algunas minorías, como la musulmana o la israelita. Así, en relación al sacrificio de animales realizado por algunas comunidades religiosas, conforme a prácticas rituales establecidas, el Derecho de la Unión, en su Reglamento 1099/2009, que trata de garantizar, con carácter general, que la muerte de los animales se produzca sin dolor, sufrimiento o angustia, contempla una excepción a la obligación impuesta de aturdimiento previo a la muerte del animal, basada en motivos religiosos, si bien exigiendo que el sacrificio se realice, cuando menos, en un matadero autorizado⁴⁰. Posteriormente, el TJUE ha insistido en que los Estados no pueden rechazar la excepción contenida en el Reglamento, que permite el sacrificio ritual sin aturdimiento previo, pues ello supondría actuar en contra del Derecho de la Unión, sensible, en este caso, con los derechos de las minorías⁴¹. No obstante, también se determinó, polémicamente, que la carne procedente de animales que hayan sido objeto de un sacrificio ritual, realizado sin aturdimiento previo, tal y como

³⁹ STJUE de 11 de septiembre de 2018, C-68/17, *Asunto IR v. JQ*.

⁴⁰ STJUE de 6 de julio de 2018, C-426/16, *Asunto Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW y otros contra Vlaamst Gewest*.

⁴¹ STJUE de 17 de diciembre de 2020, C-336/19, *Asunto Central Israëlitisch Consistorie van België y otros*.

exige, con carácter general, la legislación de la Unión no podrá llevar la etiqueta ecológica, a pesar de ser aquélla una práctica excepcionalmente permitida al amparo de la libertad religiosa⁴² (GARCÍA-URETA, 2019: p. 273).

Aun así, otros “beneficios” solicitados por parte de algunas minorías no han sido aceptados por el TJUE, que ha estimado que no puede considerarse una injerencia en la autonomía organizativa de las comunidades religiosas, que se obligue a aquéllas a ser responsables, junto con sus miembros, de los tratamientos de datos personales efectuados por estos últimos en relación con una actividad de predicación puerta a puerta, organizada, coordinada y fomentada, en este caso, por la comunidad de Testigos de Jehová. Se insiste así en que todas las personas y organizaciones religiosas han de cumplir con las normas del Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, en concreto, con lo dispuesto en la Directiva 1995/46, norma que se encontraba en vigor cuando se planteó la cuestión prejudicial. No cabe, por ende, alegar el art. 10.1 (CDFUE), para eximirse de esa obligación derivada del Derecho de la Unión. No existe, por tanto «excepción religiosa» en beneficio de las confesiones en materia de recogida y tratamiento de los datos de carácter personal, tal y como ha confirmado posteriormente el vigente Reglamento 2016/679, de 27 de abril (VON DANWITZ, 2018: p. 31). En consecuencia, el artículo 17 TFUE, que permite a los Estados miembros la libre determinación del estatuto de las confesiones religiosas, no ha de ser considerado obstáculo alguno en ese sentido frente a la voluntad de aplicación uniforme y general del Derecho de la Unión, en relación a una materia como la señalada que es objeto indiscutido de su competencia⁴³.

Por otro lado, la segunda norma relevante, objeto de referencia, que afecta de lleno a la protección de los miembros de las minorías, es la Directiva 43/2000, la cual proscribe toda discriminación laboral basada en la raza o el origen étnico, lo que es extensible a quienes pertenecen a una minoría nacional o lingüística. De ahí que sea aplicable, no sólo a los norteafricanos de origen

⁴² STJUE de 26 de febrero de 2019, C-497/17, *Asunto OABA v. Ministerio de Agricultura y Alimentación de Francia*.

⁴³ STJUE de 10 de julio de 2018, C-25/17, *Asunto Comisión de Protección de Datos de Finlandia v. Comunidad de los Testigos de Jehová*.

inmigrante, en los que se pensó inicialmente, sino, también, por ejemplo, a los romaníes o a los húngaros que viven en Rumanía (GÓMEZ, 2001: p. 78). Así, el TJUE ha explicado que constituye discriminación directa, ex art. 2.2 a) de la referida Directiva, en atención a los motivos indicados, que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial, ya que tales declaraciones pueden disuadir a determinados candidatos a la hora de solicitar un empleo, lo que dificulta su acceso al mercado de trabajo. Además, hacen presumir la existencia de una política de contratación abiertamente discriminatoria. Por ese motivo, dicho empleador ha de asumir la carga de la prueba (art. 8.1 de la Directiva), debiendo demostrar, por tanto, que no ha vulnerado el principio de igualdad de trato, al no corresponderse sus declaraciones con la política de contratación efectivamente llevada a cabo por su empresa. En cualquier caso, corresponde al Tribunal verificar los hechos denunciados y demostrar su suficiencia para avalar la denuncia; y al Estado aplicar la sanción correspondiente por la discriminación causada, la cual deberá ser efectiva, proporcionada y disuasoria⁴⁴. Asimismo, el TJUE aclara que el requisito profesional, esencial o determinante, para la prestación del servicio, que es exigido al trabajador, el cual se configura como excepción para otorgar un trato distinto, no puede venir referido a meras preferencias de los clientes, si éstas se refieren a estereotipos o prejuicios racistas o xenófobos. También resulta relevante considerar que la Directiva habilita a los Estados para establecer acciones afirmativas, siempre y cuando no generen una discriminación inversa, ni de contenido individual respecto del grupo mayoritario, ni de contenido minoritario colectivo, esto es, en relación a otra minoría (BALLESTER, 2011: p. 239).

De este modo, la Unión, a través de su normativa, ha pasado de establecer una tutela contra la discriminación ligada a la nacionalidad, a favor de los ciudadanos europeos, por razones estrictamente económicas y no políticas, esto es, a fin de garantizar la unidad del mercado interior, a luchar contra la

⁴⁴ TJUE de 10 de julio de 2008, Asunto C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Centro para la igualdad de oportunidades y lucha contra el Racismo) v. Firma Geryn NV*.

discriminación y promover la igualdad por razones de sexo, raza, edad, condición física o religión, acogiéndose a lo dispuesto en el art. 19 TFUE (ex art. 13 TCE). Con ello, el Derecho derivado de la Unión y la jurisprudencia del TJUE han ido así, paulatinamente, cubriendo, aunque, quizá, con un exceso de focalización en el ámbito laboral, los diversos ámbitos concernientes a la política antidiscriminatoria, de lo que se han beneficiado los miembros de las más significativas minorías.

Además, el carácter innovador de la legislación europea se ha irradiado a los ordenamientos de los Estados miembros. Así se ha puesto de manifiesto en la definición de nuevas causas de discriminación; en la introducción del concepto de discriminación indirecta, importado de los EEUU; y en la inclusión de normas de organización y procedimiento, exigidas a los Estados, para que promuevan la igualdad de trato, facilitando la impugnación de las prácticas discriminatorias (DE WITTE, 2008: p. 428).

A su vez, las mencionadas directivas aseguran su eficacia horizontal, frente a terceros, lo que ha supuesto una extensión muy beneficiosa del principio de igualdad en las relaciones entre particulares. Aun así, la legislación europea, al hacer hincapié en la prohibición de discriminación, no ha previsto, por sí misma, acciones positivas para la inclusión de los miembros de las minorías. Lo ha dejado al criterio de los Estados. En todo caso, su normativa actúa como parámetro de control de las legislaciones nacionales de desarrollo, lo que garantiza su aplicación efectiva, suponiendo un avance muy significativo en la materia.

VI. Especial referencia a los migrantes y a los ciudadanos de origen migrante: ¿minoría diferenciada?

Los integrantes del colectivo de personas migrantes y de origen migrante en los diferentes Estados Miembros de acogida constituyen, sin duda, una minoría. Esto es, componen grupos numéricamente más reducidos, en el marco de la población general, los cuales, encontrándose en una posición no dominante, comparten características étnicas, religiosas, lingüísticas o derivadas de su origen nacional, diferentes de las del resto. Y como tales se encuentran

ligados, siquiera implícitamente, por un vínculo de solidaridad, orientado, tanto a salvaguardar sus diferencias culturales, como a alcanzar la igualdad de hecho y de derecho con la mayoría. En tal sentido, no podemos olvidar que la experiencia de las personas que han abandonado su país de origen o residencia para establecerse, temporal o permanentemente, en otro distinto, constituye, inicialmente, una experiencia de desarraigo, potencialmente traumática, que implica la reconfiguración de su identidad en la sociedad de acogida, la cual puede verse acompañada de discriminación y rechazo, al tratarse de un proceso que implica, siempre, interacción y, a menudo, conflicto cultural.

En consecuencia, el trato que se les ofrece se ha de basar en el principio de Derecho internacional consuetudinario de la no discriminación, que, al ser de gran relevancia, se refleja en múltiples documentos relativos a los derechos humanos (ORTEGA, 2017: 103). Así, se proyecta en varios instrumentos que guardan relación directa con las minorías. Entre ellos destacan la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁴⁵, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas⁴⁶, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados⁴⁷ y la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven⁴⁸.

Hablamos, pues, de unas minorías que vienen caracterizadas, primariamente, por el origen extranjero de sus miembros, que son nacionales de terceros Estados o apátridas, los cuales, por razones, ya políticas, en tanto que solicitantes de protección internacional, ya económicas, como demandantes de una oportunidad de trabajo digno, han expresado su voluntad y obtenido el permiso de residir en el territorio europeo. A ellos cabe agregar a los individuos

⁴⁵ Aprobada por la Resolución 45/158, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1990. Cfr., <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>.

⁴⁶ Adoptada en Nueva York, Estados Unidos, el 28 de septiembre de 1954, por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social, en su Resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954. Cfr., <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0006.pdf>.

⁴⁷ Vid., <https://www.acnur.org/media/convencon-sobre-el-estatuto-de-los-refugiados>.

⁴⁸ Vid., <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-human-rights-individuals-who-are-not-nationals>.

de origen migrante, naturalizados tras adquirir la ciudadanía, pero cuya integración e inclusión plenas no se ha producido todavía, al hallar dificultades u obstáculos relevantes. En consecuencia, aludimos a migrantes y a ciudadanos de procedencia migrante, vinculados a un origen extranjero, que son portadores de culturas distintas de la mayoritaria; personas que muestran rasgos identitarios que los singularizan, derivados fundamentalmente de su origen nacional, etnia, lengua propia o religión. A lo indicado cabe añadir, para confirmar su condición de miembros de minorías, la toma de conciencia o autopercepción acerca de su pertenencia a un grupo numeroso y diferenciado del mayoritario, lo que les lleva a reivindicar un tratamiento específico, orientado a su reconocimiento, a fin de garantizar la pervivencia del colectivo; y, al tiempo, a demandar el ejercicio del derecho a expresar libremente su identidad propia, en todas sus manifestaciones, para superar los riesgos de asimilación y la situación de discriminación, en ocasiones múltiple (en tanto que, además, mujeres, menores, ancianos...), que padecen (LEÓN, 2022: p. 163).

Pero, en la práctica, es, como se ha indicado, en atención diversificada a esos rasgos característicos: nacionales, étnicos, religiosos y lingüísticos, cómo se efectúa su protección legislativa y jurisprudencial en la Unión, y por parte de los diferentes Estados Miembros. Y no podría ser de otro modo ya que, aun siendo evidente que los migrantes y las personas de origen migrante constituyen minorías en la sociedad de acogida (LA BARBERA, 2019: p. 235)⁴⁹, lo cierto es que no componen un conjunto homogéneo, dado que la procedencia de sus miembros es dispar, como su cultura. Aun así, la Unión se ha dirigido a ellos de forma unitaria, siquiera a través del *soft law* que produce, en el cual sí ha pretendido aunar el tratamiento que merece la minoría migrante, al ligarlo a una estrategia común que requiere la adopción de un enfoque integral u holístico que minimice sus “*riesgos y vulnerabilidades*”, creando condiciones propicias para su desenvolvimiento, compatibles con la dignidad humana⁵⁰.

⁴⁹ El concepto de “vulnerabilidad” es, hoy, a veces, reemplazado por el eufemístico “necesidades especiales de acogida”.

⁵⁰ Vid., a este respecto, en tanto que marco de cooperación no vinculante jurídicamente, el Pacto Global para una Migración Segura, Ordenada y Regular, acordado, en el ámbito de la ONU, de 13 de julio de 2018. Dicho pacto internacional aborda el fenómeno migratorio en todas sus

No en vano, los Tratados instan a promover y desarrollar, de manera efectiva, una política común de inmigración (arts. 79.1 y 79.2 TFUE), orientada a la integración e inclusión social de los individuos que residan legalmente en el territorio de la Unión (art. 79.4 TFUE), hasta convertirlos en ciudadanos de pleno derecho, en igualdad de condiciones con los demás. En este sentido, el art. 79.4 TFUE, si bien colma una laguna presente en el antiguo art. 63 TCE, al venir a referirse, por vez primera, a la integración de los migrantes, en el marco de una política común, se limita a habilitar al Parlamento Europeo y al Consejo para que implanten, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas que fomenten y apoyen la acción de los Estados miembros, propiciando la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio. No obstante, dicho precepto excluye, de manera expresa, la posibilidad de armonizar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, que siguen siendo, por tanto, los únicos competentes y responsables en la materia.

La Unión asume así una competencia débil, de claro carácter subsidiario o ancilar respecto de la que ostentan los Estados, la cual se orienta meramente a *“fomentar y apoyar”*, de forma, por tanto, indirecta, las actuaciones que aquellos emprenden. Se constata así, cómo la Unión carece de una competencia propia, siquiera concurrente en la materia, lo que la ha llevado, hasta el presente, a seguir adoptando, como en el pasado, meras pautas o guías políticas, dirigidas a los Estados y a recurrir al llamado *“método abierto de coordinación”*, por medio del cual la Comisión favorece la concertación de las políticas a desarrollar, promueve el intercambio de informaciones y prácticas, y evalúa las medidas adoptadas por aquéllos, aconsejando, o no, su generalización (PORRAS, 2021: p.19).

Así, para dar una respuesta actualizada a los desafíos que hoy enfrenta la Unión Europea en la materia, el Plan de Acción de la Comisión para el período

dimensiones, de forma integral, evitando la separación entre refugiados políticos y migrantes económicos, a fin de contribuir, en ese aspecto, a la mejora de la gobernanza de la globalización. Cfr., https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180713_agreed_outcome_global_compact_for_migration.pdf.

2021-2027⁵¹ tiene, de antemano, la virtud de aparecer publicado, de forma simultánea, al nuevo Pacto sobre Migración y Asilo⁵², que, orientado a modificar el SECA, asume el reto de avanzar en la construcción de una auténtica política migratoria común en la Unión Europea. Ambos documentos forman parte de la respuesta integral destinada a afrontar los retos asociados a la migración en todas sus facetas. No en vano, unas y otras políticas han de ser complementarias, si se desea que sean eficaces. Además, Plan de Acción aparece, en no menor medida, ligado al marco financiero plurianual de la Unión (2021-2027) y al Instrumento de Vecindad, Desarrollo y Cooperación Internacional.

Como más destacada novedad, el Plan de Acción se dirige no sólo a los migrantes, recién llegados, sino, también, a los extranjeros naturalizados de origen migrante, convertidos en ciudadanos de la Unión Europea. Se viene así a poner de manifiesto la defectuosa integración e inclusión de los miembros de este último y numeroso colectivo.

De ahí el interés declarado por ir más allá de lo dispuesto en el Plan de Acción de 2016, el cual se destinaba sólo a los nacionales de terceros países. La necesidad de adoptar medidas adicionales, más enérgicas, que profundicen en las iniciativas alentadas por aquél, revela muy a las claras las deficiencias y dificultades subsistentes que aún afectan a los migrantes y a los ciudadanos europeos de origen migrante, en relación con áreas clave como el empleo, la educación y el acceso a los servicios básicos como la vivienda y la atención sanitaria (ESPARZA & DÍAZ-REVORIO, 2019: p. 57). Además, con carácter extraordinario y sobrevenido, como años atrás lo fue la crisis de los refugiados en 2015, la pandemia de COVID-19 vino a agregarse a esos problemas,

⁵¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de Acción en materia de Integración e Inclusión para 2020-2027. Bruselas, 24.11.2020. COM/2020/758 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2020:758:FIN>.

⁵² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. Bruselas, 23.9.2020. COM(2020) 609 final <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2020/ES/COM-2020-609-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

expresando nuevos u ocultos déficits, que hacen patente la necesidad de adoptar medidas más incisivas, reforzadas y novedosas.

A este respecto, los valores y principios sobre los que se sustenta el Plan de Acción, que son la base de todas las políticas que emprende la Unión Europea en la materia, según establece el pilar europeo de derechos sociales, insisten, en primer lugar, en la promoción de una inclusión para todos. Y se fundamenta así en la idea-fuerza de que cuantas políticas públicas se emprendan, aun afectando a toda la población, dado que ésta presenta necesidades diversas, han de tener en cuenta, de manera específica, las necesidades particulares que muestran los diferentes colectivos que la integran (REY: 2019, p. 36). De ahí que exhorte a la adopción de medidas generales que lejos de actuar en detrimento de las minorías más vulnerables y desfavorecidas, que asegure a aquellas un “*nivel de vida digno*”⁵³. Es, pues, conveniente que se establezcan sinergias con las demás estrategias de la Unión⁵⁴, extremo éste que el anterior Plan de Acción apenas promovía, a fin de fomentar la igualdad, la cohesión social y garantizar la inclusión plena, además de la participación de todas las personas en la sociedad de la que forman parte.

Además, con el propósito manifiesto de evitar la propagación de ideologías extremistas que puedan conducir a la violencia e, incluso, al terrorismo, se insiste en la necesidad de realizar acciones preventivas. Así, a través de la Red para la Sensibilización frente a la Radicalización, la Comisión colabora con profesionales y actores locales para evitar la radicalización de los migrantes que se demuestren escasamente integrados en la sociedad de acogida.

Asimismo, más allá de eso, la Comisión se muestra consciente de la conveniencia de proporcionar un apoyo específico a determinados países receptores, a fin de que puedan superar desafíos concretos. Se viene a reconocer, por fin, que determinados Estados miembros sufren una mayor

⁵³ Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁵⁴ En especial, con el Plan de Acción que pone en práctica el pilar europeo de derechos sociales, el Plan de Acción antirracismo, el Marco Estratégico para la igualdad, la inclusión y la participación de los gitanos; la Estrategia para la igualdad de las personas LGBTIQ; la Estrategia para combatir el antisemitismo y el Informe sobre la Ciudadanía de la Unión Europea.

presión migratoria, encontrando más dificultades para gestionarla, por lo que merecen recibir una asistencia reforzada. Y el auxilio de mecanismos de apoyo específicos, dirigidos a los menores, sobre todo a los no acompañados, a las mujeres, a los refugiados, a los migrantes altamente cualificados..., que ayuden a quienes acaban de llegar a integrarse, complementando cuantas iniciativas se adopten con carácter general.

También, constituye una prioridad para la Comisión la atención a las características personales de los migrantes y de los ciudadanos de la Unión de origen migrante: como son el género, el origen étnico, la religión, la orientación sexual y la discapacidad, que plantean frecuentemente dificultades especiales para su deseable inclusión social. En particular, las mujeres (ALONSO *ET ALII*, 2020: p. 221) y las niñas migrantes (DURÁN, 2021: p. 54) encuentran más obstáculos que los hombres y los niños migrantes para la integración, al tener que hacer frente a barreras estructurales, derivadas de esa combinación de factores. Como se ha indicado, otros factores a tener en cuenta, que complican la inclusión, son el origen étnico del migrante⁵⁵, así como las creencias religiosas, de signo distinto al mayoritario, que manifiesta profesar, en su caso, aquél (CASTRO, 2002: p. 89). Todos esos elementos, a menudo, provocan su discriminación directa o indirecta, sobre todo cuando los migrantes o los ciudadanos de origen migrante buscan una vivienda o un empleo, acuden a la escuela, o desarrollan su vida cotidiana en su barrio de residencia o trabajo.

Así, el Plan de Acción se compromete a prestar apoyo en todas las etapas del proceso de integración, involucrando a cuantos actores estén interesados, tanto políticos como integrantes de la sociedad civil (organizaciones no gubernamentales, instituciones educativas, empresarios, sindicatos, iglesias...y a los propios colectivos de migrantes). En particular, urge a que dicha asistencia se traduzca en una intervención temprana, a fin de que la integración satisfactoria de los migrantes se inicie desde un primer momento. Por ello, demanda a los Estados miembros el establecimiento, con el patrocinio de la

⁵⁵ Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: una Unión de la igualdad: Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52020DC0565>.

Unión, de medidas de integración previas a la partida, vinculándolas a otras posteriores a la llegada. En ese aspecto, la organización de cursos de orientación y formación, en función de las necesidades del mercado de trabajo interno, resulta de una gran ayuda.

Asimismo, se apuesta por invertir en el largo plazo. El marco financiero plurianual 2021-2027 aspira a que el Fondo de Asilo y Migración proporcione asistencia financiera en los ámbitos del empleo, la educación, la asistencia social y sanitaria y la vivienda, a través de los fondos de la política de cohesión: el Fondo Social Europeo Plus y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, además de otros, como el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y el programa Erasmus+.

En concreto, el Plan de Acción promueve actuaciones en los considerados ámbitos sectoriales principales, siendo importante subrayar que dichas medidas complementan las incluidas en las últimas y más avanzadas estrategias en materia de igualdad, promovidas por la propia Comisión⁵⁶.

En primer lugar, en lo que a la educación y formación se refiere, se insiste en la necesidad de garantizar, a toda costa, la inclusión y la igualdad de oportunidades en el ámbito de la enseñanza, pues resulta evidente que la escuela ha de ser, en mayor medida que antes, si cabe, un cualificado espacio facilitador de la integración de los niños migrantes y de sus familias. Para alcanzar ese fin, la Comisión Europea ofrece a los Estados miembros una amplia financiación⁵⁷ y herramientas complementarias orientadas a respaldar programas y medidas, conforme a los objetivos que se señalan y las necesidades particulares, advertidas a nivel nacional, regional y local.

Para ello, el Plan de Acción insta a los docentes a agenciarse las capacidades necesarias que los conviertan en cualificados instrumentos para la integración y la inclusión social de los migrantes. Por eso no se escatiman medios a fin de dotarlos de recursos y del apoyo pedagógico que precisan para

⁵⁶ Vid. la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, COM(2020)52 final, y el Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025, COM(2020) 565 final.

⁵⁷ Especialmente, el Fondo Social Europeo, el Fondo de Asilo y Migración y el Fondo de Desarrollo Regional.

atender aulas multiculturales y multilingües, en beneficio tanto de los niños migrantes, como de los nativos. Gestionar la diversidad étnica, cultural, religiosa y lingüística en las aulas es un reto contemporáneo que requiere la contribución generosa de los fondos y de la red de soporte que la Unión proporciona a los Estados miembros. En este sentido, la lucha contra la segregación en las escuelas, que es uno de los objetivos preferentes que, en relación con esta materia, ha definido la Comisión, exige potenciar la interacción entre el alumnado, al margen de su origen (BONAL *ET ALII*, 2020: p. 57). Y, en particular, desde las escuelas se ha de hacer cuanto sea necesario para evitar que los jóvenes se sientan atraídos por ideologías, organizaciones o movimientos extremistas, de carácter violento⁵⁸.

Asimismo, se subraya que los niños migrantes con discapacidad precisan de un apoyo adicional para participar en la educación, en pie de igualdad con los demás. Como también los menores no acompañados que han superado la edad de escolarización obligatoria y llegan a la Unión como refugiados, requiriendo programas que faciliten su transición a la vida adulta (DURÁN, 2021: p. 66). Todo ello se inscribe en el compromiso adquirido por la Unión a fin de adoptar una estrategia integral sobre los derechos del menor⁵⁹, acompañada de una Garantía Infantil Europea⁶⁰; iniciativas éstas destinadas a asegurar a todos los niños, independientemente de cuál sea su origen, capacidad, entorno socioeconómico, condición jurídica y residencia, unos mismos derechos y una igual protección.

Además, a esto se une el reconocimiento de la situación que, a menudo, sufren los migrantes jóvenes, los cuales han de recibir la asistencia que precisan, más allá de la mera orientación y tutoría, para adquirir capacidades y

⁵⁸ La *Red para la Sensibilización frente a la Radicalización* ha publicado varios documentos destinados a los docentes, para ayudarles a detectar indicios tempranos de radicalización y a atacar sus factores subyacentes. Cfr., https://ec.europa.eu/home/-affairs/what-we-do/networks/radicalisation_awareness_network/topics-and-working-groups/ran-y-and-e_en.

⁵⁹ *EU Strategy on the Rights of the Child*. 24 march 2021. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Brussels, 24.3.2021 COM (2021) 142 final. Accesible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/1_en_act_part1_v7_0.pdf.

⁶⁰ European Commission. Proposal for a Council Recommendation establishing the *European Child Guarantee*. <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/KE-02-21-418-EN-N.pdf>.

competencias que permitan su acceso a la educación superior⁶¹ y una pronta incorporación al mercado laboral⁶².

En no menor medida, los Estados miembros han de facilitar el reconocimiento de las cualificaciones que hayan obtenido los migrantes en terceros países, promover su visibilidad y aumentar la comparabilidad con las cualificaciones europeas. También se insta a los Estados miembros al establecimiento de cursos pasarela que ayuden a los migrantes a complementar sus estudios previos realizados en el extranjero, continuando su formación en el país de acogida⁶³.

En todo caso, y como precondition necesaria, aprender el idioma del país de acogida es esencial para que los migrantes se integren con éxito. Para ello no basta con que se les proporcione, a su llegada, una instrucción básica o mínima acerca de aquél, sino que se les han de proporcionar clases de nivel intermedio y avanzado, que asegure, al cabo, el dominio completo del mismo. A la par que sucede esto, los migrantes deben asimilar las leyes, la cultura y los valores de las sociedades de acogida, recibiendo cursos de orientación cívica que faciliten su más plena integración.

En segundo lugar, en referencia al empleo y las capacidades, el Plan de Acción, tras destacar la contribución esencial que los migrantes realizan a la economía europea, como se puso de manifiesto en los tiempos excepcionales de la pandemia, dado lo esencial de su contribución al mantenimiento de los

⁶¹ EACEA (2019), "New Eurydice report on: Integrating Asylum Seekers and Refugees into Higher Education". Vid., https://eacea.ec.europa.eu/node/13070_de.

⁶² La Garantía Juvenil es un compromiso asumido por todos los Estados miembros que vela por que todos los jóvenes menores de veinticinco años reciban una buena oferta de empleo, formación continua, formación de aprendiz y períodos de prácticas. En concreto, la Garantía Juvenil insiste en las necesidades especiales de los grupos vulnerables, como los integrados por jóvenes migrantes y jóvenes de origen migrantes. Vid., <https://ec.europa.eu/social/manin.jsp?catId=1079&langId=es>.

⁶³ Las Redes ENIC (*European Network of Information Centres*)-NARIC (*National Academic Recognition Information Centres*), creadas por iniciativa de la Comisión Europea, tienen como objetivo facilitar la aplicación del Convenio Conjunto del Consejo de Europa y de la UNESCO sobre Reconocimiento de Cualificaciones relativas a la Educación Superior en la Región Europea y mejorar el reconocimiento académico títulos y períodos de estudios entre distintos países, respectivamente.

servicios sociales básicos⁶⁴, lamenta que la alta cualificación que poseen muchos de aquéllos, particularmente cuando, además, se les agrega la condición de mujer, no sea debidamente reconocida y aprovechada, para que les facilite empleos acordes con el nivel que poseen⁶⁵. La Agenda de Capacidades Europea⁶⁶ tiene como objetivo ayudar a todas las personas, incluidas las migrantes, a desarrollar más y mejor sus capacidades y a ponerlas en práctica. Evaluarlas, sobre todo, en la fase previa a la partida, facilitará su más rápida integración en el mercado laboral, en especial, en el marco de los programas de reasentamiento. Por tanto, urge superar los obstáculos que se les presentan: como la ausencia de redes, las dificultades para acceder a los créditos y la falta de conocimientos sobre el mercado regulatorio y financiero.

Por tanto, para lograr la inclusión de los migrantes y de los ciudadanos de la Unión de origen migrante en el mercado laboral se requiere fortalecer la cooperación a nivel local, nacional y europeo entre los distintos actores implicados. A tal fin, la Alianza Europea para la Integración⁶⁷ desempeña un importante papel. Como también, la iniciativa Empresarios Unidos por la Integración⁶⁸, que incentiva a los empleadores en ese específico sentido. El Fondo *InvestEU* financia iniciativas empresariales inclusivas de hombres y mujeres, así como de empresarios migrantes. A su vez, la Red Europea de Integración, la Red de Servicios Públicos de Empleo y la plataforma *Europass* homologan las prácticas de evaluación de las capacidades, y ponen en práctica una herramienta destinada a crear perfiles de capacidades de los nacionales de terceros países en la Unión, promoviendo su uso entre las autoridades públicas

⁶⁴ JRC (2020), *Inmigrant Key Workers: Their Contribution to Europe's COVID-19 Response*. https://knowledge4policy.ec.europa.eu/publication/inmigrant-key-workers-their-contribution-europes-covid-19-response_en.

⁶⁵ JRC (2020), *Gaps in the EU Labour Market Participation Rates: an intersectional assessment of the role of gender and migrant status*. <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/gaps-eu-labour-market-participation-rates-intersectional-assessment-role-gender-and-migrant>.

⁶⁶ <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=1223>.

⁶⁷ Acerca de las potencialidades de la *European Partnership for Integration*. Vid. https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/legal-migration/european-dialogue-skills-and-migration/european-partnership-integration_en.

⁶⁸ Sobre la iniciativa *Employers together for integration*, cfr., https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/legal-migration/european-dialogue-skills-and-migration/integration-pact_en.

y las asociaciones civiles, incluso antes de la llegada de los migrantes, lo cual resulta especialmente útil en los casos de reasentamientos. Finalmente, el nuevo programa Ciudadanos, Igualdad, Derechos y Valores, que sustituye al anterior, agotado en 2020, conlleva una importante dotación presupuestaria para, entre otros objetivos, promover la integración de los migrantes, aplicando efectivamente el principio de no discriminación, al tiempo que se previene y combate el racismo, la xenofobia, la homofobia y cualquier otra forma de intolerancia que alimente la exclusión⁶⁹.

En consecuencia, compete a los Estados miembros servirse de esos medios que la Unión pone a su disposición para concienciar a los agentes sociales acerca de la necesidad de eliminar cualquier forma de discriminación que afecte a los procesos de contratación laboral; establecer perfiles de capacidades adecuados de los nacionales de terceros países demandantes de empleo, en particular cuando se trata de solicitantes de asilo y refugio; homologar o validar sus cualificaciones profesionales; apoyar el emprendimiento empresarial entre los migrantes y, en fin, hacer pleno uso de la abundante financiación que la Unión Europea deja en sus manos: en particular, la que proporciona el Fondo Social Europeo Plus y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, para el cumplimiento de esos fines, elaborando o respaldando programas y medidas orientadas a lograr una más plena integración en el mercado laboral.

En tercer lugar, la salud constituye, también, un objetivo determinante a fin de alcanzar la anhelada inclusión social de los migrantes y de los ciudadanos de la Unión de origen migrante. La falta de acceso a los servicios sanitarios supone un obstáculo que es necesario salvar. Y la pandemia de COVID-19 ha puesto de manifiesto las graves desigualdades que existen, en ese sentido⁷⁰. Así, es preciso garantizar a esos colectivos vulnerables tal derecho, el cual no

⁶⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el *Programa Derechos y Valores*, COM/208/383 final/2-2018/0207 (COD). Cfr., https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0040_ES.html

⁷⁰ OECD, *What is the impact of the COVID-19 pandemic on immigrants and their children?* <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/what-is-the-impact-of-the-covid-19-pandemic-on-immigrants-and-their-children7cbb7de/#:~:text=Source%3A%20OECD%20Secretariat%20calculations%20based,a%20younger%20age%20on%20average.>

debe ser objeto de limitaciones injustificadas. En particular, las mujeres migrantes deben tener asegurada la atención pre y posnatal, y los migrantes, en general, y los refugiados, en especial, no deben sufrir restricción alguna para acceder a los servicios de salud mental. Por ello, la Comisión financia proyectos específicos en el marco del Fondo de Asilo, Migración e Integración, y del Programa Ciudadanos, Igualdad, Derechos y Valores, ya mencionados. Y promueve el acceso igualitario a servicios de salud asequibles y de calidad a través de fondos de la Unión, como el Fondo Social Europeo Plus y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional. Asimismo, apoya la creación de programas de prevención y promoción de la salud, dirigidos específicamente a los migrantes, como herramientas de extensión del derecho más adecuadas. E, igualmente, alienta que se facilite el acceso a los servicios de salud mental y de rehabilitación, conforme establece el art. 26 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU.

A su vez, se insta a los Estados miembros a que, a través de esos programas y sirviéndose de la amplia financiación que la Unión les ofrece, formen a los trabajadores sanitarios en la gestión de la diversidad y en la atención a las necesidades de los grupos concretos de migrantes: ya sean estos solicitantes de asilo traumatizados, mujeres víctimas de la trata o de violencia de género, menores no acompañados, ancianos o personas que sufren discapacidad. Asimismo, se pide a los Estados miembros que allanen el acceso a los servicios de salud generales a los migrantes, adaptándolos a sus circunstancias y necesidades, combatiendo así toda forma de discriminación (REQUENA, 2020: p. 427).

Y, en cuarto lugar, con relación a la vivienda, el Plan de Acción no es menos consciente de cuán necesario resulta que se facilite el acceso a aquélla para que los colectivos vulnerables de referencia alcancen una integración satisfactoria. Disfrutar de un alojamiento digno repercute en las oportunidades educativas, laborales y en la adecuada interacción de los migrantes con los demás ciudadanos en las sociedades de acogida. Mas si las condiciones en que dicho alojamiento se efectúa se revelan deficientes, tal y como a menudo se

observa, la segregación, la marginación y la exclusión social se harán pronto una realidad manifiesta.

Y es que constituye un hecho cierto que, con frecuencia, los migrantes y los ciudadanos de la Unión de origen migrante, sufren, especialmente, dado su, a menudo, bajo poder adquisitivo, el alza de los precios de la vivienda, del alquiler y la discriminación, en razón a su origen. Para superar esos obstáculos, la Comisión ayuda financieramente a los Estados miembros, que son los competentes en la materia. La promoción de soluciones habitacionales innovadoras, con el apoyo de la Unión Europea, por parte de las autoridades nacionales, regionales y, sobre todo, locales, de tales Estados ha comenzado, afortunadamente, a evidenciarse. El propósito no es otro que combatir la segregación y facilitar la inclusión. Y así se observa, en especial, en beneficio de los solicitantes de asilo y protección subsidiaria, para los que el acceso a una vivienda autónoma, que no colectiva, ha de constituir la expresión de una prestación temprana que suponga un primer paso, ineludible, facilitador de su integración.

Es por ello por lo que los migrantes y los ciudadanos de la Unión de origen migrante han tener acceso irrestricto a los programas de viviendas sociales, sin sufrir discriminación alguna en ese sentido. La promoción de programas de vivienda autónoma, en lugar de colectiva, para alojar familias, se ve así incentivada con la ayuda financiera europea, a través de la Red Europea de Integración y, sobre todo, del Fondo de Asilo y Migración. Se trata de políticas que se deben coordinar con las relativas al acceso al empleo, la educación, la salud y los servicios sociales, ya que, aisladas, de poco sirven para contribuir al éxito del complejo proceso de integración.

Dicho esto, y más allá de la consecución de esos objetivos específicos, el Plan de Acción hace hincapié en la necesidad de empoderar a todas las partes interesadas a fin de que contribuyan al proceso de integración. Por eso, el papel de las asociaciones es relevante, tanto a escala europea, como nacional, regional y local. Eso explica la voluntad de reforzar la Red Europea de Integración, que ha de diseñar estrategias innovadoras en ese sentido. Así, por citar un problema relevante y actual, ha de repararse en que la digitalización de

los servicios públicos, acelerada por la crisis de la COVID-19, ha afectado lesivamente a un colectivo insuficientemente dotado de recursos tecnológicos y de capacidades y habilidades de esa naturaleza. Por tanto, urge superar esa carencia que tanto dificulta o entorpece su integración, en el contexto del Plan de Acción de Educación Digital, auspiciado por la Comisión⁷¹.

En todo caso, y tanto en éste como en otros aspectos, el apoyo a las autoridades regionales y locales, se revela decisivo, ya que son quienes han de desarrollar primordialmente las actuaciones necesarias en un proceso a largo plazo, de carácter intersectorial⁷². El marco financiero plurianual 2021-2027, que se traduce en acciones de apoyo directas o referidas a los programas de los Estados miembros en régimen de gestión compartida, garantiza la materialización efectiva de esas iniciativas y programas.

Como es lógico, la estrategia común europea para la integración e inclusión de los migrantes y de los ciudadanos de la Unión de origen migrante debe ser periódicamente sometida a revisión y evaluación para garantizar su eficacia. Según se ha tenido ocasión de apreciar, dicha estrategia la componen medidas y proyectos heterogéneos, de ejecución a largo plazo, cuyo desarrollo, aplicación y resultados, siquiera parciales, han de revisarse y, en su caso, corregirse periódicamente para asegurar su éxito. A tal fin, la Comisión ha cooperado con la OCDE a fin de publicar una comparación internacional única acerca de los resultados de la integración de los migrantes y de sus hijos, cuyos datos puso a disposición de los Estados miembros, y de las autoridades locales y regionales⁷³. A su vez, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea realiza periódicamente la encuesta de la Unión sobre la situación de los migrantes y sus descendientes, que se publica cada año.

⁷¹ Vid., la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Plan de Acción de Educación Digital. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:52018DC0022>.

⁷² Vid. a modo de ejemplo, acerca de la destacada función que el deporte juega a favor de la integración <https://ec.europa.eu/migrant-integration/intpract/sportunity-integration-through-sport>.

⁷³ *Settling In 2018. Indicators of Immigrant Integration*. <https://www.oecd.org/publications/indicators-of-immigrant-integration-2018-9789264307216-en.htm>.

No obstante, pese a los esfuerzos realizados, gracias a estos y otros indicadores sectoriales, se hace evidente la subsistencia de lagunas de conocimiento que van en detrimento de la elaboración de políticas de integración e inclusión más efectivas por parte de los Estados miembros. Es necesario, pues, mejorar el aprendizaje mutuo y subsanar la escasa utilización de datos empíricos sobre el impacto de las medidas acordadas. Y comparar las distintas y, a veces dispares, políticas de integración promovidas por los Estados miembros de la Unión. A tal fin, deben publicarse más informes periódicos, europeos y estatales, que analicen los progresos y pongan de relieve los ámbitos donde se aprecian desafíos pendientes. Y urge establecer una comparativa conjunta de las políticas de integración, para contrastar la acción de los Estados miembros e intercambiar buenas prácticas entre ellos, a todos los niveles.

Estamos, pues, en presencia de un ambicioso Plan de Acción, lleno de buenos propósitos, que determina acertadamente los objetivos e impulsa un haz de iniciativas y medios no menos consecuentes. En definitiva, un Plan que establece “un marco sólido para reforzar y ampliar las políticas de integración e inclusión en toda la Unión Europea”⁷⁴. Y lo que es más determinante, a los efectos de que no quede convertido en una mera declaración de intenciones, un Plan que se ve asistido de una financiación adecuada y suficiente⁷⁵, que avanza en pos de la armonización de las políticas estatales. Un Plan hecho, en suma, desde el convencimiento de que lograr la integración e inclusión social plena de los migrantes y de los ciudadanos europeos de origen migrante ayuda a la construcción de sociedades más justas, en tanto que más cohesionadas. La Unión se dota así de un instrumento necesario, pero no suficiente, dado que requiere del concurso de cuantos actores se ven involucrados, para promover la integración e inclusión de los miembros de colectivos especialmente vulnerables.

⁷⁴ En expresión del propio Plan de Acción, pág. 29.

⁷⁵ El Instrumento de Apoyo Técnico podrá, previa petición, brindar apoyo a los Estados miembros para que elaboren y mejoren sus políticas de integración e inclusión, con la necesaria financiación. Vid. Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de febrero de 2021, por el que se establece un Instrumento de Apoyo Técnico, OJ L 57, 18.2.2021, p. 1-16. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2021.057.01.0001.01.SP.A&toc=OJ%3AL%3A2021%3A057%3AFULL.

Una Unión que apuesta, así, en fin, decididamente, por la conversión de los migrantes en ciudadanos, titulares plenos e irrestrictos de derechos inalienables.

V. Conclusión

El respeto a los derechos de las personas pertenecientes a las minorías constituye uno de los principios fundamentales sobre los que se construye la Unión Europea, la cual se compromete así a proteger a esos colectivos, si bien de modo indirecto, esto es, otorgando derechos a sus miembros, al ser éstos quienes efectivamente son víctimas habituales de discriminaciones, tanto directas como indirectas, de hecho y de derecho, que no cabe tolerar. De ese modo, ha rechazado la perspectiva comunitarista o multiculturalista, que postula la conformación de un estatus jurídico privilegiado y permanente, diferenciado del resto de la población, orientado a eximir a las minorías, en ocasiones, del cumplimiento de los deberes que a todos asisten.

La Unión ha apostado abiertamente por un modelo de “ciudadanía compleja”, que combina la aceptación de los rasgos identitarios (de base nacional, étnica, lingüística o religiosa), que manifiestan las personas pertenecientes a las minorías, con la identificación de unos referentes axiológicos universales, los cuales, actuando como canales de integración y factores esenciales de ordenación de la convivencia, no son otros que los derechos fundamentales que la Carta garantiza. La suma de todos ellos constituye la expresión de una suerte de “identidad europea”, basada en unos valores y principios comunes compartidos por sus Estados Miembros.

En la actualidad, Europa se ha dotado de un doble estándar de protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías: el que expresa el Consejo de Europa y el que la propia Unión Europea ha creado paulatinamente. Sus normas y resoluciones judiciales conforman un destacado acervo que contribuye decisivamente a su garantía efectiva.

No obstante, se advierte una tensión creciente entre esa pretensión legítima de reconocimiento y la aspiración de los Estados Miembros de preservar determinados elementos que singularizan su identidad nacional, los cuales, en ocasiones, entran en conflicto con aquéllos. En la cada vez más numerosa y

compleja minoría migrante se compendian las políticas europeas de protección, poniendo a prueba su sinceridad, con los avances y retrocesos que hoy se advierten.

VI. Bibliografía

ALÁEZ CORRAL, B., (Coord.), (2016), *Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ALONSO LÓPEZ, I. D., MANZANO-LEÓN, A. Y ÁLVAREZ HERNÁNDEZ, J., “*La inclusión de la mujer inmigrante*”, en Ortiz Jiménez, L. y Carrión Martínez, J.J. (Coords.), (2020), *Educación inclusiva: abriendo puertas al futuro*, Madrid, Dykinson, pp. 221 y ss.

ARP, B. (2008), *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BALLESTER PASTOR, M.A., (2011), “*La lucha contra la discriminación en la Unión Europea*”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92, 2011, págs. 207-255.

BONAL, X., ZANCAJO, A., & SCANDURRA, R., (2020), “*Student mobility and school segregation in an (un) controlled choice system: A counterfactual approach*”, *British Educational Research Journal*, 47 (1), págs. 42-64.

CAPOTORTI, F., *Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities*. United Nations. Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. Geneva, 1977, págs. 1-122: E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1, párr. 568. Accesible en: <https://digitallibrary.un.org/record/10387>.

CASTRO JOVER, A., (2002), “*Inmigración, pluralismo religioso-cultural y educación*”, en *Laicidad y Libertades: escritos jurídicos*, nº 2, págs. 89-119.

— (Coord.) (2013), *Interculturalidad y Derecho*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi.

DENNINGER, E., (2005), “*Recht und rechtliche Verfahren als Klammer in einer multikulturellen Gesellschaft*”, en Denninger, E. & Grimm, D., (2007), *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, ed. por Gutiérrez, I., Madrid, Trotta, págs. 27-50; en especial, pág. 31-32.

DESCHÊNES, J., *Proposal concerning a definition of the term minority*, en United Nations Economic and Social Council, Commission of Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Doc/E/CN4/Sub2/1985/31/Corr.1. Accesible en: <https://digitallibrary.un.org/record/88267#record-files-collapse-header>

DE WITTE, B. (2008), “*Los derechos europeos de las minorías*”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 28, págs. 411-432.

—(2021), “*Article 4.2 TEU as a protection of the institutional diversity of the Member States*” en *European Public Law*, 27/3, págs. 559-570.

DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A. (2005), “*Minorías y Unión Europea: implicaciones jurídico-políticas de la ampliación de la Unión al Centro y Este de Europa*”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 21, págs. 485-533.

DURÁN RUÍZ, F.J. (2021), *Los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica, social y de futuro*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters.

ESPARZA REYES, E. Y DÍAZ REVORIO, F.J. (2019), “*Los mecanismos jurídicos de lucha contra la discriminación: aportaciones para la configuración del Derecho Antidiscriminatorio*”, en *Revista de Derecho Político*, nº 105, pp. 57 ss.

FERRERO TURRIÓN, R., “*Los derechos de las minorías nacionales en el contexto de ampliación y constitucionalización de la Unión Europea*”, en *Revista de Debat Polític*, nº 9, 2004, págs. 5 y ss.

GARCÍA URETA, A. M^a (2019), “*Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los sacrificios religiosos de animales*”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 114, págs. 273-289.

GHANEA, N. (2012), “*Are religious minorities really minorities?*” en *Oxford Journal of Law and Religion*, Vol. 1, nº 1, págs. 57-79.

GÓMEZ MUÑOZ, J. M. (2001), “*La prohibición de discriminación por causas étnicas o raciales*”. A propósito de la Directiva 43/2000/CE, en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 59, págs. 65-92.

GRIMM, D., “*Multikulturalität und Grundrechte*” (2002) en Denninger, E. & Grimm, D., *Derecho constitucional para la sociedad multicultural...*, op. cit., págs. 51-69; en especial, págs. 54-57.

HABERMAS, J., (1999), *Die Einbeziehung des Anderen*. (Trad. esp., Barcelona, Paidós).

— (2012), *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*. (Trad. esp., Madrid, Trotta).

HENRAD, K., (2021), “*EU Law’s half-hearted protection of religious minorities. Minority specific rights and freedom of religion for all*”, en *Religions*, nº 12, págs. 830 y ss.

KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship*. (1996), *A liberal theory of minority rights*. (Trad. esp. Barcelona, Paidós).

LA BARBERA, M., (2019), “*La vulnerabilidad como categoría en construcción en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: límites y potencialidad*”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 62, págs. 235-257.

LEÓN SILVA, G.A. (2022), “*El resguardo de la identidad cultural de los migrantes como factor clave en la reducción de las desigualdades dentro de la UE: hacia*

la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible”, en *Revista de Estudios Europeos*, Vol. 79, págs. 163-182.

LIEBICH, A. (1997), *Les minorités nationales en Europe Centrale et Orientale*, Genève, Institut Européen de l'Université de Genève, 1997.

MANGIAMELI, S. (2013), “*Article 2: the homogeneity clause*”, en Blanke, H.J., & Mangiameli, S., (Eds.), *The Treaty on the European Union. A Commentary*, Heidelberg, Springer, págs. 109-155.

MARTÍ SÁNCHEZ, J. M^a, (2017), “*Comentario a la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui, ADDH v. Micropole S.A.: el cliente y su libertad religiosa ante la prestación de un servicio por operario con caracterización religiosa*”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 44, 2017, págs. 36-51.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (2019), “*La Unión Europea como comunidad de valores. A vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho*”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 43, págs. 121-159.

MORENO ANTÓN, M. (2018), “*El art. 4.2 de la Directiva 2000/78 y su valoración por el TJUE: la Sentencia de 17 de abril de 2018: Asunto C-414/16, Vera Egenberger*”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 47, págs. 20-37.

—(2018), “*De nuevo el art. 4.2 de la Directiva 2000/78 y la autonomía confesional en Alemania: la Sentencia del TJUE (Gran Sala), de 11 de septiembre de 2018, Asunto C-68/17 IR/JQ*”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 48, 2018, págs. 65-89.

MUÑOZ, J.J., (2017), “*Intercultural Europe: diversity in the EU and the debate on a common European cultural identity*”, en *Papeles de Europa*, 30 (2), págs. 149-161.

NAÏR, S., (2016), *Refugiados: frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*. Madrid, Crítica.

ONIDA, F. (2001), “*Il problema delle organizzazioni di tendenza. La Direttiva 2000/78/CE attuativa dell’art. 13 Trattato della Unione Europea*”, en *Il Diritto Ecclesiastico*, Vol. 3, págs. 905 y ss.

ORTEGA VELÁZQUEZ, E., (2017), “*Minority rights for immigrants: from multiculturalism to civic participation*” en *Mexican Law Review*, 10/1, págs. 103-126.

PELAYO OLMEDO, J. D., (2017), “*La prohibición de prendas y símbolos religiosos en el ámbito laboral. Aclaraciones del TJUE sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el caso Samira Abchita v. G4S Secure Solutions Nv*”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 46, págs. 34-65.

PENTASSUGLIA, G., (2001): «The EU and the Protection of Minorities: The Case of Eastern Europe». En *European Journal of International Law*, vol. 12, n. 1, 2001, pp. 3-38.

— (2002), *Minorities in international law. An introductory study*. Council of Europe Publishing, Koelblin-Fortuna-Druck.

POLO SABAU, J.R. (2020), “*La Sentencia del TJUE de 22 de enero de 2019 en el Asunto Cresco Investigation GmbH y Markus Achatzi: una nueva muestra de la irrelevancia del art. 17 TFUE*”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 50, págs. 11-32.

PORRAS RAMÍREZ, J. M^a, (2021), “*La neutralidad del Estado como garantía de la libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”, en Aláez Corral, B., y Díaz-Rendón, S., (Coords.), *Modelos de neutralidad religiosa del Estado: experiencias comparadas*, Tirant lo Blanch, México, págs. 253-290.

— (2021), “*La estrategia común europea para la integración e inclusión de los migrantes y de los ciudadanos de origen migrante*” en Porras Ramírez, J. M^a (Dir.) y Requena de Torre, M^a D. (Coord.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 19-53.

— (2023), *Derecho de la Libertad Religiosa*, Madrid, Tecnos. Décima edición.

RELAÑO PASTOR, E. (2003), *La protección internacional de las minorías religiosas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

REQUENA DE TORRE, M^a D., “*La asistencia sanitaria a inmigrantes irregulares y a solicitantes de protección: ¿un derecho universal a la salud?*”, en Häberle, P., Balaguer Callejón, F., Sarlet, I.W., Strapazzon, C.L. y Aguilar Calahorro, A. (Coords.), *Derechos fundamentales y crisis del constitucionalismo multinivel*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 427-443.

REY MARTÍNEZ, F., (2019), *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi, Pamplona.

— (2021), *Segregación escolar en España. Marco teórico desde un enfoque de derechos fundamentales y principales ámbitos: socioeconómico, discapacidad, etnia y género*, Madrid, Marcial Pons.

ROCA FERNÁNDEZ, M^a J. (2005), “*Diversidad cultural y universalidad de los derechos: retos para la fundamentación del Derecho*”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 9, págs. 357-377.

RUBIO CARRACEDO, J., (2000), “*Ciudadanía compleja y democracia*” en VVAA, *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Madrid, Trotta.

SARTORI, G., (2001), *Multi-ethnic Society. Pluralism, multiculturalism and foreigners*. (Trad. esp., Barcelona, Taurus).

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (2001), “*Los derechos colectivos desde la perspectiva constitucional española*”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 12, págs. 79-115.

TAYLOR, C. (1992), *Multiculturalism and the politics of recognition*. (Trad. esp., México, Fondo de Cultura Económica, 1993).

TURTON, D. Y GONZÁLEZ, J. (Dir.) (2001), *Identidades culturales y minorías étnicas en Europa*, Bilbao, Universidad de Deusto.

VON DANWITZ, T., (2018) “La comunidad de Testigos de Jehová es responsable del tratamiento de los datos personales recogidos durante una actividad de predicación puerta a puerta: TJUE (Gran Sala), Sentencia de 10 de julio de 2018: Asunto C-25/17, Jehovan Todistajat”, en *La Ley Unión Europea*, nº 62, págs. 23-44.

WEILER, J. H. H. “Je suis Abchita!” (2017), en *International Journal of Constitutional Law* 15/4/2017.

WOLFRUM, R., (2010), “Kulturelle Rechte und Minderheitenschutz”, en Merten, D. & Papier, H.J., (Eds.), *Handbuch der Grundrechte*, Vol. VI/1: Europäische Grundrechte I, Heidelberg, C.F. Müller, págs. 143 y ss.

**LA EDUCACIÓN SUPERIOR COMO DERECHO HUMANO Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL.
EL CASO DEL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR**

Ileana Paz Minutella ¹

Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación: 13 de diciembre de 2023

Resumen

La educación, en todos sus niveles, es un derecho humano internacionalmente reconocido que los sistemas educativos nacionales deben garantizar con ciertas condiciones mínimas conocidas como “las 4 A”: asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. La integración regional puede tener un papel significativo en la promoción de estas condiciones si, como parte de los esfuerzos por alcanzar la movilidad intrarregional, se avanza hacia la conformación de un espacio regional de educación superior donde estudiantes, docentes e investigadores puedan moverse libremente. Este artículo analiza el caso del Espacio Europeo de Educación Superior, sistematizando y analizando las medidas que han construido los pilares de este espacio a la luz del enfoque de “las 4 A”. Se concluye que los procesos de integración regional proveen un marco propicio para fomentar la movilidad académica a través de instrumentos *sui generis*, cuya flexibilidad y dinámica procesual habilita una mayor participación de actores y facilita su adopción en los países involucrados, además de brindar a los interesados mayor autonomía para moverse entre sistemas educativos sin sufrir menoscabo de sus derechos.

Palabras clave: Derecho a la educación superior – Enfoque de derechos humanos Integración regional – Coordinación regional de la educación superior

¹ Lic. en Ciencia Política (UCA), magíster en Relaciones Internacionales (Universidad de Bolonia) y en Políticas Educativas (UTDT). Este artículo es producto del proyecto de investigación *Ciudadanía. Seres humanos. Sujetos de derechos. ¿Quiénes, cómo, cuándo y dónde?*, dirigido por el Dr. Carlos Mariano Liszczyński (Secretaría de Investigación, Facultad de Derecho, UBA. DECYT 2020-2022).

Title: HIGHER EDUCATION AS A HUMAN RIGHT AND REGIONAL INTEGRATION. THE CASE OF THE EUROPEAN HIGHER EDUCATION AREA

Abstract

Education, at all its levels, is an internationally recognized human right that national educational systems must guarantee with certain minimum conditions known as “the 4 A’s”: affordability, accessibility, acceptability and adaptability. Regional integration can play a significant role in promoting these conditions if, as part of the efforts to achieve intraregional mobility, progress is made towards the formation of a regional higher education space where students, teachers and researchers can move freely. This article analyzes the case of the European Higher Education Area, systematizing and analyzing the measures that have built the pillars of this space in light of the “4 A” approach. It is concluded that regional integration processes provide a favorable framework to promote academic mobility through sui generis instruments, whose flexibility and procedural dynamics enable greater participation of actors and facilitate their adoption in the countries involved, in addition to providing interested parties with greater autonomy to move between educational systems without suffering impairment of their rights.

Keywords: Right to higher education – Human rights approach regional integration – Regional coordination of higher education

I. Introducción

La educación es un derecho humano internacionalmente reconocido que los estados deben garantizar con ciertas condiciones mínimas conocidas como “las 4 A”: asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. La integración regional puede tener un papel significativo en la promoción de estas condiciones cuando como parte de los esfuerzos por alcanzar la movilidad intrarregional promueve la movilidad de estudiantes, docentes e investigadores. Ello requiere coordinar las políticas de educación superior para hacer frente a los múltiples desafíos que esto impone a los sistemas nacionales de educación

superior, que deben poder incorporar elementos provenientes de otros sistemas con características y dimensiones muy distintas, no solo en términos de la cantidad de estudiantes, docentes e investigadores sino también de financiamiento. La cuestión ciertamente no es nueva, pero los avances tecnológicos en materia de transporte y comunicaciones facilitan enormemente la movilidad académica (física y virtual), planteando desafíos potencialmente mayores. Los estados abordaron la cuestión mediante convenios bilaterales y multilaterales de reconocimiento mutuo de títulos y grados académicos (tema central de esta agenda durante décadas) que encontraron los problemas de implementación y/o ratificación característicos de este tipo de instrumentos, sumados a la resistencia de las instituciones de educación superior acostumbradas a moverse con amplios márgenes de autonomía.

Las soluciones más profundas e innovadoras han surgido en el marco de algunos procesos de integración regional que se plantearon conformar un mercado único y alcanzar la libre movilidad intrarregional como la Unión Europea (UE) y el MERCOSUR. Estos bloques avanzaron, con distintas modalidades y alcances, en la coordinación de políticas para conformar espacios regionales de educación superior. En este proceso, han abordado una gama de cuestiones más amplia que el reconocimiento de títulos, creando herramientas más flexibles y de adopción gradual que habilitan una mayor participación de los actores involucrados y facilitan su incorporación por parte de los sistemas nacionales de educación superior, además de otorgar a los interesados mayor autonomía y permitirles moverse entre sistemas sin menoscabo de sus derechos.

Este artículo presentará el caso del Espacio Europeo de Educación Superior, que es el que más lejos ha llegado en sus objetivos iniciales, particularmente, y se centrará en la movilidad estudiantil. La primera parte da cuenta de la educación superior como derecho humano y de las condiciones básicas que los estados deben garantizar en la provisión de este bien público. La segunda, ofrece una sistematización de las principales medidas e instrumentos adoptados a la luz de las características básicas que, según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, deberían respetarse si se concibe a la educación como derecho humano. Las

conclusiones ofrecen algunas reflexiones finales sobre cómo la integración regional puede promover estas condiciones. La intención no es proponer el caso estudiado como modelo a seguir sino señalar los beneficios potenciales de la coordinación de la educación superior en el marco de la integración regional.

II. La educación como derecho humano.

La educación ha sido reconocida explícitamente en el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)²:

“1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos (...)”

Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el en 1966 (en desde enero de 1976), incluyó el compromiso de garantizar el ejercicio este derecho “sin discriminación alguna” (art. 2, apartado 2). Su art. 13 del PIDESC señala que los Estados deben garantizar el derecho de las personas a la educación *en todos los niveles*³ mediante políticas educativas adecuadas. En materia de educación superior, este añade específicamente:

“(...) 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

(...)

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos

² También es reconocida como tal en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1948); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (1966); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), entre otros.

³ La cursiva es nuestra.

medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

[...]

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

[...]

4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

En la década de los noventa, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, compuesto por expertos independientes que supervisan la aplicación del PIDESC, especificó las condiciones mínimas de lo que se considera un servicio educativo adecuado. La Observación General No. 13, adoptada por este comité en 1999, establece que “la educación en todas sus formas y en todos los niveles” debe tener cuatro características interrelacionadas: *asequibilidad o disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad* (párrafo 2). Estas características, que se desarrollan en la Tabla 1, conforman el marco conceptual conocido como “las 4 A de la educación” identificadas por la Relatora Especial Katharina Tomasevsky⁴.

⁴ Katarina Tomasevski fue Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación de 1998 a 2004.

Tabla I. Características de un servicio de educación adecuado en todos sus niveles⁵

Asequibilidad	Existencia dentro del territorio del Estado de instituciones y programas educativos en cantidad suficiente y condiciones adecuadas
Accesibilidad	Las instituciones y programas deben ser alcanzables para todos dentro de la jurisdicción del Estado, lo cual requiere garantizar tres condiciones: No discriminación: que todos tengan acceso al servicio, de hecho y de derecho, especialmente los grupos más vulnerables; Accesibilidad material: que estén disponible en un radio de distancia razonable, materialmente o por vía de la tecnología; Accesibilidad económica: la educación primaria debe ser universal y gratuita, pero también se pide a los Estados parte que los niveles secundario y superior lo sean, también, progresivamente.
Aceptabilidad	El contenido y los métodos de enseñanza deben ser relevantes, culturalmente apropiados y de calidad, según los estándares mínimos adoptados por los Estados.
Adaptabilidad	La educación debe adaptarse a las cambiantes necesidades de las sociedades, de las comunidades y de los estudiantes.

Por otra parte, existe consenso en que una política pública con enfoque de derechos humanos debería concebir a las personas en un rol central, como sujetos con derecho a ciertas prestaciones y conductas (GIMÉNEZ MERCADO Y VALENTE ADARME, 2010 & RODINO, 2015). Además de formular en clave de derechos cuáles son las obligaciones del Estado y cómo se operacionalizan y ejecutan sus políticas, se requiere tener en cuenta los siguientes aspectos:

- otorgar *participación real y efectiva* a los sectores afectados en el proceso decisorio,
- ofrecer *mecanismos de acceso a la información pública para que la ciudadanía pueda* usarla en beneficio propio, y
- establecer *mecanismos de responsabilidad* para que las personas puedan reclamar judicialmente si el Estado no cumple sus obligaciones.

⁵ Fuente: Elaboración propia a base de la Observación General No. 13, artículo 13, párrafo 2.

La integración regional puede tener un papel significativo en la promoción de la asequibilidad o disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de la educación superior si promueve la movilidad académica de manera efectiva, poniendo potencialmente a disposición de los estudiantes cualquier programa o institución de la región. Esto es lo que se plantearon en la década de 1990 la Unión Europea (UE) y el MERCOSUR con la conformación del *Espacio Europeo de Educación Superior* (EEES), del que se hablará más adelante, y del *Sector Educativo Mercosur* (SEM)⁶ cuyos objetivos son similares, pero presenta características y alcances muy distintos.

III. La movilidad académica y sus desafíos a la educación superior.

La movilidad académica, el desplazamiento voluntario de las personas hacia países fuera de sus países de origen o residencia habitual con el objetivo de estudiar, enseñar, investigar o realizar otras actividades académicas (UNESCO, 2019: p. 6) es parte de la *educación transfronteriza*. Esta última implica “*la circulación de personas, conocimientos, programas, proveedores y planes de estudios a través de las fronteras de los Estados partes.*” (CONVENIO GLOBAL DE UNESCO, 2019) que incluye la movilidad física y la virtual. El abaratamiento del transporte y el uso de las tecnologías de la información y comunicación produjo un aumento en la educación superior transfronteriza en la cantidad de personas y de países involucrados. Según la UNESCO (2019), entre 2012-2017, el número de estudiantes que emprendió estudios superiores en otro país pasó de un 2,05% (4 millones) del total de estudiantes de este nivel al 2,3% (5 millones), cifra que podría duplicarse en los siguientes diez años impulsada por las transformaciones demográficas, las migraciones, los desarrollos tecnológicos, la emergencia de los nuevos polos de atracción académica y la configuración de espacios regionales de conocimiento (IESALC, 2019).

Los sistemas nacionales de educación superior están compuestos de instituciones y servicios educativos de distintos niveles (pregrado, grado y posgrado), modalidades (presencial, híbrida, a distancia) y tipos de gestión

⁶ Sobre este espacio en particular ver: Perrota 2016 y 2019.

(estatal, privada, cooperativa, etc.). Estos sistemas se conforman de instituciones que gozan de un alto grado de autonomía y complejidad funcional y su dinámica a nivel nacional está dada por la acción simultánea del Estado, el mercado y las oligarquías académicas (CLARK, 1983). Si bien el Estado no determina por sí sólo el funcionamiento del sistema, asegura su funcionamiento relativamente unificado y garantiza la validez nacional de los títulos y certificados expedidos en todo su territorio mediante la reglamentación de aspectos clave como la autorización de nuevas instituciones, la aprobación de programas y planes de estudio (particularmente en las profesiones reguladas), los mecanismos de financiamiento, la concesión de incentivos específicos y el aseguramiento de la calidad.

La movilidad académica, en modalidad física o virtual, desafía la lógica nacional con la que los sistemas de educación superior operaban históricamente, los cuales deben incorporar en su seno un elemento de extraterritorialidad como son las titulaciones o cualificaciones⁷ conferidas por instituciones de otros sistemas a las cuales es necesario dar reconocimiento⁸. La gestión operativa de la movilidad académica requiere de la coordinación estrecha y constante entre autoridades e instituciones de distintos países para resolver diferencias de índole académica (requisitos de acceso, contenidos, estructura, duración y actividades reservadas a los planes de estudios; tipo y nivel de instituciones emisoras de los títulos; garantía de calidad; entre otros), administrativa (trámites de residencia, traducciones, etc.) y financiera (financiamiento estatal, familiar, préstamos estudiantiles, etc.).

Los sistemas nacionales de educación superior han sido tradicionalmente reticentes a conceder valor a títulos provenientes de otros sistemas, al igual que las universidades acostumbradas a funcionar con altos niveles de autonomía.

⁷ Una *cualificación de educación superior* es “todo título, diploma, certificado o distinción expedido por una autoridad competente acreditativo de haber concluido de manera satisfactoria un programa de educación superior, o validación de aprendizaje anterior, cuando sea aplicable.” (Glosario de la Convención Mundial sobre el Reconocimiento de las Cualificaciones relativas a la Educación Superior de 2019).

⁸ Según la normativa de cada país, el reconocimiento puede requerir la *convalidación* del título (si existe un convenio entre el Estado de emisión del título y el que tendría que reconocerlo), o bien o su *reválida* (que demanda la reaprobación total o parcial de estudios ya completados ante instituciones explícitamente autorizadas por el país donde se solicita el reconocimiento (generalmente, públicas).

Durante la mayor parte del siglo XX abordaron la cuestión mediante convenios bilaterales y regionales de reconocimiento de títulos y estudios, cuestión que más atención obtuvo dentro de la agenda de temas relacionados con la movilidad. Los convenios regionales firmados en el seno de la UNESCO⁹ abordaron este tema con una perspectiva legal y burocrática, y si bien una segunda tanda de convenios¹⁰ integró elementos y criterios menos restrictivos, en consonancia con el enfoque de derechos humanos, se vieron afectados por la falta de ratificación y de incumplimiento efectivo típicos de este tipo de instrumentos.

En las últimas décadas del siglo XX, la movilidad académica ha pasado a ser vista como un activo capaz de potenciar la investigación y la innovación que influyen sobre la competitividad de los países, y mejorar su posición en la competencia por atraer los mejores estudiantes, docentes e investigadores a nivel internacional (MARGINSON, 2007). El renovado impulso que cobraron, por entonces, los proyectos de integración regional que buscaban alcanzar un mercado único con plena movilidad de factores como los de la Unión Europea y el MERCOSUR, generó respuestas novedosas y más efectivas a los desafíos de la movilidad académica, concebida como una de las claves para alcanzar la libre movilidad del factor trabajo.

Estos bloques avanzaron hacia la *regionalización* de la educación superior, concebida como “el proceso de construcción de una colaboración más cercana y de alineación de los actores y los sistemas de educación dentro de una área o marco definido llamado región” (KNIGHT, 2016: p. 115). Por definición, se trata de un fenómeno procesual, no lineal, que admite distintos niveles o grados de intensidad, que puede (o no) involucrar la participación de los Estados nacionales, pertenezcan o no al bloque en cuestión, y de otras entidades que representan distintos actores de la educación superior, como los consejos de universidades y de rectores o agencias de acreditación, por mencionar sólo algunas (KNIGHT, 2016: 117).

⁹ Primera generación de convenios regionales: América Latina y el Caribe (1974), el Mediterráneo (1976), los Estados Árabes (1978), Europa (1979), África (1981) y Asia-Pacífico (1983).

¹⁰ Segunda generación de convenios regionales: Europa (Lisboa, 1997) y siguió por Asia-Pacífico (Tokio, 2011), África (Addis, 2014) y en América Latina y el Caribe (Buenos Aires, 2019).

Los esfuerzos de coordinación se centran sobre aspectos de las políticas de educación superior vinculados a la movilidad, pues la determinación y el control de los programas y los métodos de enseñanza continúan bajo responsabilidad exclusiva de los Estados nacionales y de sus instituciones de educación superior, sin que haya delegación de estos aspectos en instancias regionales. El objetivo final no es la unificación de los sistemas nacionales de educación superior en un solo sistema regional, sino la construcción de “puentes” que los comuniquen y los hagan converger en un *espacio común* por el que estudiantes, docentes e investigadores transiten libremente.

A continuación, se presenta el caso del Espacio Europeo de Educación Superior para mostrar cómo la integración regional puede contribuir a la asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de este tipo de enseñanza.

IV. El Espacio Europeo de Educación Superior

La UE reconoce el derecho de las personas a la educación y a la formación profesional permanente (Carta de los Derechos Fundamentales, art. 14, incisos 1 y 2), sobre la base del principio de no discriminación. El *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (TFUE) vigente desde 2009 (art. 20) reconoce la ciudadanía de la Unión Europea a toda persona que ostente la nacionalidad de un estado miembro, con derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros, y a recibir un trato no discriminatorio por razón de la nacionalidad, el sexo, la raza, la religión, la discapacidad, la edad o la orientación sexual. El derecho de circular y residir libremente en el territorio de la UE es una de las libertades fundamentales del mercado interno, cuyo ejercicio debe ajustarse a lo dispuesto en la Directiva 2004/38/CE que regula estos derechos.

Este TFUE estableció que la educación superior es una competencia subsidiaria de la UE, que sólo puede apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados Miembros (art. 6) “en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema

educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística” (art. 165, inciso 1)¹¹. Su acción se orienta específicamente a desarrollar la dimensión europea en la enseñanza; favorecer la movilidad de estudiantes y profesores, fomentando el reconocimiento académico de los títulos y de los períodos de estudios; promover la cooperación entre los centros docentes; incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados Miembros; y fomentar el desarrollo de la educación a distancia (art. 165, inciso 2).

Debido al carácter subsidiario de la educación superior en este espacio, el proceso de convergencia hacia un Espacio Europeo de Educación Superior (EES), que se inició con la llamada *Declaración de Bolonia* (1999)¹², es de índole intergubernamental y voluntario. Por lo tanto, no se desarrolla mediante el procedimiento legislativo ordinario, sino a través del llamado *Método Abierto de Coordinación*. Este método no produce normas de carácter jurídicamente vinculante, sino instrumentos de derecho indicativo o *soft law* como recomendaciones, comunicados y declaraciones de los Consejos de Ministros, marcos de referencia, directrices, etc., cuyo carácter general respeta la diversidad de sistemas y tradiciones de los miembros del EEES¹³. Los trabajos de coordinación involucran tres grandes etapas (CUE: 2002):

- 1) la identificación y definición común de objetivos expresadas en las comunicaciones de los Consejos de Ministros de Educación (bianuales);
- 2) la producción y divulgación de instrumentos de *soft law*, con la participación de la Comisión Europea¹⁴ y otros miembros consultivos¹⁵; y

¹¹ El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957), contemplaba la posibilidad de establecer una política común en materia de *formación profesional* (art. 128, CEE), por estar orientada al ejercicio laboral. La *educación superior*, que incluye la docencia, la investigación científica y la extensión universitaria, no estaba incluida.

¹² Carta pública de los ministros de educación de Italia, Francia, Alemania y Reino Unido.

¹³ Para datos concretos sobre estas diferencias ver: European Commission/EACEA/Eurydice (2020).

¹⁴ Ejemplo: European Commission/EACEA/Eurydice (2020).

¹⁵ Ejemplos: la Red Europea de Garantía de Calidad (ENQA), la Federación Europea de Empleadores (UNICE) y la Organización Sindical Internacional de la Educación (IE).

3) la evaluación periódica de los resultados alcanzados por los países para verificar su cumplimiento, sugerir ajustes e intercambiar mejores prácticas.

Todos los objetivos, criterios e instrumentos concretos que se aprueban en este contexto son adoptados de manera voluntaria y actúan como referencia común entre todos los países, que los adoptan y ponen en marcha de manera gradual. Pese a tratarse de un proceso intergubernamental, las instituciones comunitarias participan, de distinta manera, del mismo. La Comisión Europea lo hace como parte del *Grupo de Seguimiento* del Proceso de Bolonia, encargado de monitorear el cumplimiento de los compromisos libremente asumidos por los países y de proponer ajustes y el Parlamento Europeo, por su parte, interviene en la aprobación de programas de movilidad con cargo al presupuesto comunitario. Formalmente, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) no tiene ninguna intervención en este proceso, pero lo ha reforzado indirectamente con sus sentencias sobre cuestiones prejudiciales o planteos de incumplimiento relacionados con materias afines que se encuentran bajo el ámbito directo del TFUE, como la libre circulación de trabajadores o la formación profesional¹⁶.

El proceso de coordinación regional de la educación superior que tiene lugar en la UE es el que más lejos ha llegado en sus objetivos iniciales, si bien no todas han sido alcanzadas ni en la profundidad ni en los tiempos propuestos y es objeto de numerosas críticas (GARRIDO RIVERA, 2020). La convergencia hacia un espacio común de educación superior se inició en 2001¹⁷, con la confirmación de los objetivos básicos a ser alcanzados en 2010:

1. Adopción de un sistema de títulos fácilmente reconocibles y comparables,
2. Adopción de un sistema de títulos basado en 2 ciclos principales;

¹⁶ Cuando la educación superior aún no era una competencia subsidiaria de la UE, el TJCE declaró su competencia en las cuestiones prejudiciales *Gravier* (1985) y *Blaizot* (1988) vinculadas al cobro de aranceles a estudiantes extranjeros por parte de universidades belgas, por entender que afectaba el acceso a la formación profesional. El TJCE sostuvo que, dadas las disposiciones del art. 7, apart. 3 y el art. 12 del Reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores y las iniciativas del Consejo sobre formación profesional conforme al art. 128 del TCEE, el acceso a la última estaba en el ámbito de aplicación del Tratado, aplicando el principio de *igualdad* de trato (art. 12, TCE).

¹⁷ Declaración de Praga (2001).

3. Establecimiento de un sistema internacional de créditos;
4. Promoción de la movilidad de estudiantes, profesores e investigadores;
5. Promoción de la cooperación para el garantizar la calidad de la educación;
y
6. Desarrollo de una dimensión europea de la educación superior.

Los objetivos del EEES son revisados y ampliados en cada Consejo de Ministros de Educación para abarcar materias distintas a la movilidad, como la investigación y la innovación, el aprendizaje a lo largo de la vida y el fortalecimiento de las universidades. Sin embargo, estos primeros objetivos y las medidas adoptadas para hacerlos operativos continúan siendo el corazón del espacio.

IV. a. Asequibilidad: oferta regional de instituciones y programas

El EEES involucra hoy a 48 estados (excediendo los límites geográficos de la UE) y cuenta con unas 5.000 instituciones de educación superior, 17,5 millones de estudiantes, 1,35 millones de docentes y 1,17 millones de investigadores¹⁸ sólo en Europa. Para que todas las instituciones y programas de estos países sean potencialmente elegibles por estas personas es necesario facilitar el reconocimiento mutuo de títulos.

Este trámite que puede tener dos finalidades: la prosecución de actividades académicas (estudios parciales o completos, prácticas profesionales, estadias de investigación, etc.) o bien el ejercicio profesional. El Proceso de Bolonia trabaja únicamente sobre la primera finalidad, ya que el ejercicio profesional compete exclusivamente al Parlamento y el Consejo de la UE por su vinculación con la libre circulación de trabajadores y el mercado único. Desde los años setenta, estas instituciones han armonizado las condiciones mínimas de formación de un conjunto de profesiones reguladas mediante distintas directivas. La Directiva 2005/36/CE prevé el reconocimiento automático de las profesiones reguladas cuyas condiciones de formación ya han sido

¹⁸ Fuente: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_365 (Consultada el 28/6/2023).

armonizadas a nivel comunitario¹⁹. El resto de las profesiones debe someterse a un sistema general de reconocimiento, es decir, a una comparación entre el diploma del solicitante y su equivalente en el Estado de donde se busca obtener el reconocimiento. Este sistema opera bajo el principio de *reciprocidad* por el cual un título emitido y reconocido en otro Estado Miembro debería ser reconocido en el país de acogida, salvo que existan diferencias sustanciales entre ambos. En este último caso, la directiva prevé mecanismos alternativos para hacer posible el reconocimiento, aunque sea de modo parcial.

El Proceso de Bolonia busca facilitar la comparación y el reconocimiento de los títulos de todo el resto de las titulaciones cuyas condiciones de formación no han sido armonizadas. Para ello, se acordó una estructura común de estudios construida a partir de un sistema de créditos sobre el cual se construyó un marco común de cualificaciones o titulaciones. En 2005 se adoptó el *Marco Europeo de Cualificaciones de Educación Superior*²⁰, cuyos parámetros funcionan como referencia para la comparación de las carreras y niveles (grado y posgrado) de los sistemas que lo conforman. Este marco funciona sobre la base del *Sistema de Transferencia y Acumulación de Créditos* de 1987 (ECTS, por sus siglas en inglés)²¹, que estableció el *crédito ECTS*, como se lo conoce, como la unidad de medida común del trabajo académico de los estudiantes: 1 crédito ECTS equivale a 25 horas de trabajo. Cada año académico tiene un máximo de 60 créditos, distribuidos entre todas las actividades curriculares y, además, existen *3 ciclos o niveles de estudios*²² con un rango de créditos necesario para alcanzar los aprendizajes esperados. La mayoría de los países adoptó planes de estudio con 180 ECTS para el primer ciclo y 120 ECTS para el segundo ciclo (EUROPEAN COMMISSION, EACEA & EURYDICE, 2020). Los créditos obtenidos en estudios, parciales o completos funcionan como “derechos portables” que permiten al

¹⁹ Matronas, enfermeras, médicos, farmacéuticos, odontólogos, veterinarios y arquitectos.

²⁰ Comunicado de Bergen (2005). Aquí hay que quitar el salto de línea.

²¹ Surge originalmente para transferir los créditos obtenidos durante el período de estudios cursados en el extranjero en el programa Erasmus. Ver: European Commission, 2015.

²² El ciclo corto/1° ciclo tiene 129 créditos. El grado/2° ciclo, tiene 180 a 240 créditos y ofrece formación general en 5 ramas disciplinarias y un título que cualifica para el mercado laboral. El posgrado/3° ciclo, incluye la maestría (90-120 créditos) que ofrece formación avanzada, especializada o multidisciplinaria para el ejercicio profesional o la iniciación en investigación, y el doctorado (sin créditos prefijados) que ofrece formación orientada a la investigación.

titular acumularlos, mantenerlos y transferirlos para estudiar en la misma o en otra institución, del mismo o de otro Estado que forme parte del EEES, facilitando su reconocimiento en los casos que lo requieran. Más allá del rango de créditos de cada ciclo, el *Marco Europeo de Cualificaciones* estableció los conocimientos y habilidades que se espera que los estudiantes adquieran al final del proceso de aprendizaje (UNESCO, 2019a), llamados *Descriptor de Dublín* (2002). Estos descriptores enuncian genéricamente los objetivos generales y los logros y habilidades esperados en cada titulación al finalizar cada ciclo. El *Marco Europeo de Cualificaciones*, a su vez, forma parte de otro más amplio: el *Marco Europeo de Cualificaciones a lo largo de la Vida*²³, que considera, además, a la educación no formal.

Este marco resulta inédito por su complejidad y alcance geográfico, pero, además, constituye un nuevo enfoque en comparación con los criterios hasta entonces -y en muchos lugares, hasta hoy- predominantes en la elaboración de planes de estudios y el reconocimiento de títulos que privilegiaban la consideración de los insumos de la enseñanza ofrecida por las instituciones educativas (contenidos curriculares y carga horaria para su dictado). Estos marcos de referencia común, en cambio, basados en los resultados de aprendizaje esperados y la carga de trabajo que el estudiante requiere para alcanzarlos²⁴, evidencian un enfoque centrado en los estudiantes, verdaderos protagonistas de la movilidad. El objetivo último es que “sean capaces de planificar sus rutas de aprendizaje con información clara para adquirir los conocimientos, habilidades y competencias que satisfagan tanto sus objetivos personales y necesidades sociales.” (EUROPEAN COMMISSION, EACEA & EURYDICE, 2020: p. 10).

Para facilitar aún más el reconocimiento, una vez aprobados los estudios, el alumno recibe el llamado *Suplemento al Título*²⁵ con información estandarizada sobre el titular, la cualificación, el nivel y la función, el contenido y

²³ Recomendación del Consejo Europeo 2017/C 189/03 de 22 de mayo de 2017.

²⁴ Además de las horas de clase, incluye las de estudio individual, de laboratorio, de pasantías etc.

²⁵Elaborado por la Comisión Europea, el Consejo de Europa y la UNESCO en el marco del *Convenio de Lisboa sobre Reconocimiento* de 1997.

los resultados obtenidos, detalles del sistema de educación superior correspondiente y otras informaciones relevantes. Los egresados tienen derecho a recibir este suplemento de parte de su universidad de manera automática, gratuita, y en uno de los idiomas oficiales. También se adoptó el *Suplemento al título de Formación Profesional (Europass)* que ayuda a comprender los resultados de aprendizaje²⁶ adquiridos en este tipo de prácticas. Todas estas medidas han colaborado para mejorar y simplificar las prácticas de reconocimiento en función de los principios del Convenio de Reconocimiento de Lisboa²⁷ que rigen el reconocimiento desde antes de que inicie el Proceso de Bolonia. Desde los inicios este hasta el 2018, la cantidad de países que ha avanzado al hacia el reconocimiento automático de los títulos emitidos en el EEES se incrementó de 5 a 10 (EUROPEAN COMMISSION, EACEA & EURYDICE, 2020: p. 88), siendo aún insuficiente; desde entonces el espacio se ha propuesto lograr plenamente este objetivo para el 2025²⁸.

Una vez decidido el programa a cursar, se deben firmar *acuerdos formales de aprendizaje* con la participación directa del estudiante, la institución de envío y la de acogida que garanticen al primero el reconocimiento de los créditos obtenidos durante el período de movilidad. Posteriormente, debe emitirse una *certificación académica y/o de prácticas profesionales* en donde la institución de acogida registre el progreso del estudiante (componentes educativos, créditos ECTS obtenidos y calificaciones) y la de envío especifique cómo se integran los componentes cursados en el extranjero al programa de la titulación de origen, junto con las calificaciones ya convertidas. Cabe destacar que, además, existe la llamada *tarjeta de estudiante*, que es una aplicación que les permite efectuar todos los trámites administrativos online relacionados con el período de movilidad.

²⁶ Refiere a los conocimientos y habilidades adquiridos por un educando al concluir un proceso de aprendizaje (Convenio Global UNESCO, 2019).

²⁷ Hasta 2020, casi todos los países del EEES habían incorporado los principios de este convenio a su legislación, a saber: 1) derecho a una evaluación justa; 2) otorgamiento del reconocimiento salvo que existan diferencias sustanciales; 3) comparaciones basadas en resultados de aprendizaje en lugar de programas y contenidos; 4) decisiones negativas que demuestran la existencia de diferencia sustancial; 5) derecho del solicitante a apelar la decisión de reconocimiento.

²⁸ Comunicado de París (2018) y Recomendación del Consejo 2018/C 444/01.

Todo esto no podría ser realmente efectivo si los potenciales beneficiarios no tuvieran suficiente acceso a toda esta información. Se ha sugerido a las universidades implementar *buenas prácticas* a fin de mejorar el acceso a la información sobre las posibilidades concretas de realizar experiencias de movilidad, así como de otras informaciones que permitan aclarar las expectativas de las partes involucradas antes, durante y después²⁹ de las mismas. Las universidades deben contar con *catálogos de oferta académica* (o catálogo ECTS) que brinde información sobre la institución y sus titulaciones en el idioma nacional y en inglés, que clarifica las oportunidades de movilidad disponibles. Además, la web oficial de la UE tiene una sección especial dedicada al EEES³⁰ con documentos de estrategia, los objetivos y el avance de cada país, hasta información práctica para estudiantes del Programa Erasmus. Los Estados Parte del Convenio de Reconocimiento de Lisboa (art. IX.2(1) han establecido, además, Centros Nacionales de Información agrupados en la red de ENIC-NARIC³¹, que brindan información sobre el propio sistema de educación superior y sus calificaciones (el propio y los de los demás Estados Parte) y asesoran sobre el reconocimiento y la evaluación de calificaciones según la normativa nacional (art. IX.2(2). A su vez, desde 1980 existe la Red Eurídice, conformada por los países que conforman el programa Erasmus+, que a través de las unidades nacionales proporciona también brindan información sobre educación superior (documentos y legislación oficiales, recomendaciones, datos estadísticos de *Eurostat*, entre otros), para fomentar la comprensión, la cooperación, la confianza y la movilidad regional e internacional.

IV. b. Accesibilidad: mayor acceso de hecho y de derecho

En virtud del principio de no discriminación, los estudiantes extranjeros deben poder circular y residir libremente en Estados Miembros y ser aceptados por las instituciones mientras dure la experiencia académica en idénticas condiciones que los nacionales para realizar experiencias de movilidad. En este contexto, por fuera del Proceso de Bolonia y desde antes de su inicio, el TJUE

²⁹ European Commission, Directorate-General for Education, Youth, Sport and Culture (2015).

³⁰ Ver: <https://education.ec.europa.eu/es/education-levels/higher-education>.

³¹ Ver: <https://www.enic-naric.net/page-Spain>.

intervino en varias cuestiones prejudiciales en las que debía determinar si ciertas medidas adoptadas por los Estados Miembros en materia de acceso a la formación profesional constituían una discriminación indirecta por razón de nacionalidad y obstaculizaban el derecho a la libre circulación y residencia de los estudiantes:

- el cobro de matrículas o aranceles a los estudiantes de provenientes de otros Estados Miembros: cuestiones prejudiciales *Forcheri* (1983), *Gravier*³² (1985) y *Blaizot* (1988)³³.
- la solicitud de requisitos académicos adicionales a titulares de diplomas de educación secundaria emitidos por otros Estados Miembros: recursos de la Comisión Europea contra Bélgica (2004)³⁴ y Austria (2005)³⁵ por incumplir sus obligaciones de favorecer la movilidad y el reconocimiento académico de títulos (art. 149 CE) y facilitar el acceso a la educación (art. 150 CE), y por violar el principio de no discriminación (art. 12 CE).
- el establecimiento de un cupo máximo de estudiantes no residentes que podían ingresar a carreras sanitarias: cuestiones prejudiciales *Bressol*³⁶ (2010) y *Chaverot*³⁷ (2010).

En todos ellos, el Tribunal consideró discriminatorias las medidas adoptadas toda vez que se aplican únicamente a los nacionales de otros Estados

³² Sentencia del Tribunal de Justicia, 13 de febrero de 1985, asunto C-293/83, *Gravier*, Rec. 1985, p. 00593. *Gravier* es un estudiante francés que demanda al estado belga y a la *Communauté française* por querer cobrarle un arancel que no se imponía a los estudiantes belgas.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia, 2 de febrero de 1988, asunto C-24/86, *Blaizot*, Rec. 1988, p. 00379. *Blaizot* y otros ciudadanos franceses demandan a cuatro universidades belgas la devolución del pago mencionado, abonado con anterioridad a la sentencia *Gravier*.

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, 1 de julio de 2004, asunto C 65/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica. La *Communauté française* pedía a los extranjeros superar un examen de aptitud, a menos que pudieran acreditar haber sido admitidos en universidades de sus países sin examen de admisión.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia, 7 de julio de 2005, asunto C 147/03, Comisión de las Comunidades Europeas, apoyada por Finlandia, contra Austria. Austria exigía a los estudiantes extranjeros demostrar que cumplían los requisitos exigidos por el Estado de emisión del título para acceder directamente a los estudios elegidos.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia, 13 de abril de 2010, asunto C 73/08, *Bressol*. *Bressol* y otros estudiantes no residentes interpusieron un recurso de anulación contra el cupo para extranjeros.

³⁷ *Chaverot* y otros profesores de las instituciones involucradas, basaron su reclamo en la supuesta amenaza sobre sus puestos por la eventual disminución del número total de estudiantes.

Miembros mientras los propios ciudadanos están eximidos de ellas. Los argumentos con las que los países justifican estas medidas son variados, pero podrían sintetizarse en torno a los siguientes ejes: 1) la escasez de recursos (presupuestarios, edilicios, docentes, etc.) para satisfacer la demanda de estudiantes que no aportan económicamente mediante sus impuestos, con la consecuente disminución de la calidad de la enseñanza; 2) la falta de profesionales calificados que se generaría a nivel local/nacional cuando los estudiantes extranjeros regresara a sus países de origen para ejercer la profesión, particularmente en el área de salud pública; y 3) la necesidad de evitar comportamientos fraudulentos cuando se eluden las exigencias que presentan el acceso a ciertas carreras en país de origen y se aprovechan las facilidades existentes en otros.

En relación con las cuestiones de índole presupuestaria, dado que la movilidad añade a las matrículas y aranceles habituales gastos de transporte, alojamiento y manutención, se hace necesario implementar medidas que faciliten el acceso económico a los estudiantes, particularmente, los menos favorecidos. Los Estados Miembros suelen conceder a sus propios estudiantes beneficios de tipo no contributivo como becas, aunque el PIDESC pida a los Estados parte hacer que los estudios superiores lleguen a ser -progresivamente- gratuitos, lo cierto es que la modalidad y el alcance del financiamiento público es determinación exclusiva de la política nacional y ni siquiera la igualdad de trato obliga a los Estados Miembro de la UE a extender las ayudas no contributivas a otros ciudadanos comunitarios antes adquirir la residencia permanente.

La negativa de algunos Estados a concederlos en virtud de su peso sobre las finanzas públicas, fue motivo de presentaciones judiciales por parte de los interesados para hacer cumplir la normativa comunitaria en materia de residencia que llegaron al TJUE como cuestiones prejudiciales, con anterioridad al proceso de Bolonia y a la adopción de la ciudadanía europea. En los asuntos *Brown* y *Lair*³⁸ (ambos de 1988), el Tribunal reconoció que el TCE reservaba la

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 21 de junio de 1988, *Lair* (39/86) y *Brown* (197/86). En el primer caso, el Departamento de Educación de Escocia negó a un estudiante de francés una ayuda para manutención que incluía el pago de aranceles para estudios superiores. En el segundo, la Universidad de Hannover denegó a una estudiante

política educativa y social a la competencia de los Estados Miembros, por lo que el principio de no discriminación por nacionalidad no podía ser aplicado a los estudiantes extranjeros en relación con el acceso a este tipo de ayudas, excepto que dieran acceso a la enseñanza universitaria como un tipo de formación profesional, materia que sí se estaba bajo su competencia por su vinculación directa con la prestación de servicios profesionales en el mercado único.

Cuando la ciudadanía regional puso fin a la nacionalidad como único criterio de atribución de titularidad de varios derechos, algunos beneficios no contributivos fueron solicitados por ciudadanos comunitarios que no eran nacionales del Estado donde residían en función del *principio de no discriminación* (art. 18, TFUE) como muestra el *asunto Grzelczyk*³⁹ (2001). La Directiva 93/96/CEE⁴⁰ relativa al derecho de residencia de estudiantes, entonces vigente, condicionaba su residencia en otro Estado miembro a que el interesado cubriera sus propios gastos de manutención y seguro médico y no fuera una “carga” para la asistencia social del Estado de acogida (art. 1). A diferencia de la Directiva 90/365/CEE sobre trabajadores migrantes, se prohibía derivar de ella un derecho al pago de ayudas para manutención (art. 3). En este caso, el Tribunal reinterpreto todo esto a la luz de la nueva ciudadanía europea, entendiendo que su vocación era “convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentren en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico”⁴¹. Por lo tanto, la “carga” para el Estado de acogida debería, en realidad, valorarse como “carga no excesiva”, interpretación

francesa un préstamo de estudio por no haber ejercido actividad profesional en el país durante cinco años, condición exigida a los extranjeros para cobrarlo, Según la universidad, sólo podía computarse como tal un período durante el cual hubiera ejercido una actividad profesional y, por tanto, pagado los impuestos y cargas sociales que permitían al estado brindar estas ayudas.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia, 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, Grzelczyk, Rec. 2002, p. I-00663. Grzelczyk es un ciudadano francés a quien el estado belga suspende un subsidio de manutención ya otorgado por ser extranjero y residir en calidad de estudiante, algo que el demandante encontraba contrario al *principio de no discriminación* (arts. 6 y 8 del Tratado CE). Grzelczyk había iniciado la universidad con medios propios, necesitando luego solicitar un subsidio.

⁴⁰ Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes.

⁴¹ *Ibidem*, apartado 31.

admite una cierta *solidaridad económica* del Estado de acogida hacia el interesado (mientras no resulte excesiva), en particular, si sus necesidades eran temporales, lo que debía ser valorado caso por caso.

En el 2004, la Directiva 2004/38/CE (art. 24) relativa al derecho de los ciudadanos y sus familias a circular y residir libremente en el territorio de la UE, actualmente vigente, estableció que, pese la igualdad de trato que cabe a todos los ciudadanos europeos residentes en otros Estados Miembros, estos no están obligados a extender prestaciones de asistencia social, ni ayudas de manutención en forma de becas o préstamos estatales a estudiantes de otros Estados Miembros antes de adquirir la residencia permanente, para lo cual deben haber residido allí durante cinco años sin interrupción (art. 17). Precisó, además, que los ciudadanos de la UE tienen derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión por un periodo de tres meses, sin otro requisito que el pasaporte o documento de identificación válido (art. 6.1). Pasados los tres meses, para conservar su derecho de residencia, además de estar matriculados en una institución de educación superior, los estudiantes deben contar con recursos económicos suficientes y un seguro de enfermedad (para sí y los familiares que lo acompañen) para evitar convertirse en una carga para la asistencia social del Estado donde residen (art. 7c). A la postre, dada su calidad de ciudadano de la UE, cualquier estudiante que haya residido legal y continuamente durante cinco años en el Estado de acogida tiene derecho a solicitar la residencia permanente (art. 16).

En línea con esta última directiva, en el asunto *Bidar*⁴² (2005), el Tribunal entendió que la valoración sobre si un estudiante representaba una “carga excesiva” para el Estado de acogida debe ser interpretada en función su “grado de integración” en dicho Estado. Según el Tribunal, esto podía acreditarse considerando los años de residencia, lo que mitiga el criterio sostenido en el asunto *Grzelczyk*, donde lo importante era que la necesidad del estudiante fuera temporal, independientemente del tiempo que hubiera residido en el Estado de

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia, 15 de marzo de 2005, asunto C-209/03, *Bidar*, Rec. 2005, p. I-02119. Estudiante francés al cual se le niega un préstamo de estudios en el Reino Unido.

acogida. Finalmente, en el asunto *Förster*⁴³ (2008), el Tribunal entendió que la aunque la Directiva 93/96/CEE no constituye fundamento de un derecho al pago de becas, ni tampoco se opone a los estudiantes comunitarios invoquen el *principio de igualdad* de trato durante su residencia en otro Estado Miembro, considera adecuado los cinco años de exigidos por la ley neerlandesa para acceder a la prestación social y no comportar una *carga excesiva* para ese estado⁴⁴. En definitiva, el hecho de que a todos los ciudadanos europeos residentes en otros Estados Miembros les quepa la igualdad de trato no obliga a dichos estados a extenderles ayudas sociales ni de manutención en forma de becas o préstamos estatales antes adquirir la residencia permanente (Directiva 2004/38/CE, art. 24).

Más allá de la discusión acerca de quién debe asumir los costos de la movilidad (Estado de origen, Estado de acogida o el estudiante), en qué medida y de qué manera (DOUGLAN: 2005), existen programas regionales que financian algunos de estos rubros como el conocido *Erasmus+* para estudiantes de educación superior o las *Acciones Marie Skłodowska-Curie* para investigadores. Erasmus+⁴⁵, que ya tiene más de 35 años, permite a estudiantes de universidades y escuelas de formación profesional continuar formándose en alguno de los 27 Estados Miembros de la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega, Suiza, Turquía y Macedonia. El programa cubre estudios y prácticas en empresas de estudiantes y personal docente. Sus becas contribuyen a sufragar gastos de viaje, alojamiento y manutención, y su monto varía en función del nivel de vida del país de acogida y su distancia respecto al centro de origen, así como de la duración de la estancia. Su presupuesto es financiado con fondos de la UE:

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia, 18 de noviembre de 2008, en el asunto C-158/07, Förster, Rec. 2008, p. I-08507. Förster era una ciudadana alemana a quien los Países Bajos, donde residía como estudiante universitaria, le retira una beca de subsistencia para prácticas remuneradas, al constatar que no las había realizado durante cierto tiempo, que no estaba previamente integrada en la sociedad local ni podía ser considerada una trabajadora comunitaria. En estas condiciones, sólo podía acceder a esta prestación como residente definitiva, al cabo de cinco años de residir en el país, lo que Förster consideraba excesivo.

⁴⁴ El abogado general, por el contrario, lo consideró desproporcionado y mencionó otros criterios posibles como haber nacido cerca de la frontera o trabajado el Estado Miembro de acogida, que permitirían valorar razonablemente si el nivel de integración incluso antes del periodo exigido.

⁴⁵ Surgió en 1987 por iniciativa de la Comisión Europea. Erasmus+ 2021-2027 tiene un presupuesto de 26.000 millones de euros y sus ejes son la inclusión social, la transición ecológica y digital, y la participación de las personas jóvenes en la vida democrática.

el 70% se destina a experiencias de movilidad y el 30% a proyectos de cooperación y al desarrollo de políticas específicas (juventud, deportes, etc.). La Comisión Europea gestiona el presupuesto y fija las prioridades, los objetivos y los criterios del programa. Además, a través de su Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura (EACEA) realiza el lanzamiento de convocatorias, promoción y difusión de los proyectos y los resultados, evaluación de solicitudes y el control general. Cada Estado Miembro tiene una o más agencias que hacen lo propio a escala nacional y se vinculan con la Comisión Europea y las organizaciones participantes. Los interesados pueden presentar una solicitud por sí mismos o en nombre de una de estas organizaciones. Cabe destacar que, si bien desde los inicios del Proceso de Bolonia el número de estudiantes que realizan experiencias de movilidad se ha incrementado, aún no se ha alcanzado el objetivo establecido en 2009⁴⁶ de que al menos el 20% de los graduados en el EEES hubieran realizado un período de estudios superiores en el extranjero en 2020, porcentaje que gira en torno al 9%.

Para finalizar, la portabilidad de ayuda o un beneficio no contributivo concedido a los estudiantes en un Estado Miembro para usarlo en otro, esto es un objetivo del espacio desde 2005⁴⁷. Sin embargo, pese a las recomendaciones sobre la portabilidad de préstamos y subvenciones para hacerlos utilizables tanto para estudiar en instituciones nacionales como extranjeras, sólo está vigente en pocos países y bajo condiciones muy distintas⁴⁸. Según la Comisión Europea (EUROPEAN COMMISSION/EACEA/EURYDICE, 2020), sólo un tercio de los sistemas del EEES admite la portabilidad de las becas para experiencias de movilidad cortas (un semestre o un curso académico), enmarcadas en programas de movilidad nacionales o muy reconocidos como Erasmus+. Una veintena de países extiende este tipo de becas también a programas académicos enteros, pero algunos los limitan a ciertas universidades o programas piloto. En el caso

⁴⁶ Comunicado de Lovaina (2009).

⁴⁷ Comunicado de Berlín (2003).

⁴⁸ Según Lam, Oste, Ferencz, y Wächter (2013; en European Commission/EACEA/Eurydice: 2020) en la región nórdica casi el 100% de los estudiantes reciben este tipo de ayudas con independencia de su situación socioeconómica, pero en la mayoría de los países restantes están condicionadas, por ejemplo, al nivel de ingresos, lo que reduce el número de beneficiarios potenciales.

de préstamos con financiamiento público, además de estar menos generalizados y aplicar a una proporción mucho menor de estudiantes, en los pocos casos en los que son *portables*, sólo lo son para el programa Erasmus+. En resumen, en menos de la mitad de todos los sistemas del EEES el apoyo financiero interno es transferible para experiencias cortas y programas enteros en el exterior. Se observa, además, un claro patrón geográfico donde el norte y el noroeste de Europa muestran un alto grado de portabilidad, sobre todo, en comparación con el este de Europa (pp. 146 a 150). En definitiva, sólo el 5% de los estudiantes con derecho a ayudas portables las utilizan para estudiar en el extranjero (p. 129).

IV. c. Aceptabilidad: programas acreditados con estándares regionales de calidad

El aseguramiento de la calidad de los programas y las instituciones de educación superior estuvo en la agenda de trabajo desde el inicio por ser visto como un aspecto vital para aumentar su credibilidad frente a sus pares de otros países, y para aumentar la transparencia y generar mayor confianza mutua con vistas al reconocimiento de titulaciones extranjeras. Los *Criterios y Directrices para el Aseguramiento de la Calidad* (ESG, por sus siglas en inglés) fueron adoptados en 2005, y actualizados en 2015⁴⁹, para que las instituciones y las agencias de aseguramiento de la calidad existentes a nivel nacional los utilizaran en sus procesos de aseguramiento de la calidad, internos y/o externos, y los aplicaran a toda la educación superior impartida en el EEES, sin importar el país o la modalidad.

Los “criterios” son conjuntos de buenas prácticas generales sobre los cuales las “directrices” brindan información adicional y, en algunos casos, una explicación más detallada del significado e importancia. Están organizados en tres partes que cubren:

⁴⁹ Los ESG fueron propuestos por organizaciones que son parte del EEES, por encargo del Consejo de Ministros de Berlín (2003). Su versión actual data del Consejo de ministros de Ereván (2015).

- 1) la garantía interna de calidad: políticas y procedimientos que cada institución debe aplicar a sus programas y títulos, y al desarrollo de una cultura que promueva la calidad y la mejora continua;
- 2) la garantía externa: acreditación de programas e instituciones ante las agencias oficiales (públicas o privadas) de calidad según los estándares establecidos en cada país;
- 3) la revisión externa, cíclica, de los procesos y actividades de las propias de agencias de aseguramiento de la calidad por parte de otras agencias (revisión por pares).

Estos criterios y directrices forman parte del *Marco de Referencia Europeo de Calidad*, junto con la *Base de Datos de los Resultados de Acreditación Externa de la Calidad* (DEQUAR, por sus siglas en inglés). Creada en 2018, esta base recopila información de los informes externos de garantía de calidad realizados por las agencias incluidas en el *Registro de Garantía de Calidad para la Educación Superior* (EQUAR, por sus siglas en inglés) y ayuda a comprenderlos en el contexto del marco nacional en el que son producidos, facilitando la comparabilidad y la transparencia. Esta base de datos es considerada uno de los elementos clave que permitirán alcanzar en 2025 el reconocimiento automático de los títulos.

IV. d. Adaptabilidad: programas centrados el estudiante

La determinación o elección de los contenidos y métodos de enseñanza es competencia exclusiva del Estado nacional, sin embargo, en el Espacio Europeo de Educación Superior se han promovido algunas innovaciones relacionadas con los planes de estudio para acercarlos a las necesidades cambiantes del entorno social y el mercado laboral y a los propios intereses de los estudiantes.

La adopción del *Marco Europeo de Cualificaciones* y los *Descriptor de Dublín* ha significado la promoción de un enfoque basado en el estudiante, pues estableció cuáles son los conocimientos y habilidades que se espera que adquieran al final del proceso de aprendizaje de las diferentes titulaciones y

ciclos. Esto significó una novedad respecto de los criterios predominantes hasta entonces en la elaboración de planes de estudios y procesos de reconocimiento de títulos, basados sobre los insumos de la enseñanza ofrecida como los contenidos curriculares y la carga horaria para su dictado. El Marco Europeo de Cualificaciones se basa, en cambio, en los resultados de aprendizaje esperados y la carga de trabajo que el estudiante requiere para alcanzarlos⁵⁰, lo que evidencia la adopción de un enfoque centrado en el estudiante como protagonista de su propia experiencia de aprendizaje. Así lo reconoce la Comisión Europea, cuando afirma que el objetivo último es que los estudiantes “sean capaces de planificar sus rutas de aprendizaje con información clara para adquirir los conocimientos, habilidades y competencias que satisfagan tanto sus objetivos personales y necesidades sociales”. (EUROPEAN COMMISSION, EACEA Y EURYDICE, 2020: p. 10). Por su parte, las Directrices para la Garantía de la Calidad en el EEES (2005) exigen que los programas académicos sean diseñados con referencia a los resultados de aprendizaje previstos de manera explícita y con la participación de estudiantes y otros grupos de interés.

El objetivo último no está puesto en la adquisición de conocimiento teórico sino en el desarrollar habilidades prácticas y competencias relevantes para el mercado laboral y la vida profesional. Por ello, el *Marco Europeo de Cualificaciones* forma parte, a su vez, del *Marco Europeo de Cualificaciones a lo largo de la Vida (EQF-LLL)*. Este último es una extensión del anterior, que reconoce todas las cualificaciones y competencias adquiridas durante la vida incluyendo el aprendizaje no formal y las habilidades y conocimientos adquiridos en actividades cotidianas en el trabajo, las experiencias de voluntariado, cursos en línea, etc. Las cualificaciones y competencias adquiridas en diferentes momentos y contextos pueden ser reconocidas y valoradas en términos de los 8 niveles de cualificación que están incluidos en este marco.

Por último, la creación de una *dimensión europea de la educación superior* incluye los aspectos ya mencionados, pero se centra en la integración y la cooperación entre actores e instituciones de los sistemas de educación superior

⁵⁰ Además de las horas de clase, incluye las de estudio individual, de laboratorio, de pasantías, etc.

del EEES. En este contexto, la Estrategia Europea para las Universidades⁵¹ se propone hacer que las universidades promuevan el modo de vida y los valores europeos (diversidad, inclusión, democracia, derechos fundamentales y valores académicos), se transformen en agentes de cambio de la transición ecológica y digital, así como en motores del papel y el liderazgo mundial de la UE. Para ello, se ha dispuesto la creación de una serie de campus interuniversitarios, llamados *Universidades Europeas*, y se trabaja en la elaboración de un estatuto jurídico para las alianzas de instituciones de educación superior y de un título europeo conjunto para mediados de 2024 (para reducir la burocracia de este tipo de programas). Para ese mismo año, se prevé finalizar la puesta en marcha del *carne europeo de estudiante*, con un identificador único por cada estudiante para facilitar aún más la movilidad.

Tabla II. Las medidas de coordinación del EEES en el marco conceptual de “las 4 A”.⁵²

Objetivos	Instrumentos
Criterio i: Asequibilidad	
Reconocimiento de títulos	Sistema de créditos (ETC) Estructura de titulaciones en 3 niveles Marco Europeo de Cualificaciones Directiva sobre reconocimiento de títulos de profesiones reguladas(*) Suplemento al título Acuerdos formales de aprendizaje Certificación de estudios Certificación de prácticas profesionales
Criterio ii: Accesibilidad	
Facilitar la circulación y residencia	No discriminación Directiva sobre circulación y residencia (*)
Financiamiento de la movilidad	Programas regionales: Erasmus+, Acciones Marie Skłodowska- Curie Portabilidad de becas/ayudas nacionales
Criterio iii: Aceptabilidad	
Asegurar la calidad de la enseñanza superior	Criterios y Directrices (ESG) Sistemas de Aseguramiento Interno Base de datos con resultados de acreditación Registro de agencias aseguradoras
Criterio iv. Adaptabilidad	
Enfoque basado en el estudiante	Créditos basados en trabajo del estudiante, Niveles basados en resultados del aprendizaje, habilidades y

⁵¹ COM/2022/16 final.

⁵² Fuente: elaboración propia.

	competencias Dimensión europea de la ed. Superior/ Estrategia para Universidades
--	---

(*) Se determinan por fuera del Proceso de Bolonia.

V. Conclusión

La integración regional puede tener un papel significativo en la promoción y mejora de las condiciones de asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad que debe tener la educación superior concebida desde un enfoque de derechos humanos. El caso del Espacio Europeo de Educación Superior muestra de qué manera, aún sin haber sido pensados en términos del enfoque conceptual de las "4 A de Tomasevski", los espacios regionales de educación superior comparten objetivos y principios similares y pueden contribuir positivamente con este enfoque en sus esfuerzos por eliminar gradualmente los obstáculos a la movilidad académica.

El caso presentado permite apreciar otras ventajas que podrían extenderse a otros procesos de integración. La primera es la gran cantidad de temas relacionados con la movilidad (reconocimiento de títulos, aseguramiento de la calidad, becas y ayudas financieras, acceso a la información, etc.) y la diversidad de instrumentos que es posible desarrollar en el contexto de la integración regional, en comparación con los convenios multilaterales de reconocimiento de títulos. La segunda es la creación de externalidades positivas incluso para quienes no realizan experiencias de movilidad. Sin dudas, la adopción de un marco de titulaciones comunes y de estándares regionales de calidad amplían la cantidad y el tipo de programas e instituciones potencialmente elegibles para desarrollar actividades académicas en otros Estados Miembros al facilitar la comparabilidad y el reconocimiento de las titulaciones, pero también impacta positivamente en la competitividad los títulos de quienes estudian en instituciones locales. La tercera es que la implementación de programas de becas y apoyo financiero con fondos regionales permite que estudiantes menos favorecidos también puedan aprovechar estas oportunidades, sobre todo si provienen de países con menor nivel y desarrollo e ingreso relativo, lo que permite, a su vez, a estos últimos contar con graduados formados en el más alto nivel. En este sentido, si bien la profundización de la portabilidad de las ayudas

y becas es una posibilidad interesante, no tendría el mismo efecto nivelador entre estudiantes de países con recursos dispares.

Finalmente, como consecuencia de la particular estructura institucional del proceso admite la participación de las partes interesadas (universidades, estudiantes, agencias de acreditación, asociaciones de estudiantes y empleadores, entre otros). Otra particularidad que refuerza el proceso de coordinación es la posibilidad de que los ciudadanos de los Estados Miembro puedan recurrir directamente a los tribunales nacionales para reclamar la aplicación de aquellos aspectos relacionados con la educación superior que así lo permiten como los concernientes a la libre circulación y residencia y el libre el acceso a la educación superior en toda la UE sin discriminación por motivos de nacionalidad.

VI. Bibliografía

CLARK, B. (1983). *The Higher Education System. Academic Organization in Cross-National Perspective*. Berkeley: University of California Press.

Declaración del encuentro de los Ministros Europeos responsables de la Educación Superior reunidos en Praga, 19 de mayo de 2001.

DOUGAN, M. (2005) *Fees, Grants, Loans And Dole Cheques: Who Covers The Costs Of Migrant Education Within The EU?* JCER Vol. 1, Issue 1, pp. 4-29.

European Commission, Directorate-General for Education, Youth, Sport and Culture. (2015). *Guía de uso del ECTS 2015*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

European Commission/EACEA/Eurydice. (2020). *The European Higher Education Area in 20: Bologna Process Implementation Report*. Luxembourg: Publications Office of the European Union.

GARRIDO RIVERA, A. (2021). *Controversias de la idea de universidad. Un estado del arte a 20 años del proceso de Bolonia*. *Perfiles educativos*, 43(171), pp. 160-177.

GIMÉNEZ MERCADO, C. Y VALENTE ADARME, X. (2010). *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes*. Cuadernos del CENDES, 27(74), pp. 51-79.

IESALC (2019). *La Movilidad en la Educación Superior en América Latina y el Caribe: retos y oportunidades de un convenio renovado para el reconocimiento de estudios, títulos y diplomas*. Caracas: IESALC.

KNIGHT, J. (2016). *Regionalization of Higher Education in Asia: Functional, Organizational and Political Approaches*. The Palgrave Handbook of Asia Pacific Higher Education, pp.113-127.

MARGINSON, S. (2007). The new higher education landscape: Public and private goods, in global/national/local settings. En: Marginson, S. (Ed.), *Prospects of Higher Education: Globalization, Market Competition, Public Goods and the Future of the University* (pp. 29-77), Rotterdam: S.P.

ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), *Observación general N° 13: El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, 8/12/1999, E/C.12/1999/10.

PERROTA, D. (2016). *MERCOSUR, regionalismo regulatorio y gobernanza en la educación superior*. Relaciones Internacionales, n° 5, pp. 1-22.

— (2019). *Reconocimiento de títulos universitarios en el MERCOSUR*. Análisis Carolina No. 10.

Recomendación del Consejo de 22 de mayo de 2017 relativa al Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente. (2017/C 189/03)

RODINO, A. M. (2015). *La educación con enfoque de derechos humanos como práctica constructora de inclusión social*. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N°. 61, 2015, pp. 201-224.

UNESCO. (2019). *Convención mundial sobre el reconocimiento de las Cualificaciones relativas a la Educación Superior*.

**LA ANTROPOLOGÍA EN EL DERECHO ELECTORAL. UN PRIMER ACERCAMIENTO DESDE
LA PERSPECTIVA DE UN TRIBUNAL ELECTORAL EN MÉXICO.**

Roberto Luis Rascón Maldonado¹

Fecha de recepción: 25 de octubre de 2023

Fecha de aceptación: 27 de diciembre de 2023

Resumen

El artículo tiene como finalidad navegar sobre otras disciplinas de las ciencias sociales que auxilian al Derecho a fin de resolver un conflicto jurisdiccional mediante el cual se ejercitan derechos humanos. En este caso en específico, una comunidad migrante y etnoreligiosa en México acude a la justicia electoral para solicitar sean considerados como equiparables a un pueblo indígena u originario y, como consecuencia de ello, poder auto regularse bajo sus propias normas, autogobierno, usos y costumbres. Se realiza un análisis de como las personas operadoras del Derecho -más cuando se trata de proteger derechos humanos- pueden acudir a la antropología para que ésta intermedie como interlocutora entre una comunidad peticionaria y un órgano jurisdiccional -este último que interpreta y aplica las normas-. Además, se realiza una crítica a los métodos argumentativos tradicionales utilizados en los fallos y se plantea descubrir una justicia comunicativa y cercana a toda la ciudadanía.

Palabras clave: Pueblos indígenas y originarios – Antropología Jurídica – Derecho Electoral – Estudios antropológicos – Disciplinas auxiliares del Derecho.

Title: ANTHROPOLOGY IN ELECTORAL LAW. A FIRST APPROACH FROM THE PERSPECTIVE OF AN ELECTORAL COURT IN MEXICO.

¹ Coordinador General del Tribunal Estatal Electoral de Chihuahua (México). Abogado (Universidad Autónoma de Chihuahua, México). Especialista en Justicia Constitucional (Universidad de Castilla – La Mancha, España). Maestro en Derecho Electoral (Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México). Maestrando de la Maestría en Magistratura (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesor de Derecho Electoral y Amparo (Universidad Regional del Norte, México).

Abstract

The purpose of this article is to navigate on other disciplines of the social sciences that assist the Law in order to resolve a jurisdictional conflict through which human rights are exercised. In this specific case, a migrant and ethno-religious community in Mexico goes to the electoral justice to request to be considered as equivalent to an indigenous or native people and, as a consequence, be able to regulate themselves under their own rules, self-government, uses and customs. An analysis is made of how law operators can turn to anthropology to act as an interlocutor between a petitioning community and a court. In addition, a critique is made of the traditional argumentative methods used in rulings and a proposal is made to discover a communicative justice that is close to all citizens.

Key words: Indigenous and native nations – Legal Anthropology – Electoral Law. Anthropological studies – Auxiliary disciplines of Law

I. Introducción

El presente trabajo surge como un cuestionamiento personal genuino a partir de que, quien suscribe, empezó a cursar un posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires,² toda vez que una de las cátedras incluidas en el plan de estudios fue la que derivó a tomar la decisión de realizar la inscripción en el citado posgrado.

Verán, el curso de fundamentos de la antropología jurídica llamó la atención de quien elabora el ensayo de mérito y de ahí, surgieron un sinfín de tópicos que se fueron relacionando con el propio quehacer jurídico, de forma específica, como personal jurídico que realiza proyectos de fallos jurisdiccionales.

Justo, en la época del curso se estaba confeccionando, en la unidad de trabajo del autor, un asunto jurisdiccional -juicio- en donde por primera vez se utilizó la antropología jurídica como disciplina necesaria para dictar una

² Maestría en Magistratura.

resolución, en líneas adelante, explicaremos a detalle esta experiencia, insisto, desde la óptica de un Tribunal Electoral local en México.

II. Los tribunales electorales en México como garantes de los derechos humanos de índole político electoral

Para adentrarnos en el tema, debemos responder una primera interrogante, a saber, ¿qué es un Tribunal Electoral local?

Los tribunales electorales surgen como órganos jurisdiccionales encargados de garantizar, de forma amplia, los derechos humanos de índole político electoral de la ciudadanía, así, el constituyente mexicano los manufacturó como órganos constitucionales autónomos, es decir, no forman parte del Poder Judicial, ni de ningún otro poder del Estado.³ Existe un tribunal electoral en cada una de las treinta dos entidades federativas de México.⁴

Recordemos que los órganos constitucionales autónomos emanan como una excepción a la teoría clásica de la división de poderes, mismos que se han fabricado y utilizado de varias maneras en América Latina.

La génesis de órganos como los tribunales electorales parte de una nueva concepción del poder, por medio de premisas de equilibrio entre los poderes clásicos del Estado con el objeto de hacer más eficaz el desarrollo de las actividades y funciones encomendadas a un Estado Democrático.⁵

La importancia de establecer este tipo de órganos jurisdiccionales tiene como objetivo consagrar la autonomía, para Kant, ello se garantiza con la independencia de voluntad de todo deseo u objeto de deseo (ABBAGNANO, 2004: p. 117) y -se protege- al estar libres -los órganos- de toda subordinación jerárquica que es la que legitima al juez o jueza democrática (GALVÁN RIVERA, 2002: p. 686-687).

³ El artículo 116, fracción IV, inciso c) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el imperativo de que las constituciones y las leyes de los estados deben garantizar, entre otras cuestiones, que las autoridades jurisdiccionales que resuelvan las controversias en materia electoral, gocen de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones. Por su parte, el artículo 105, numeral 1 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales señala que las autoridades jurisdiccionales locales son los órganos especializados en materia electoral en cada entidad federativa, que gozarán de autonomía técnica y de gestión en su funcionamiento e independencia en sus decisiones.

⁴ El federalismo mexicano se integra con treinta y dos estados (provincias).

⁵ Suprema Corte de la Nación de México, acción de inconstitucionalidad, 32/2005.

Todas estas características son las que rodean al Tribunal Electoral de Chihuahua, que se creó hace veintiséis años, por lo que podemos considerarla como una materia procesal de reciente creación pero que ha dado pasos descomunales en la protección de los derechos humanos de la ciudadanía.

Ahora, pasaremos al otro lado de esta historia, para entender cómo se relaciona la labor constitucional de un tribunal electoral con la antropología jurídica.

III. Relación entre la antropología y el derecho desde una óptica jurisdiccional

La interrogante siguiente es poder definir ¿qué es la antropología jurídica?

De manera genérica, la antropología realiza un estudio comparado de las sociedades para comprender -desde la propia perspectiva de cada sociedad- que se percibe por ser humano (RUBIO CARILLO, 2008: p. 51).

Por lo que esta disciplina se introduce -a un grupo social- como un ente ajeno o extraño, con la finalidad de poder explicar las diferencias entre sociedades.

El objetivo de la antropología jurídica es hacer ver como las normas y prácticas interactúan a fin de generar pautas de referencia que guían la acción social y, como éstas, de igual forma, se transforman para dar respuesta a las reclamaciones de un entorno social (SIERRA, 1996: p. 59).

Y es que, el conjunto de tradiciones es lo que cimienta la costumbre y el derecho consuetudinario, mismo que se valora como una expresión cultural, por lo que la antropología jurídica es un compendio de normas no escritas -usos y costumbres- manifestadas a través de ciertas conductas culturales que comparte una sociedad (MARCOS & SÁNCHEZ, 2011: p. 80-81).

La antropología jurídica orbita sobre un *campo simbólico* en el que se establecen relaciones consuetudinarias entre personas, en virtud de que el individuo no puede considerarse de manera aislada; sino como representación de familia y un contexto social y cultural específico (MARCOS & SÁNCHEZ: 2011, p. 81).

El derecho consuetudinario no es estático o firme; por el contrario, resulta dinámico y sus reglas se modifican de manera constante para reflejar los cambios en la sociedad (KURUK, 2002: p. 6).

Entonces, la antropología jurídica analiza las manifestaciones y prácticas del propio derecho consuetudinario que, a su vez, representan la expresión de la identidad cultural, ésta como reflejo de maneras de vida de una comunidad concreta, por lo que en cada pueblo -comunidad- las expresiones para referirse a un mismo hecho social serán diferentes (MARCOS & SÁNCHEZ, 2011: p. 83).

Así, a lo largo del citado curso,⁶ las personas que formaron parte de él pudieron percibir que una de las principales consecuencias de la inclusión de la antropología en el Derecho es con el objeto de evitar riesgos que se pueden producir si no se conoce la realidad de la vida sobre la cual se proponen e imponen normas, estas emanadas de los Estados (SIERRA, 1996: p. 55-90 & CARRASCO: 2014: p. 286).

Entonces, ¿cómo es que zarpamos en esta experiencia de utilizar de manera conjunta la antropología y el derecho, como disciplinas para resolver conflictos judiciales?, esto, a partir de la idea utópica de llevar a todas las personas una justicia integral.

Aquí es donde encontramos el punto de conexión, resulta que en el Tribunal Electoral de Chihuahua se recibió un juicio por parte de miembros de una comunidad migrante y etnoreligiosa específica, que busca el dictado de un fallo con el objetivo de lograr que -dicha comunidad- sea declarada equiparable a un pueblo originario.

La comunidad LeBarón -quien es la parte promovente del juicio- en palabras simples, solicita poder autodeterminarse (autogobernarse), lo que traería aparejado declarárseles una comunidad equiparable a un pueblo originario o tribal; aplicar sus propios sistemas normativos; elegir a sus representantes y autoridades, de acuerdo con sus normas internas e históricamente utilizadas, por mencionar algunas importantes.

⁶ Impartido por el Dr. Mario S. Gerlero.

A través de diferentes instrumentos tanto convencionales como constitucionales, como lo es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, buscan dicho reconocimiento, bajo la especificación que lo que intentan -ser una comunidad equiparable- no es lo mismo a lo que conocemos de manera genérica como comunidad indígena, sin embargo; la primera de estas también tiene derechos porque guarda una naturaleza lógica similar (SUP-REC-157/2022, 20).

Por ende, los Estados Democráticos deben proteger a las minorías nacionales, bajo la premisa de que existen muchos grupos al interior del territorio de los países, que se convierten en comunidades multiculturales, muchas veces, minoritarias (SUP-REC-157/2022, 26).

Estos grupos minoritarios que se suelen observar dentro de un territorio nacional y, que no son parte de los pueblos originarios, son minorías etnoreligiosas, migrantes y afrodescendientes (SUP-REC-157/2022, 27).

En este orden de ideas y, después de casi dos años de proceso judicial⁷ en donde se han interpuesto diversas demandas en contra de determinaciones del Tribunal, a la par se sigue -al momento de la elaboración del presente trabajo- llevando a cabo un estudio antropológico por parte del Instituto Nacional de Antropología e Historia de México y más de una docena de audiencias y *visitas in situ* a la comunidad, lo cual ha sido una tarea enriquecedora, así como de mucho aprendizaje para todas las partes que participan en el proceso.

No olvidemos que, para el Tribunal, es la primera vez que se utiliza la antropología para dictar un fallo y, es que es inconcuso que los dictámenes antropológicos se han utilizado con mayor medida en los asuntos de índole penal y criminal; empero, lo más importante de este proceso -más allá de la elaboración de un estudio antropológico- es que el peritaje ayudará a conocer y entender esos usos y costumbres que probablemente no encajen en las normas ordinarias y que para una persona operadora del derecho puede resultar complejo explicar, ante la falta de experiencia en materia social y antropológica.

⁷ El juicio es identificado con la clave JDC-491/2021, mismo que se recibió en el Tribunal Electoral de Chihuahua el doce de noviembre de dos mil veintiuno. Consultable en <https://www.techihuahua.org.mx/teechanterior/expediente-jdc-498-2021/>.

Y es que la antropología en el derecho surge en el siglo XIX con Lewis Morgan quien fue el pionero en llevar ante un Tribunal el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios (naciones nativas en Estados Unidos de América) de forma específica con el pueblo séneca, presentando pruebas antropológicas para defender el territorio que les fue despojado (ESCALANTE, 2018: p. 74).

Sin embargo, no es hasta finales del siglo XX que el campo de la antropología jurídica empezó a ser relevante tanto en México como en la América no sajona, pues antes de ello los estudios antropológicos estaban encauzados a temas étnicos y no tanto a tópicos jurídicos (SIERRA, 1996: p. 55).

Este nuevo interés -por la antropología jurídica- surge de los propios movimientos para reivindicar los derechos de los pueblos originarios, así como de las múltiples reformas constitucionales en los países latinoamericanos con el objeto de reconocer los derechos indígenas, así como de la reglamentación internacional a favor de estos grupos (SIERRA, 1996: p. 55).

La colisión entre el derecho ordinario -emanado de un Estado- y el consuetudinario no sólo se presenta en el derecho penal -que es el área donde encontramos más estudios antropológicos-, sino que la antropología ha sido complementaria en materia agraria para dilucidar divisiones territoriales impuestas por el derecho sobre propiedades colectivas previamente establecidas; también se ha vislumbrado en el derecho civil; por ejemplo, en asuntos relacionados con herencias, cuando sus usos y costumbres son diferentes al derecho ordinario (nacional); así como en el derecho político relacionado con las forma de elegir a sus propias autoridades (SIERRA, 1996: p. 62).

IV. Primer traspaso de barreras entre la antropología y el derecho electoral

El trabajo se dará la tarea a atender una nueva interrogante, ¿cuál fue la experiencia del traspaso de barreras entre la antropología y el derecho electoral?

Podemos asegurar que está será la respuesta más entretenida para las personas lectoras, porque, verdaderamente, será un cruce de fronteras inimaginable.

Veamos, la personas que operan el Derecho están acostumbradas a la argumentación jurídica e interpretación judicial formal, en donde se van creando silogismos y premisas que parecen casi exactas, esperando que el propio Derecho -como disciplina- tenga todas las respuestas para otorgar soluciones correctas, pero ya sabemos que lo correcto es subjetivo dependiendo del análisis propio de las personas que sufren el impacto de la decisión.

El proceso de realizar un estudio antropológico como base para dictar un fallo jurisdiccional rompió una barrera invisible relativa a que sólo el Derecho sirve como método de consenso jurisdiccional, esta idea, se vio plasmada en la propia cátedra del Dr. Mario Gerlero y que, para la persona que elabora este *paper*, hizo un *click* con lo que estaba pasando por primera vez en su unidad de trabajo (la confección de un estudio antropológico para resolver el asunto), pues el catedrático hizo ver al alumnado de posgrado la importancia de incorporar las áreas de psicología, sociología y por supuesto, la antropología al Derecho.⁸

La propia literatura relacionada con la antropología jurídica nos marca que este ejercicio interdisciplinario (entre la antropología y el derecho) no excluye la participación de otras disciplinas porque *a priori* existe una mutua ausencia de comprensión entre personas juristas y antropólogas (SIERRA, 1996: p. 59).

Este cruce de fronteras es necesario y, no puede existir un paso hacia atrás, en otras palabras, para encontrar decisiones judiciales integrales y que puedan responder a situaciones que el Derecho por sí mismo desconoce -más cuando se trata de la protección de los derechos humanos de minorías- se debe acudir a la antropología, para entender la cosmovisión y conceptualización del propio panorama del sujeto -comunidad- al que va a impactar -o generar alguna consecuencia- el dictado de un fallo.

Así, en la cátedra se proporcionó un gran caudal de literatura jurídica enriquecedora; no obstante; hubo un trabajo realizado por Morita Carrasco que parecía avicinaba el futuro y supiera lo que estaba pasando en el Tribunal Electoral de Chihuahua, pues ejemplificó -en casos argentinos- como ocurría el cruce de fronteras entre la antropología y el derecho, situaciones que de forma

⁸ Se cita al Dr. Mario Gerlero, en su cátedra dentro de la Maestría de Magistratura de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires del día cuatro de abril de dos mil veintitrés.

análoga y, en tiempo real, se suscitaban en el entorno laboral de la unidad de trabajo.

De ahí que, este cruce de fronteras, el traspaso de esa barrera entre las dos disciplinas trajo otra pregunta que el ensayo tratará de explicar, ¿por qué es necesaria la antropología jurídica en las decisiones jurisdiccionales?

Como se mencionó, y se puede creer que es la premisa principal del texto, la incorporación de la antropología al derecho tiene la finalidad de alcanzar una justicia integral o más integral (CARRASCO, 2014: p. 287).

El proceso de elaboración de un estudio antropológico, tanto en el caso mexicano expuesto, como de la literatura de Morita Carrasco, podemos advertir que empieza con la investigación de gabinete, pero lo más importante es la investigación en terreno, con observación de campo y entrevistas abiertas, estancias prolongas en el lugar de los grupos y sociedades a estudiar⁹ (CARRASCO, 2014: p. 288).

Por consiguiente y, siendo parte medular de lo que el autor intenta hacer ver, es que la antropología -aplicada en el ámbito jurisdiccional- desarrolla una función de traducción de realidades, produciendo una lectura del mundo social que se analiza (CARRASCO, 2014: p. 290).

Así, la tarea de la antropología consiste en aprender la forma en que las y los actores producen e interpretan su realidad (CARRASCO, 2014: p. 292).

De aquí podemos apuntar que la antropología es una herramienta altamente útil para acotar la brecha o distancia comunicativa entre el sistema judicial ordinario y las comunidades con sistemas normativos propios (CARRASCO, 2014: p. 300), por lo que la antropología en el Derecho busca un reconocimiento del sistema judicial de la capacidad deliberativa intrínseca de un sistema normativo interno (CARRASCO, 2014: p. 303).

Algo que es importante destacar de lo aprendido, es la necesidad de establecer un tipo de justicia horizontal, ello, para generar confianza en quienes no conocen la justicia ordinaria (personas pertenecientes a otros grupos, ya sea originarios, equiparables o minoritarios), sino que están apegados a sus

⁹ Situación que también acontece en el caso mexicano expuesto, desde finales del año dos mil veintidós hasta mediados del año dos mil veintitrés.

sistemas internos, esta horizontalidad propone que las partes, es decir, parte actora y juzgadora -por lo menos- se integren en un plano de igualdad, en donde no existan sesgos de verticalidad o tener que elevar la mirada para ver a quienes imparten justicia imponiendo una norma consuetudinaria de sumisión (CARRASCO, 2014: p. 289).

Y es que, debe quedar claro que una comunidad no es una aldea, barrio o villa, sino todo lo contrario, es un sistema complejo de relaciones sociales que debemos entender y conocer a la hora de impartir justicia (CARRASCO, 2014: p. 284), por lo que el Derecho no será la única herramienta de las ciencias sociales necesarias para buscar esa justicia *cuasi perfecta*; sino iniciará de la mano con la antropología u otras ciencias sociales, esto es, sin limitar a una sólo disciplina.

Luego, bajo este panorama, encontramos otra situación importante que señalar, relacionada con la asimilación sobre el cambio en la unidad de trabajo. A qué nos referimos con ello, en otras palabras, podemos apuntar que las personas que operan, interpretan y aplican el Derecho no suelen trabajar con disciplinas diversas al Derecho, como en este caso la antropología, lo cual se torna en una experiencia nueva y desconocida, por lo que las personas percibimos de una forma extraña aquellos métodos que no solemos utilizar.

Las personas que trabajan interpretando y aplicando el Derecho en el ámbito jurisdiccional generalmente parten del constructivismo, es decir, por medio de esquemas cognitivos que generan interpretaciones acerca de la realidad que viven los propios sujetos sociales lo cual se materializa en reglas, valores y expectativas (GERLERO, 2022: p. 365), recordemos que, cuando hablamos de esquemas cognitivos, nos referimos a un proceso mental relativo a la percepción, memoria o lenguaje.

Así, esta construcción subjetiva edifica instituciones jurídicas, lo que se puede traducir, para este trabajo, en un practica naturalizada en una oficina gubernamental¹⁰ (GERLERO, 2022: p. 365).

En síntesis, encontramos que las instituciones jurídicas se crean a través de una construcción simbólica y que tal construcción proviene del clima de

¹⁰ También en una legislación específica.

época¹¹, por consiguiente, siempre que tenemos a la vista un proyecto, materializado, por ejemplo, en una posible legislación, tal proyección nace de una ficción (GERLERO, 2022: p. 365) o pensamiento futuro de cómo impactará como tal la institución jurídica en la sociedad.

¿Por qué resaltamos lo anterior? En virtud de que en el caso que se somete a escrutinio académico, realizar un estudio antropológico, algo que no se había generado antes en la unidad de trabajo analizada, trae consigo una vorágine de cambio en la forma de impartir justicia, dejando atrás la manera clásica de interpretar y aplicar el Derecho, para buscar en otras áreas, como lo es la antropología, una herramienta útil para poder alcanzar esa justicia integral de la que tanto se viene hablando.

El cambio es un tópico complejo, toda vez que la propia sociología nos ha enseñado que las personas -de manera natural- ponemos una barrera a cualquier tipo de cambio, a algo que intente modificar nuestras prácticas comunes y habituales con las que nos sentimos -las personas- cómodas.

El cambio, como la propia hermenéutica nos marca, se refiere a las transformaciones que vive el campo social, es decir, la sociedad tiene una modificación permanente de sus prácticas y reglas (GERLERO, 2022: p. 367). No olvidemos que toda sociedad es dinámica y cambiante.

Así, el introducir la antropología como aliada del Derecho para impartir justicia, al ser novedoso, se traduce en un cambio significativo al cual las personas no están ni acostumbradas ni familiarizadas, sobre todo al desconocer las consecuencias de emitir un fallo bajo estudios antropológicos dirigidos por personas altamente especializadas en el tema¹².

Y esto, porque las personas que imparten justicia al momento de tener un caso en específico utilizan las máximas de la experiencia, es decir, de manera general la decisión será basada en la cosmovisión adquirida, producida por las relaciones interpersonales, los discursos, información mediática -por mencionar algunas- algo que en el campo de la ética conocemos como ética de la virtud,

¹¹ El clima de época se entiende como el conjunto de valores, prácticas y prioridades que una sociedad considera importantes en un momento histórico determinado (GERLERO: 2022, p. 365).

¹² Recordemos que el estudio antropológico lo realizan personas antropólogas del Instituto Nacional de Antropología e Historia de México.

modelo en el que la decisión se basa en una interpretación con relación en la formación del carácter como juezas y jueces, y maximizando la perfección moral alcanzable en su ejercicio profesional. Lo que intenta evitar justamente la antropología, buscando empatar la visión del mundo con el de las personas a las cuales impactará el fallo que se dicta.

Por ende, la experiencia en el caso que aquí se comparte genera una esperanza de navegar hacia otros mares de la argumentación, dejando atrás lo técnico, formal y formulario de la argumentación jurídica y así, llegar a una nueva argumentación atendiendo al contexto de cada caso en particular - argumentación contextual- (NARVÁEZ, 2015: p. 54).

A partir de ello, adoptamos la idea relativa a que la argumentación debe regirse por los principios de la prudencia, empatía y simbiosis, buscando el beneficio mayor posible y alcanzar una justicia conmutativa y distributiva para todas las personas (NARVÁEZ, 2015: p. 54).

Este primer acercamiento de la antropología en el derecho electoral produce expectativas, basadas en la propia aspiración de mejorar la vida y condición de las personas que se acercan a fin de obtener justicia de un órgano del Estado, ello, se obtiene del propio sustrato ético de los derechos humanos aproximándolos en la exploración de una mejor vida comunitaria, por lo cual nunca se debe argumentar en contra de la propia dignidad humana (NARVÁEZ, 2015: p. 83).

Por consiguiente, la experiencia de estar realizando un estudio antropológico para resolver el multicitado caso abona a la existencia de un cambio, que a su vez incentiva a tener una postura crítica con la finalidad de mejorar a las instituciones jurisdiccionales -en este caso- y las formas en que se llevan a cabo sus procesos. Lo cual, sin lugar a duda, está produciendo un cambio persuasivo en la institución jurisdiccional, por lo que se espera que cada vez más volteemos a ver a otras disciplinas de las ciencias sociales para dictar fallos judiciales.

Entonces, encontramos que la verdadera pregunta es ¿cómo hablar de argumentación cuando ni siquiera hay comprensión? ¿Cómo argumentar cuando falla la comunicación? ¿Cómo argumentar cuándo los lenguajes son

diferentes? (NARVÁEZ: 2015, p. 142). Aquí es donde hay que acudir a la antropología jurídica para encontrar puntos de intersección (ITUARTE, 2014: p. 406).

Bajo este contexto, nos queda una última pregunta por contestar: ¿Qué enseñanza nos deja la antropología en el derecho electoral?

Debemos optar por un dialogo entre culturas, generando espacios neutrales de relaciones con apertura a todas las perspectivas y diferencias, resguardando la multiculturalidad de los sujetos (CRUZ, 2014: p. 255).

Resulta inconcuso que la antropología jurídica aporta alternativas de escrutinio para analizar la dimensión sociocultural y jurídica de los fenómenos sociales y étnicos con el objeto de demostrar la forma en que el derecho consuetudinario ha sido -de forma sistemática- pasado por alto en la normativa nacional ordinaria (SIERRA, 1996: p. 57).

Por lo que estudiar desde el contexto de la antropología jurídica los procesos étnicos demuestra con más claridad los efectos causados por la imposición de modelos normativos ordinarios frente a realidades distintas en grupos que utilizan sus propios usos y costumbres, materializados en el derecho consuetudinario (SIERRA, 1996: p. 57).

En el caso en concreto, la comunidad peticionara resulta ser un grupo que, desde la perspectiva del autor, es una minoría migrante y etnoreligiosa, con una cultura propia resultado de un proceso de migración -en este caso de los Estados Unidos de América hacia el norte de México-, en donde la cuestión a dilucidar del respectivo fallo -sin que esto prejuzgue- es si cuentan con un territorio ancestral y, de resolver ello, definir si al igual que los pueblos originarios tienen derecho al autogobierno.

Por ello, el consenso jurisdiccional debe partir desde la óptica de proteger a las minorías; empero, tratando de romper alguna relación de subordinación y sin aislar a la comunidad minoritaria de la mayoritaria, optar por el diálogo y aprendizaje mutuo (CRUZ, 2014: p. 262), es decir, que las distintas comunidades y sociedades empiecen a conocerse y a aprender unas de las otras.

V. Conclusión

En síntesis, se apunta una premisa trascendental relativa a que debemos dejar atrás la exigencia de pruebas de autenticidad en los estudios antropológicos, en otras palabras, no exigir demostrar la continuidad histórica de su forma de organizarse, desde la colonización hasta el presente, (no pruebas de pureza de sangre, religiosidad autóctona o integridad en sus costumbres) porque, como ya se mencionó, toda cultura es dinámica y cambiante, más cuando es sometida a procesos de conquista, colonización y cambio de cultura forzada (CLIFFORD, 2001).

En suma, la intención del cruce de fronteras entre la antropología y el derecho no es justificar la absorción de un sistema legal sobre otro (en este caso el sistema judicial sobre un sistema normativo diferente que se plantea como ancestral), sino de cómo resolver la convivencia y coordinación entre estos dos sistemas.

VI. Bibliografía

ABBAGNANO, N. (2004). "Diccionario de Filosofía". Fondo de Cultura Económica. Cuarta Edición en español.

CARRASCO, M. (2014). *"Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica"*. Primera Edición. Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile.

CRUZ RODRÍGUEZ, E. (2014). *"Multiculturalismo, interculturalismo y autonomía"* Estudios Sociales. Número 43. México.

ESCALATE BETANCOURT, Y. (2018). *Usos y costumbres del peritaje antropológico. Desacatos* [online]. México.

GALVÁN, F. (2002). "Derecho Procesal Electoral Mexicano". Porrúa. México.

GERLERO, M. S. (2022). *"Haciendo Sociología Jurídica. Redes sociales, instituciones jurídicas e inclusión social"*. Erreius. Buenos Aires.

ITUARTE, D. (2014). *“Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica”*. Primera Edición. Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago de Chile.

KURUK, P. (2002). *“El derecho consuetudinario en África y la protección del folclore”*. Boletín de Derecho de Autor, XXXVI, n.º 2.

MARCOS ARÉVALO, J. SÁNCHEZ M., M. (2011). *La antropología jurídica y el Derecho Consuetudinario como constructor de realidades sociales*. Revista de Antropología Experimental, número 11. Jaén, España.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ. J. R. (2015). *Argumentar de otro modo los derechos humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México.

RUBIO CARRILLO, T. A. (2008). *La antropología, una ciencia de conceptos entrelazados*. Gazeta de antropología, Granada, España.

SIERRA, M. T. (1996). *Antropología jurídica y derechos indígenas: problemas y perspectivas*. Dimensión Antropológica, vol. 8, septiembre-diciembre, México.

MERCOSUR Y CHINA: PERSPECTIVAS PARA UNA POLÍTICA EXTERIOR CONVERGENTE.

ANTECEDENTES, OPORTUNIDADES Y DESAFÍOS.

Augusto Aquiles Gonçalves¹

Fecha de recepción: 23 de noviembre de 2023

Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2023

Resumen

El escenario internacional se encuentra atravesando un período de transición histórico-espacial, ante el ascenso de nuevos polos de poder. China, bajo la política exterior asertiva de Xi Jinping se ha posicionado como uno de los polos ascendentes de mayor relevancia, disputando la hegemonía del eje atlantista liderado por Estados Unidos. En ese contexto, el MERCOSUR no resulta ajeno toda vez que mantiene a China como uno de sus principales socios comerciales. El siguiente trabajo tiene por objetivo analizar la ausencia de una política exterior mercosureña frente a China. En primer lugar, se hará una revisión de las relaciones bilaterales entre los miembros del bloque y el gigante asiático. En segundo lugar, se analizarán antecedentes de otros mecanismos de cooperación y bloques de integración con miras a la viabilidad de una política exterior coordinada. En tercer lugar, se evaluarán las oportunidades y desafíos de una política exterior mercosureña frente a China.

Palabras clave: China – Mercosur – política exterior – convergencia – franja y ruta – complementariedad – oportunidades – desafíos

Title: MERCOSUR AND CHINA: PROSPECTS FOR A CONVERGENT FOREIGN POLICY. PRECEDENTS, OPPORTUNITIES, AND CHALLENGES.

¹ Abogado (Universidad del Salvador, Facultad de Ciencias Jurídicas). Maestrando en Procesos de Integración Regional (Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas). Diplomado en Migrantes y Protección de refugiados y Diplomado en Derecho Ambiental (Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho). Becario en la Shanghai International Studies University (SISU) en el marco del programa Shanghai Summer School (3S) 2023. dr.augustoag@gmail.com

Abstract

The international stage is currently undergoing a period of historical-geopolitical transition, with the rise of new centers of power. China, under the assertive foreign policy of Xi Jinping, has positioned itself as one of the most significant emerging poles, challenging the hegemony of the Atlantic axis led by the United States. In this context, MERCOSUR is not unaffected, as it maintains China as one of its primary trading partners. The following work aims to analyze the absence of a MERCOSUR foreign policy towards China. Firstly, a review of the bilateral relations between the member states of the bloc and the Asian giant will be conducted. Secondly, precedents from other cooperation mechanisms and integration blocs will be analyzed to assess the feasibility of a coordinated foreign policy. Finally, the opportunities and challenges of a MERCOSUR foreign policy towards China will be evaluated.

Keywords: China – Mercosur – foreign policy – convergence – Belt and Road – complementarity – opportunities – challenges

I. Introducción

El MERCOSUR, es el Área Preferencial de Comercio (APC) más importante de América del Sur tanto en población, como en Producto Bruto Interno (PIB) y comercio intrabloque. A más de 30 años de la firma del Tratado de Asunción y a poco de cumplirse el 30° aniversario del Protocolo de Ouro Preto, acuerdos fundacionales del bloque, el MERCOSUR no sólo atraviesa sus propias disyuntivas, sino que enfrenta un contexto internacional muy distinto al de su creación. Por un lado, se encuentra el llamado eje atlantista-occidental liderado por Estados Unidos y por el otro, el surgimiento de nuevos polos de poder, destacándose la región Indo-Pacífica como la más dinámica actualmente. Es así que mientras algunos pensadores advierten sobre un mundo en plena transición de poder caracterizado por la multipolaridad de actores. Otros advierten sobre una bipolaridad global en torno a China y Estados Unidos. Lo cierto es que la asunción de Xi Jinping como presidente de China en 2013, significó el inicio de una política exterior china más activa que dejó atrás los

tiempos del bajo perfil definidos por Deng Xiaoping en su célebre frase: “Ocultas tu fuerza, espera tu tiempo, nunca tomes la delantera”. Es así que mediante el impulso de proyectos como la Iniciativa de la Franja y la Ruta (IFR) el gigante asiático se ha vuelto un verdadero jugador global. De manera que los integrantes de la comunidad internacional están llamados más que nunca a replantearse su rol en el gran concierto, y en ese sentido, América Latina y el Caribe no es la excepción. En el caso de Sudamérica y en particular del MERCOSUR, las relaciones con China han experimentado un salto cualitativo, convirtiendo al gigante asiático en su principal socio.

Así las cosas, para comprender su rol de cara al futuro y apostar al fortalecimiento del proceso integracionista, es condición necesaria atender su vínculo con China. De manera que el presente ensayo parte de la base de que, si bien China es socio principal del MERCOSUR, no hay una política exterior convergente frente al gigante asiático; muy por el contrario, se observan dinámicas divergentes que incluso llegan a atentar contra la integridad del bloque, como la posibilidad de firmar un Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Uruguay y China. De manera que, en una primera parte, se analizarán las relaciones bilaterales entre el país asiático y cada uno de los Estados Parte del MERCOSUR, destacando los hitos más importantes. En una segunda parte, se analizará la posibilidad de elaborar una política exterior mercosureña frente a China, a través del análisis de la casuística actual y de los mecanismos ya existentes. Finalmente, se evaluarán las oportunidades y desafíos que esto representa.

II. Las relaciones bilaterales entre los Estados Parte del MERCOSUR y China

II. a. La República del Paraguay

En 1957, en tiempos de la Guerra Fría, la dictadura de Alfredo Stroessner (1954 - 1989) siguiendo su estrategia de alineación con Estados Unidos estableció formalmente relaciones diplomáticas con Taiwán. El 25 de octubre de 1971 mediante la Resolución 2758 (XXVI) la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas decidió reconocer a la República Popular

de China como único representante legítimo de China. En 1979, fue reconocida por Estados Unidos y desde entonces la mayoría de los países han revocado su reconocimiento a Taiwán en pro del establecimiento de relaciones diplomáticas con la República Popular de China. Sin embargo, Paraguay ha mantenido su reconocimiento convirtiéndose en el único Estado de América del Sur y uno de los 14 del mundo que actualmente reconocen a Taiwán. Es así que en 2017 se celebró el 60° aniversario de sus relaciones diplomáticas. A lo largo de las seis décadas se han firmado numerosos acuerdos de cooperación, fundamentalmente técnica y económica, que contribuyeron al desarrollo de las capacidades productivas de Paraguay mientras que a Taiwán le permitió abastecerse de productos agrícolas, a la vez que asegurarse el reconocimiento internacional por parte de otro Estado. En 2017, con motivo del aniversario y como corolario de la profusa cooperación desarrollada durante las décadas, el presidente Cartes y la presidenta Tsai Ing-wen firmaron el “Acuerdo de Complementación Económica”, el cual otorga preferencias arancelarias a las exportaciones paraguayas (principalmente de origen agrícolas) así como a las condiciones de inversión.

No obstante, esto no ha impedido que Paraguay mantenga importantes relaciones comerciales con la República Popular China. En este sentido, el gigante asiático ha sido el principal origen de las importaciones de Paraguay en 2021 con un total de 3.751 millones de dólares FOB, constituyendo el 30% de su canasta importadora y superando a sus tradicionales socios Brasil y Argentina. Dichos valores experimentaron un crecimiento interanual del 30% con respecto al 2020, y en el primer semestre del 2022 alcanzó los 2.466 millones. Desde hace más de una década que las importaciones extrazona casi duplican su participación en la canasta respecto a las intrazona (65% contra 35% para 2021), haciendo de China un socio fundamental. En cuanto a las exportaciones Paraguay alcanzó los 30,6 millones de dólares FOB en bienes y 15,4 millones para el primer semestre de 2022. Es así que la balanza comercial marcó un muy claro déficit de 3.684 millones de dólares para 2021 y 2.451 millones de dólares para el primer semestre del 2022. En otras palabras, del 100% del intercambio

comercial entre ambos países, las exportaciones paraguayas no alcanzan a ser el 1% (0,8% para 2021 y 0,6% para el primer semestre de 2022).

En 2004, durante la presidencia de Nicanor Duarte Frutos (2003 - 2005), las relaciones entre China y la región comenzaban a experimentar un salto cualitativo. El MERCOSUR se encontraba en negociaciones con miras al establecimiento de un Tratado de Libre Comercio y en 2005 Paraguay asumiría la presidencia pro tempore del bloque. Es así que los gobiernos de Argentina y Brasil buscaron interceder en favor del reconocimiento de la República Popular de China y del principio de “una sola China” por parte de Paraguay. Sin embargo, ni la gira presidencial de Hu Jintao por la región en aquel año, ni los oficios de Néstor Kirchner y Lula da Silva impidieron el fracaso de dicho acuerdo. El gobierno de Duarte Frutos no sólo reafirmó las relaciones bilaterales con Taiwán sino que impulsó las negociaciones para el establecimiento de un Tratado de Libre Comercio² (DIÉGUEZ SUÁREZ, 2008).

En 2020, la Cámara de Senadores de Paraguay rechazó –por 25 a 16 votos- el proyecto presentado por el Frente Guasú (espacio integrado por el expresidente Fernando Lugo) que instaba al Poder Ejecutivo a establecer relaciones diplomáticas con la República Popular de China a fin de facilitar la obtención de medicamentos e insumos para enfrentar la pandemia de COVID-19 a cambio de la venta de materias primas y excedentes alimenticios.

En 2022, durante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el presidente de Paraguay Abdo Benítez se pronunció a favor de la incorporación de Taiwán a la Organización de las Naciones Unidas. De manera que, si bien el *statu quo* de las relaciones entre Paraguay y Taiwán se mantiene inmutable, en lo que va del siglo XXI las presiones tanto internas como externas para acercarse a China se han ido acrecentando (ROMERO WIMER & DALBOSCO, 2020). Mientras desarrolla un importante vínculo comercial con el gigante asiático, paralelamente Paraguay mantiene su tradicional relación diplomática con Taiwán.

² Argentina y Brasil impidieron la concreción de dicho acuerdo extrabloque en cumplimiento del Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto y la decisión 32/00.

II. b. La República Oriental del Uruguay

La República Oriental del Uruguay mantuvo relaciones oficiales con Taiwán hasta el reconocimiento de la República Popular de China en 1988. Si bien comenzaron relativamente tarde en comparación a Argentina y Brasil, ello no ha impedido que China se posicione como su principal socio comercial extraregional. En 2021, el 27% de la canasta exportadora uruguaya tuvo como destino al país asiático, alcanzando los 2.595 millones de dólares FOB y 1.661 millones para el primer semestre de 2022. En cuanto a las importaciones, China se posicionó segundo por detrás de Brasil con un valor total de 1.942 millones de dólares FOB y 1.072 millones para el primer semestre de 2022. Es así que en 2021 la balanza comercial de Uruguay marcó un superávit de 869 millones de dólares, manteniendo la tendencia iniciada en 2019.

En 2016, el entonces presidente de Uruguay Tabaré Vázquez realizó una visita oficial a China en donde se acordó el inicio de las negociaciones para la firma de un Tratado de Libre Comercio³ y la reafirmación del compromiso hacia una asociación estratégica. Si bien la firma del tratado todavía se encuentra pendiente, este ha representado un punto de divergencia para el MERCOSUR toda vez que Argentina y Paraguay entienden que la firma de un tratado bilateral extrabloque va en contra de la naturaleza del bloque y de las disposiciones estatutarias del Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto, así como de la resolución 32/00. Durante el gobierno de Lacalle Pou las negociaciones del acuerdo se intensificaron y fue el gobierno de Jair Bolsonaro quien prestó apoyo a su contraparte uruguaya en tanto vinculó su demanda de baja del arancel externo común al pedido de flexibilización de Uruguay.

No obstante, la política uruguaya orientada hacia la consolidación de una asociación estratégica tuvo un salto cualitativo durante el último lustro. Como señala Bartesaghi, es necesario un plan de acción de largo plazo para la consolidación de una Asociación Estratégica Integral (BARTESAGHI, 2022). En 2018, durante el 30° aniversario del establecimiento de las relaciones bilaterales, Uruguay firmó el ingreso a la Iniciativa de la Franja y la Ruta; en 2019, ingresó

³ Las negociaciones se iniciaron formalmente en julio de 2022 tras la finalización del estudio de factibilidad comenzado en septiembre de 2021.

al Banco Asiático de Inversión en Infraestructura y en 2021 al Nuevo Banco de Desarrollo, cristalizando a China como un socio fundamental.

II. c. La República Federativa de Brasil

Si bien las relaciones bilaterales entre la República Federal de Brasil y la República Popular de China pueden remontarse a 1961 con la visita oficial del entonces presidente João Goulart al país asiático; en 1964, el inicio de la dictadura militar marcó la interrupción. No fue sino hasta 1974, durante la presidencia de facto de Ernesto Geisel que volverían a ser restablecidas. Desde entonces ambos países desarrollaron una profusa cooperación bilateral, firmando más de 20 acuerdos durante la década de 1980 y alcanzando el nivel de asociación estratégica en 1993. Entrado el siglo XXI, los gobiernos petistas de Lula Da Silva (2003-2011) y Dilma Rouseff (2011-2016) se caracterizaron por una política exterior proactiva y multilateral que catapultó las relaciones sino-brasileñas. En 2004, se creó la Comisión Sino-Brasileña de Alto Nivel de Consulta y Cooperación (COSBAN) como máxima instancia de diálogo bilateral. En 2009, se creó el espacio de asociación económico-comercial BRICS, con Brasil y China como dos de sus miembros fundadores. Como señala Giaccaglia (2019), BRICS dotó a Brasil de una importante exposición mundial y la posicionó efectivamente como una importante economía emergentes y líder en Latinoamérica. A la vez que a China le permitió continuar con su política exterior de bajo perfil, iniciada por Deng Xiaoping, a la vez que construir un espacio desde el cual posicionarse como potencia en ascenso. En 2010 se acordó el Plan de Acción Conjunta Brasil-China para el período 2010-2014. En 2012, las relaciones se elevaron al nivel de Asociación Estratégica Global y se estableció el Diálogo Estratégico Global entre ambas cancillerías, así como la firma del Plan de cooperación para el período 2012-2021 (BARBOSA, 2012). En 2014, en la ciudad brasileña de Fortaleza y con motivo de la Sexta Cumbre BRICS, se fundó el Nuevo Banco de Desarrollo. Una alternativa a las instituciones tradicionales de financiamiento internacional enfocada al desarrollo de las economías emergentes. En 2015 se creó el Fondo de Cooperación Brasil-China para la Expansión de la Capacidad Productiva (ROSITO, 2020).

A partir del proceso de destitución de Dilma Rouseff, la política exterior brasileña se desaceleró y los vínculos con China fueron objeto de cuestionamiento. Si bien en una primera etapa (y en especial durante su campaña electoral) Jair Bolsonaro pretendió, al menos desde la retórica, matizar los estrechos lazos con el gigante asiático y procurar mayor acercamiento con los Estados Unidos; lo cierto, es que las relaciones sino-brasileñas no han perdido intensidad, evidenciándose por ejemplo en la incorporación de Brasil al Banco Asiático de Inversión en Infraestructura, en noviembre de 2020.

En 2022, las exportaciones de Brasil tuvieron como principal destino China, por un valor total de 91.260 millones de dólares, lo que casi duplica al segundo destino exportable, la Unión Europea, con ventas cercanas a los 51.000 millones de dólares. En cuanto a las importaciones, China también se posicionó como su principal socio con un valor total de 61.500 millones de dólares, continuando con la tendencia superavitaria sólo interrumpida durante el trienio 2006, 2007 y 2008.

Así las cosas, ambos países no sólo desarrollan una importante relación comercial sino también han llevado a cabo una estrecha cooperación política a través de los múltiples espacios creados, la cual ha resultado funcional para los intereses de ambos.

II. d. La República Argentina

La República Argentina estableció oficialmente relaciones diplomáticas con la República Popular de China en 1972, a partir del reconocimiento de Naciones Unidas como el único representante legítimo de China, en 1971, mediante la Resolución 2758 (XXVI) de la Asamblea General. Desde entonces ambos países fueron construyendo intensas relaciones, motivadas inicialmente por cuestiones comerciales, las cuales se intensificaron durante la década de 1990. En la actualidad, China se posiciona junto a Brasil como el principal socio argentino. En 2021, el país asiático fue el segundo destino de las exportaciones argentinas (por detrás de Brasil) alcanzando un valor total de 6.156 millones de dólares y 3.496 millones de dólares para el primer semestre de 2022. En cuanto a las importaciones, China se posicionó primero con un total de 12.343 millones

de dólares y durante el primer semestre de 2022, alcanzó los 9.179 millones de dólares, continuando con la tendencia iniciada en 2020 de desplazamiento de Brasil como el principal proveedor de Argentina.

Sin embargo, entrado el siglo XXI las relaciones bilaterales se extendieron más allá de la esfera comercial, mediante la firma de numerosos acuerdos en diversas materias –económica, de inversión, científica, educativa, etc.-. En 2004, a partir de la visita oficial del entonces presidente Néstor Kirchner a China y de Hu Jintao a Argentina en ese mismo año, ambos países acordaron el establecimiento de una Asociación Estratégica mediante la firma del Memorándum de Entendimiento sobre la Cooperación en el Comercio y la Inversión. En 2014, con motivo de la visita del actual presidente Xi Jinping a la Argentina, la presidenta Cristina Fernández de Kirchner y su contraparte asiática firmaron la elevación de las relaciones bilaterales al grado de Asociación Estratégica Integral. En dicha oportunidad también se creó un doble espacio de ejecución de las acciones cooperativas, la Comisión Binacional Permanente y el Diálogo Estratégico de Cooperación y Coordinación Económica. Además, se adoptó el Primer Plan de Acción Conjunta 2014-2018, el cual a su finalización fue renovado y actualizado con la firma del Plan de Acción Conjunta 2019-2023. En marzo de 2021, Argentina ingresó oficialmente al Banco Asiático de Inversión en Infraestructura, uniéndose a la lista de miembros extrarregionales. En febrero de 2022, con motivo del 50° aniversario de las relaciones diplomáticas sino-argentina, el presidente Alberto Fernández visitó a su contraparte con quien acordó la incorporación oficial de Argentina a la Iniciativa de la Franja y la Ruta; y solicitó la incorporación al BRICS, la cual fue aceptada. De manera que no sólo se ha desarrollado una cooperación económica entre ambos países sino una visión integral compartida. En esa línea, resulta de fundamental interés el apoyo de China al reclamo de soberanía por las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos correspondientes, a la vez que Argentina apoya la idea de “una sola China”.

III. Antecedentes para una política exterior mercosureña hacia China

En 2021, China representó el 29% de las exportaciones del MERCOSUR con un total de 96.690 millones de dólares FOB, posicionándose como primer destino y muy por encima del segundo (Estados Unidos) con 36.825 millones. Además, fue el principal origen importador con 65.438 millones de dólares FOB, representando el 25% de la canasta (MERCOSUR, 2022). Además, como se ha visto, es uno de los principales socios de cada uno de los Estados Parte. Sin embargo, esta doble preponderancia (en bloque y bilateral) de China, no se ha traducido en una política mercosureña capaz de coordinar los vínculos privilegiados de cara a una estrategia integral para el bloque.

Como se observa, Paraguay no mantiene relaciones diplomáticas con China; Uruguay negocia un TLC extrabloque; Brasil es el único que integra el BRICS, además de pertenecer junto a Uruguay al Nuevo Banco de Desarrollo; y Argentina (al igual que Uruguay) forma parte de la IFR, mientras que los tres (sin Paraguay) integran el Banco Asiático de Inversión e Infraestructura. Un verdadero galimatías si se toman como referencia otros procesos de integración regional.

Por ejemplo, la Unión Europea, el bloque de integración más avanzado según la teoría clásica⁴, a pesar de recurrentes desavenencias en el escenario internacional, retóricas confrontativas⁵ y de que cada país desarrolla su propia política exterior –verbigracia, no todos los miembros de la Unión participan de la IFR-, ha sabido entablar relaciones bilaterales con China en bloque. Así, en 1985 celebraron el Acuerdo de Cooperación Comercial y Económica; en 1998 el Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnológica; en 2003 elevaron sus relaciones al nivel de asociación estratégica; en 2013 firmaron la Agenda Estratégica de Cooperación UE-China 2020; y en 2020 se firmó el Acuerdo Integral de Inversión (CAI, por sus siglas en inglés), todavía pendiente de ratificación. Sumado a todo ello, desde 1989, anualmente se desarrollan rondas de diálogos en cuestiones políticas, económico-sectoriales y personas a

⁴ Autores como Belsa Balassa describen a la integración regional como un proceso evolutivo lineal de cinco etapas: área de preferencia comercial; zona de libre comercio; unión aduanera; mercado común; unión económica. La Unión Europea puede ser catalogada en el último estadio.

⁵ En 2019 la Comisión Europea catalogó a China como un “rival sistémico”.

personas, destinadas a ampliar y fortalecer la cooperación más allá del campo comercial –que de por sí es el aspecto principal de las relaciones-.

Similar recorrido se puede observar en la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN), que en 2002 firmó con China un acuerdo marco para la cooperación económica integral que dio origen al Área de Libre Comercio ASEAN-China (ACFTA, por sus siglas en inglés), seguido por la firma en 2004 del acuerdo para el comercio de bienes; en 2007 el acuerdo para el comercio de servicios; y en 2009 el acuerdo sobre inversiones. A su vez, ASEAN desarrolla junto a China un proceso de cooperación activo en múltiples áreas mediante instancias como el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC, por sus siglas en inglés) – no todos los países miembros de ASEAN pertenecen a APEC, pero el bloque es miembro observador - y las cumbres semestrales en el marco del ASEAN+3 (junto a China, Japón y Corea del Sur), lo que ha llevado a la firma en 2020 de la Asociación Estratégica Integral Regional (RCEP, por sus siglas en inglés)⁶.

Así las cosas, si bien los Estados miembro de cada bloque, en ejercicio de su soberanía, llevan adelante su propia política exterior, se valen de sus respectivos esquemas de integración para negociar de manera coordinada con China (y el mundo) y buscar darles un marco común a las relaciones en pos de armonizar los efectos para la región y acrecentar los beneficios. Sin embargo, no hace falta recurrir a ejemplos lejanos para observar la viabilidad de una política exterior coordinada, para ello basta con ver la actuación de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). En este caso, los 33 países integrantes (incluidos los cuatro del MERCOSUR) establecieron en 2014, junto a China, la creación del Foro China-CELAC cuya primera Reunión Ministerial se realizó en 2015 (Beijing). Desde entonces estas reuniones se llevan a cabo cada tres años, además de las reuniones específicas de cada subforo (innovación científico-tecnológica, agricultura, partidos políticos, etc.), con el objetivo de profundizar la cooperación y promover el desarrollo regional. En 2021, durante la III Reunión Ministerial, se firmó el Plan de Acción Conjunto de Cooperación en

⁶ El mayor acuerdo de libre comercio del mundo, incluyendo el 30% de la población mundial y el 30% del Producto Mundial Bruto, cuyas negociaciones comenzaron en la Cumbre de ASEAN 2011 en Bali y entró en vigor el 1 de enero de 2022.

Áreas Clave (2022-2024) a fin de profundizar la cooperación en diversas áreas, a la vez que promover el diálogo y el intercambio, incorporando cuestiones como la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la asistencia regional ante la pandémica de COVID-19, así como el apoyo chino a la creación de la Agencia Espacial de América Latina (ALCE) y la posibilidad de celebrar una Cumbre en 2024 con motivo del décimo aniversario del foro.

La CELAC, sin ser un bloque de integración regional ni un organismo internacional, canaliza la voz de la región en un mecanismo que permite la convergencia de sus miembros y el diálogo directo con China. Por supuesto que el MERCOSUR, con sus más de 30 años de desarrollo y dotado de una organización institucionalizada, no es ajeno a estas dinámicas atento a la existencia del Diálogo China-MERCOSUR. Sin embargo, la última reunión fue en 2018 (Montevideo), y antes de esta habían pasado 14 años desde que con motivo de una gira presidencial argentina en China se había realizado el V Encuentro de Diálogo entre el MERCOSUR y China (2004), en la que se había previsto la creación de un Grupo de Enlace para incentivar la cooperación y estudiar la factibilidad de un acuerdo comercial.

De manera que los ejemplos están a la vista y los mecanismos mercosureños a disposición. Pero ¿qué obtendría el MERCOSUR de una política exterior convergente frente a China? Y en todo caso ¿los resultados serían funcionales al bloque?

IV. Oportunidades y desafíos de una política exterior mercosureña hacia China

La evaluación de las oportunidades y desafíos de una política exterior mercosureña hacia China puede elaborarse a partir de las propuestas concretas que el gigante asiático ha presentado en la región, así puede tomarse como referencia la Iniciativa de la Franja y la Ruta (IFR). Este megaproyecto que se asemeja a la antigua ruta de la seda que conectaba Chang'an (actual Xi'an) con el mediterráneo europeo, busca crear una red de corredores terrestres y marítimos que conecten a China con el mundo entero – a la vez que convergen todos hacia ella – mediante la construcción de carreteras, puertos, puentes,

aeropuertos, y toda otra infraestructura⁷ que resulte funcional al objetivo principal: incrementar el intercambio entre China y el mundo desde una perspectiva de beneficio mutuo.

Si bien la IFR fue concebida inicialmente como un proyecto euroasiático, en 2015 con motivo de su visita a la Cámara de Representantes de Indonesia en 2015, Xi Jinping amplió el megaproyecto -al incorporar la llamada “Ruta de la seda marítima del siglo XXI”- invitando a todas las naciones del mundo a participar. Desde entonces, varios países de Latinoamérica se han ido sumando, siendo Panamá el primero en hacerlo en 2017.

Para el MERCOSUR, la inclusión en el megaproyecto implica el fortalecimiento de un modelo de cooperación sur-sur (SCHULZ, 2022). Toda acción en esta línea representa un incentivo para la salida del condicionamiento que históricamente ha caracterizado al Sur Global, al impulsar la construcción de nuevos espacios de cooperación internacional por fuera de los heredados de la segunda posguerra.

La IFR viene a representar la apertura a nuevos fondos de financiamiento que faciliten el crecimiento y desarrollo de las economías emergentes, por ejemplo, mediante el Banco Asiático de Inversiones e Infraestructuras (AIIB, por sus siglas en inglés), concebido desde el inicio como el brazo financiero de la IFR (THE DIPLOMAT, 2015). Además de otros desembolsos como el otorgamiento de 9.700 millones de dólares programado tras la firma del Memorandum de Entendimiento para la adhesión de Argentina a la IFR o los 14 mil millones de dólares aprobados por el Diálogo Estratégico para la Cooperación y Coordinación Económica (DECCE) (CANCILLERÍA, 2022).

Sin embargo, a la vez que una oportunidad también es un desafío, ya que mayores flujos de inversión extranjera directa destinada a infraestructura pueden no necesariamente eliminar los desequilibrios estructurales, sino por el contrario, reforzar las dinámicas de centro-periferia (OVIEDO, 2018a). Un claro ejemplo es la construcción de corredores bioceánicos que articulen el Océano Atlántico con el Pacífico, los cuáles también se pretenden incluir dentro de la IFR. En

⁷ Además, incluye infraestructura en telecomunicaciones (llamada Ruta de la Seda Digital) lo que se enmarca dentro del plan de extensión de la red 5G china en pos de consolidar su rol como líder de la revolución 4.0.

particular, mediante la construcción de tramos como el del túnel de Agua Negra, que conectará San Juan con la región chilena de Coquimbo, China busca impulsar el Corredor Bioceánico Porto Alegre -Santa Fe- Coquimbo, el cual se encuentra dentro de la cartera de proyectos IIRSA-COSIPLAN con participación y financiamiento del BID, del CAF y del FONPLATA. Como señala Álvarez, si bien obras como estas pueden impulsar el desarrollo nacional y regional al mejorar la interconexión y cooperación de distintas zonas geográficas (fortaleciendo la integración del MERCOSUR y ayudando a corregir los desequilibrios estructurales), también pueden profundizar las asimetrías ya existentes (ÁLVAREZ, 2020). Debido, por un lado, a que se priorizan las zonas de mayores recursos estratégicos y más fáciles de conectar, relegando otras. Por otro lado, a que refuerzan los esquemas de dependencia, al servir a una lógica extractivista y de exportación de materias primas, subordinada a los principales centros de producción y consumo, en especial al mercado chino (ÁLVAREZ & ACEVAL, 2021).

Además, como señala Rodríguez Pinzón: *“La financiación china puede apalancar el crecimiento y el desarrollo, pero también puede convertirse en una maldición en manos de gobiernos inescrupulosos o ineptos”* (RODRÍGUEZ PINZÓN, 2021: p. 21). En este sentido, el caso de Coca Codo Sinclair resulta de lo más elocuente. China otorgó a Ecuador un préstamo de inversión para la construcción de la planta hidroeléctrica en el río Coca, con una tasa superior a la media y con la condición de contratar empresas chinas para la construcción, así como de vender por anticipado el 90% de la producción petrolera ecuatoriana (CASEY & CLIFFORD, 2018). Desde entonces todo fue cuesta arriba para el megaproyecto, con casos de corrupción, insuficiencias en los estudios de impacto y factibilidad e incluso resquebrajamientos de las estructuras construidas. Si bien es un caso excepcional, queda claro que mayores oportunidades de inversión pueden desperdiciarse ante un manejo ineficiente y la anuencia a condicionalidades leoninas (RODRÍGUEZ PINZÓN, 2021). Como apunta Bekinschtein, los riesgos y amenazas de las vinculaciones de este tipo son el resultado de la falta de decisión y estrategias definidas. Y para que una

estrategia produzca el mayor impacto positivo en la región, debe ser consensuada por todos los actores (BEKINSCHTEIN, 2013).

Por otro lado, en cuanto al comercio bilateral, la situación de Argentina resulta más que representativa de los desafíos que enfrenta América Latina y el Caribe en general y el MERCOSUR en particular. La alta complementariedad de las economías convierte a la región en un socio fundamental para China, en momentos donde la seguridad energética y la seguridad alimentaria son objetivos prioritarios de su política de Estado, máxime para un país cuya clase media se estima supera los 500 millones de personas. En 2021, Argentina exportó a China por alrededor de 6.156 mil millones de dólares (FOB), posicionándose como su segundo destino exportador por detrás de Brasil y el primero extra regional con el 8% de participación en la canasta. A su vez, importó por más de 12.343 mil millones de dólares (FOB), superando a Brasil como su principal proveedor, con el 21% de participación en la canasta importadora. Así se continuó con la tendencia, iniciada en 2008, de déficit de la balanza comercial arrojando un saldo de negativo de más de 6.187 mil millones de dólares (FOB) (MERCOSUR, 2022). Pero como señala un informe de la Cámara Argentino China (2020), entre el 2016 y el 2020, solamente tres productos ocuparon casi el 70% de la canasta exportadora argentina hacia China: porotos de soja; carne bovina, deshuesada y congelada; y aceite de soja. Mientras que el 70% de los bienes importados chinos se compone por una canasta de más de 300 rubros, siendo en su mayoría maquinarias y químicos, entre otros, patrón que con sus particularidades se repite en los demás países del bloque.

Para China, incrementar el flujo comercial desde regiones con características productivas como las del MERCOSUR se ha vuelto cada vez más necesario en virtud de la etapa de desarrollo que el gigante asiático atraviesa y de las políticas nacionales en curso. Por un lado, desde 2015 desarrolla el plan industrial conocido como "*Made in China 2025*", cuyo objetivo es mejorar las capacidades productivas del país, de manera de transformar la industria nacional, caracterizada por la producción de manufacturas industriales de baja complejidad en una productora de bienes de alta tecnología. En un vertiginoso

programa de *catching up*⁸, China ha ido reduciendo la brecha tecnológica con los países líderes en ese rubro, a la vez que busca protagonizar la llamada cuarta revolución industrial (o revolución 4.0), todo bajo la coordinación centralizada del Comité Directivo del Consejo de Estado de Ciencia, Tecnología y Educación y un aumento constante de inversión en I+D+i (investigación, desarrollo e innovación). Además, pretende reducir la dependencia de importaciones, sobre todo de Corea del Sur y Taiwán, principales proveedores en el segmento de circuitos electrónicos integrados y microestructuras electrónicas (GONÇALVES, 2023). Para esto, es crítico el abastecimiento de energía y materias primas como el litio, en el que China históricamente fue el principal consumidor (desplazado por Corea del Sur en 2020) y Argentina es uno de los principales productores mundiales⁹.

Por otro lado, desde 2016, China se encuentra impulsando el llamado “nuevo concepto de desarrollo”, con miras a transformar al país en una nación socialista moderna para el año 2049 (centésimo aniversario de la fundación de la República Popular). Como explica Schulz, el nuevo concepto de desarrollo consta de cinco pilares: innovación, coordinación, desarrollo verde, apertura y desarrollo compartido (SCHULZ, 2021a). Busca posicionar al pueblo en el centro de las políticas públicas y pretende ser una respuesta a los cambios del escenario internacional, mediante iniciativas como la IFR. A su vez, dicho concepto se vincula estrechamente con la iniciativa de la “doble circulación”, concepto también propuesto por Xi Jinping e incluido en el XIV Plan Quinquenal (2021-2025). El objetivo es depender menos de los mercados externos y más del mercado interno a la hora de impulsar la economía nacional, para ello se pretende estimular la demanda interna (circulación interna) y utilizar la demanda internacional (circulación externa) para que ambas se refuercen mutuamente

⁸ Actualmente China se encuentra ejecutando el XIV Plan Quinquenal de Innovación en Ciencia y Tecnología (2021-2025).

⁹ Argentina es el segundo tenedor mundial de reservas de litio, con 19 millones de toneladas (apenas por detrás de Bolivia con 21 millones de toneladas) y el cuarto productor mundial (con una participación en la producción mundial del 7% en 2020, por detrás de Australia, Chile y China). Según datos de la Secretaría de Minería de la Nación, dependiente del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, en 2020 Argentina produjo cerca de 33 mil toneladas de litio, considerando la disminución producto de la pandemia de COVID-19. Mientras que en 2021 rondó las 37 mil toneladas.

(doble circulación) (SCHULZ, 2021b). Planes de gobierno de este tipo requieren necesariamente de proveedores listos para abastecer al mercado asiático con insumos que permitan consolidar el salto cualitativo pretendido, en tal sentido países como los del MERCOSUR encuentran una gran oportunidad (BEKINSCHTEIN, 2014).

Sin embargo, como se ha visto, surgen de esta dinámica comercial, dos desafíos para el MERCOSUR. Por un lado, reducir el déficit aquellos países que lo tienen (Argentina y Paraguay). Por el otro, diversificar la canasta exportadora y complejizar los bienes exportables en pos de amortiguar las asimetrías de un patrón de comercio definido entre productos primarios vis a vis manufacturas de origen industrial y así evitar la reprimarización (BRAVO, 2020). Lo que *a priori* podría encontrar en la IFR un marco propicio teniendo en cuenta que el Memorandum de adhesión firmado por Argentina, en su artículo I: “Objetivos y principios rectores de la cooperación”, fija como objetivo apoyar al país sudamericano en la mejora de su capacidad y diversidad exportadora.

En otro orden de cosas, aquellas cuestiones del MERCOSUR percibidas como puntos de divergencia u obstáculos para una política exterior común hacia China, pueden también transformarse en oportunidades. Es el caso, por ejemplo, de para Paraguay y el reconocimiento de Taiwán como país independiente. La pandemia de COVID-19 puso de manifiesto las dificultades de no poder negociar directamente con China el acceso a las vacunas, al tener que depender de las donaciones de Chile, Colombia e incluso de la Confederación Sudamericana de Fútbol, quienes entregaron dosis de Sinovac; así como de la triangulación con los Emiratos Árabes Unidos y del fondo internacional COVAX para hacerse de la vacuna Sinopharm. A su vez, si bien el intercambio comercial es profuso, son incuantificables las pérdidas que implica para Paraguay la imposibilidad de exportar directamente a China, lo que obliga a los exportadores paraguayos a triangular con Singapur, Malasia, Hong Kong o a exportar directamente desde Brasil. Aunque la mayor pérdida se encuentra en el acceso a créditos e inversiones en infraestructura por parte del gigante asiático, oportunidades que los demás países de la región han podido aprovechar desde comienzos del nuevo siglo. En ese sentido, el MERCOSUR puede ocupar un rol mediador

fundamental y sobre todo necesario. Es que en uso de su personalidad jurídica internacional (establecida en el Protocolo de Ouro Preto) puede negociar de manera directa con China y mantener – así como lo hace la Unión Europea – relaciones oficiales no diplomáticas con Taiwán, de manera de sublimar las dificultades que la diplomacia país a país representa para Paraguay a la vez que continuar reforzando la relevancia del bloque.

Otro caso es el de Uruguay y la posibilidad de firmar un Tratado de Libre Comercio (TLC) extrabloque, que en vez de ser percibida como una amenaza a la integridad mercosureña, quizá deba ser interpretada como un llamado a la acción. En ese sentido, aprovechar el impulso uruguayo para concertar una posición común de cara al establecimiento de acuerdos MERCOSUR – China, cuestión que ya ha tenido la venia asiática según manifestara Car Wei, director general para América Latina y el Caribe de la cancillería china, tras su visita a Uruguay en julio de 2022. Para China esto representaría el acceso a un mercado de casi 300 millones de personas que constituyen la quinta economía del mundo, mientras que, para el MERCOSUR, la negociación en bloque no sólo eliminaría las amenazas de ruptura, sino que permitiría atender los efectos negativos del TLC en las economías regionales y en especial en los productores locales ante la competencia china; mediante, por ejemplo, la fijación de plazos diferenciados para la desgravación de bienes en pos de contemplar la sensibilidad de los productos mercosureños, tal como se implementó en el acuerdo MERCOSUR-UE. Además, un acuerdo en bloque eliminaría la posibilidad de triangulación y subfacturación de bienes provenientes de China a través del país miembro que hubiere firmado un TLC extrabloque.

V. Conclusión

Actualmente el escenario internacional se encuentra atravesando un período de incertidumbre, caracterizado por la transición y fragmentación del poder. La política exterior activa de China, iniciada tras la asunción de Xi Jinping, con proyectos como la Iniciativa de la Franja y la Ruta hace que los actores globales deban readaptar sus estrategias de relacionamiento externo; y América Latina y el Caribe no es la excepción.

En ese contexto, el MERCOSUR tiene a China como su principal socio extrarregional, sin embargo, cada Estado Parte desarrolla las relaciones bilaterales con el país asiático de manera descoordinada y en algunos casos divergente. Así, mientras Paraguay mantiene relaciones formales con Taiwán, Uruguay busca celebrar un Tratado de Libre Comercio extrabloque, a la vez que Brasil persigue sus propios objetivos mediante mecanismos como el BRICS y Argentina hace lo propio ante propuestas como la IFR. En definitiva, esta fragmentación en la participación de mecanismos y propuestas lleva a una divergencia en la política exterior del bloque sudamericano con respecto a China.

Como se ha visto, mayor coordinación por parte del MERCOSUR, podría traer amplios beneficios a la vez que evitar los efectos colaterales de una relación que se dirime entre la asimetría y la complementariedad. Para esto basta con observar el accionar de otros procesos de integración, como la Unión Europea y ASEAN. Ambos, si bien de características muy diferentes, desarrollan un relacionamiento en bloque con China, sin perjuicio de que cada Estados Parte también lleva a cabo su propia política exterior. Esto ha permitido la celebración de múltiples acuerdos como el Acuerdo Integral de Inversión (CAI, por sus siglas en inglés) o la Asociación Estratégica Integral Regional (RCEP, por sus siglas en inglés). No obstante, y a fin de evitar la traspelación de ejemplos foráneos que podrían no resultar eficaces dadas las características propias de cada proceso de integración, se puede observar el trabajo de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). Este mecanismo intergubernamental ha podido canalizar las voces de los 33 países de latinoamericanos hacia un diálogo directo con China, lo que ha permitido fijar una agenda de trabajo a mediano plazo con implicancias para toda la región. Además, el MERCOSUR ya cuenta con sus mecanismos propios como el Diálogo China-MERCOSUR.

Así las cosas, una política exterior mecosureña no sólo sería factible, sino que podría fortalecer el rol del MERCOSUR traduciéndose en mayores beneficios para sus miembros. Por ejemplo, proyectos como la IFR significan tanto la profundización de un esquema de cooperación sur-sur como el acceso a mayor inversión en infraestructura. En ese sentido, la construcción de

corredores bioceánicos como el que planea conectar Porto Alegre con Coquimbo, son grandes oportunidades para la región. Sin embargo, también representan un desafío ante la posibilidad de aumentar las asimetrías ya existentes debido a una incorrecta ejecución.

Por otro parte, aumentar el comercio con China – quien es ya el principal socio del MERCOSUR - es también oportunidad y desafío, debido a la posibilidad de una reprimarización productiva y de la profundización de un esquema extractivista de centro-periferia. Es así que mientras el país asiático impulsa planes como el “*Made in China 2025*” o el llamado “*nuevo concepto de desarrollo*”, el bloque se encuentra obligado a repensar su vínculo comercial de manera de aprovechar la necesidad de complementariedad, a la vez que evitar efectos que atenten contra la diversificación de la canasta exportadora. Además, el mantenimiento de relaciones oficiales con Taiwán por parte de Paraguay y la posible celebración de un TLC Uruguay-China, llaman al MERCOSUR a actuar en pos de galvanizar estas dinámicas divergentes. El bloque adoptando un accionar proactivo podría situarse como interlocutor directo con el país asiático, lo que se traduciría en un fortalecimiento de su rol como estructura supranacional.

En síntesis, a más de 30 años de su creación, el MERCOSUR se encuentra en un escenario internacional de incertidumbre, atravesado por dinámicas como la pandemia de COVID-19 y la Guerra en Ucrania, que ponen de manifiesto la interdependencia global. Los acontecimientos recientes tales como la dificultad de acceso a vacunas e insumos, la interrupción en las cadenas de suministros y la necesidad urgente de la resiliencia económica, evidencian una vez más la importancia de los procesos de integración regional. En ese sentido, repensar el relacionamiento externo del MERCOSUR es vital para su pervivencia, máxime si se trata de su principal socio.

VII. Bibliografía

ACTIS, E. Y CREUS, N. (2021a). La competencia EE.UU. – China y su impacto en América Latina en el mundo post pandemia. En Fortin, C. et al. (Eds.), *El no*

alineamiento activo y América Latina: una doctrina para el nuevo siglo (pp. 100-114). Catalonia.

_ (2021b). *La disputa por el poder global: China contra Estados Unidos en la crisis de la pandemia*. Capital Intelectual.

ÁLVAREZ, A. (2020). China y América del Sur. El Consenso de Beijing y las redes materiales del extractivismo. *Revista Izquierdas*, (49), 2684-2709. Accesible en: https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/106539/CONICET_Digital_Nro.3184164b-a111-495a-9a8f-1da2dd39b283_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y

ÁLVAREZ, A. Y ACEVAL A. (2021). Corredor Bioceánico Porto Alegre - Santa Fe - Coquimbo. Geopolítica, infraestructura y conflictos territoriales en la región centro de Argentina. *Revista Observatorio Latinoamericano y Caribeño*, 5(2), 2-22. Accesible en: <https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/observatorio-latinoamericano/article/view/6876>

BARBOSA, R. (2012). *Parceria Estratégica Global com a China*. Estadão. Accesible en: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,parceria-estrategica-global-com-a-china-imp-,949512>

BARTESAGHI, I. (2022). Uruguay y su camino hacia el TLC con China. REDCAEM. Accesible en: <http://chinayamericalatina.com/uruguay-y-su-camino-hacia-el-tlc-con-china/>

BEKINSCHTEIN, J. (2013). El “nuevo modelo chino”: ¿Qué inserción para la Argentina? Voces en el Fénix. Accesible en: <https://vocesenelfenix.economicas.uba.ar/el-nuevo-modelo-chino-que-insercion-para-la-argentina/>

BEKINSCHTEIN, J. (2014). *China, o el desafío de la transformación del espacio económico exterior argentino*. Alquimias Económicas. Accesible en: <https://alquimiaseconomicas.com/2014/12/16/china-o-el-desafio-de-la-transformacion-del-espacio-economico-exterior-argentino/>

BRAVO, L. (2020). Los desafíos de la Nueva Ruta de la seda para América Latina: entre la autonomía y la dependencia. *Perspectivas Revista De Ciencias Sociales*, 5(10), 173–186. Accesible en: <https://doi.org/10.35305/prcs.v0i10.384>

CÁMARA ARGENTINO CHINA (2021). *Comercio exterior y análisis de la Ruta de la Seda*. Accesible en: <https://argenchina.org/wp-content/uploads/2021/09/C1-Comercio-Exterior-en-China-14-9-21.pdf>

CASEY, N. Y CLIFFORD K. (24 de diciembre de 2018). *El gobierno ecuatoriano apostó por China para una represa que ahora se resquebraja*. The New York Times. Accesible en: <https://www.nytimes.com/es/2018/12/24/espanol/ecuador-china-prestamos-represa.html>

DIÉGUEZ SUAREZ, J. (2008). *Las relaciones entre el gobierno de Duarte Frutos y Taiwán*. Observatorio de la economía y la sociedad China. Accesible en: <https://www.eumed.net/rev/china/07/jds2.htm>

GIACCAGLIA, C. (2019). *A diez años de BRICS: eclipse occidental, renacer asiático*. *Temas y debates*, (38), 63–91. Accesible en: <https://doi.org/10.35305/tyd.v0i38.441>

GONÇALVES, A. A. (2023). La República de Corea ante el ascenso de China: entre el equilibrio y la integración. En M. Álvarez (Comp.). *Periferia Global. Estudios coreanos contemporáneos en América Latina* (pp. 173-191). Ediciones Universidad del Salvador.

MERCOSUR (2022). *Informe Técnico de Comercio Exterior 2021*. Accesible en: https://www.mercosur.int/?_wpdm_pdf_viewer=16724|1656355747637

MERINO, G., BILMES, J. Y BARRENENGOA, A. (2021). *Crisis de hegemonía y ascenso de China: seis tendencias para una transición*. Instituto Tricontinental de Investigación Social. Accesible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20210803063339/Crisis-de-hegemonia-y-ascenso-de-China.pdf>

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO (2022). *Acuerdo con China: La Argentina obtiene financiamiento para obras de*

infraestructura estratégicas y se incorpora a la Franja y la Ruta de la Seda.

Accesible en: <https://www.cancilleria.gob.ar/es/destacados/acuerdo-con-china-la-argentina-obtiene-financiamiento-para-obras-de-infraestructura>

PAULINO, L. (2020). Las relaciones Brasil-China en el Siglo XXI. *Relaciones Internacionales*, 29(59), 111. Accesible en: <https://doi.org/10.24215/23142766e111>

RODRÍGUEZ PINZÓN, E. M. (2021). América Latina: competencia geopolítica, regionalismo y multilateralismo. *Documentos de Trabajo*, nº 53 (2ª época). Fundación Carolina. Accesible en: <https://doi.org/10.33960/issn-e.1885-9119.DT53>

ROMERO WIMER, F. Y DALBOSCO, J. (2020). *El dilema de Paraguay en el siglo XXI: ¿Continuidad de relaciones diplomáticas con Taiwán o apertura a la República Popular China?* *Revista Paraguay desde las Ciencias Sociales*, (11), 27-52. Accesible en: <https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/revistaparaguay/article/view/5962>

ROSITO, T. (2020). *O Plano Decenal Brasil-China 2022-2031: oportunidade de preparação e realinhamento.* *Carta Brasil-China*, (25), 4-9. Accesible en: <https://www.cebc.org.br/2020/04/28/o-plano-decenal-brasil-china-2022-2031-oportunidade-de-preparacao-e-realinhamento/>

SCHULZ, J. S. (2021a). *¿Cuál es el nuevo concepto de desarrollo de Xi Jinping?* *Cátedra China Contemporánea*. Accesible en: <https://www.chinacontemporanea.org/post/cu%C3%A1l-es-el-nuevo-concepto-de-desarrollo-de-xi-jinping>

SCHULZ, J. S. (2021b). *El nuevo concepto de desarrollo de Xi Jinping.* *Cuadernos de China* (12), 1-66. En *Memoria Académica*. Accesible en: https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.14065/pr.14065.pdf

SCHULZ, J. S. (2022). *Hacia una nueva etapa en la relación bilateral entre Argentina y China. El ingreso a la Iniciativa de la Franja y la Ruta y a la*

Comunidad de Destino Compartido. *Transiciones del Siglo XXI y China: 50 años de relaciones bilaterales China-Argentina*, (7), 40-46. Accesible en: [https://www.academia.edu/83143835/Hacia una nueva etapa en la relaci%C3%B3n bilateral entre Argentina y China El ingreso a la Iniciativa de la Franja y la Ruta y a la Comunidad de Destino Compartido](https://www.academia.edu/83143835/Hacia_una_nueva_etapa_en_la_relaci%C3%B3n_bilateral_entre_Argentina_y_China_El_ingreso_a_la_Iniciativa_de_la_Franja_y_la_Ruta_y_a_la_Comunidad_de_Destino_Compartido)

THE NATIONAL DEVELOPMENT AND REFORM COMMISSION (2015). “*Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st Century Maritime Silk Road*” – Ministry of Foreign Affairs of the People’s Republic of China. Accesible en: https://www.fmprc.gov.cn/eng/topics_665678/2015zt/xjpcxbayzlt2015nnh/201503/t20150328_705553.html

ZHIQUN, Z. (9 de octubre de 2015). *China’s AIB and OBOR: Ambitions and Challenges*. The Diplomat. Accesible en: <https://thediplomat.com/2015/10/chinas-aiib-and-obor-ambitions-andchallenges/>

Resumen

El presente artículo tiene por objeto analizar las principales formas de regulación de la prostitución a nivel global y abordar la complejidad que dicho fenómeno produce en la actualidad.

De este modo, tiene la intención de reflexionar sobre el bien jurídico protegido por la norma penal y marcar una distinción entre la prostitución voluntaria y forzada, para comprender dónde radica la vulneración de los derechos humanos de quien se dedica a la prostitución y garantizar la dignidad subjetiva. Para ello, se discutirá la necesidad de distinguir entre el reconocimiento de derechos de las trabajadoras sexuales, quienes eligen libremente la prostitución, de aquellas que ejercen la prostitución por explotación y trata sufriendo una vulneración en sus derechos.

Palabras clave: Prostitución – Trabajo sexual – Bien jurídico – Derechos Humanos

Title: PROSTITUTION, PROTECTED LEGAL INTEREST AND VIOLATED RIGHTS

Abstract

This article attempts to analyze the main forms of regulation of prostitution and the complexity of the phenomenon.

It intends to consider what is the legal interest protected by the criminal law and, then, make a distinction between voluntary and forced prostitution, for a greater guarantee of subjective dignity. Understand where the violation of the rights of people who practice prostitution occurs. In doing so, it highlights the need to distinguish between the recognition of the rights of sex workers, who freely

¹ Doctora de investigación en Derecho Penal, Universidad de Perugia (Italy), XXVI ciclo.

choose prostitution, and on the other hand, the violation of rights in those who practice prostitution through exploitation and trafficking.

Keywords: Prostitution – Sex work – Interest protected – Human rights

I. Prostitución: un fenómeno a rechazar en plural

En primer lugar, es importante aclarar que el término prostitución se refiere genéricamente a la actividad sexual realizada mediante el pago de una contraprestación monetaria².

También se denomina “prostitución” el acto consistente en tener relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero, bienes o servicios. Siendo que, al llevar implícita una contraprestación, resulta inequívoco el carácter comercial de la actividad³.

El Diccionario de la Real Academia Española define el término prostitución como la: «actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero».

Se puede, entonces, considerar como una relación contractual y no personal que utiliza la sexualidad como medio de intercambio en un contexto económico.

La prostitución siempre ha sido considerada un fenómeno antiguo y global. Es una práctica presente en todas las culturas y países del mundo, pero cuya percepción social no es uniforme, dependiendo de valores culturales y ético-religiosos sujetos a diferencias sustanciales.

Dentro del contexto europeo y mundial es posible identificar cuatro modelos legales diferentes con los que se regula el fenómeno de la prostitución⁴.

² PADOVANI, T., (2015), *Disciplina penale della prostituzione*, p.13, Pisa, Pisa University Press.

³ Así REZZONICO, M.D.,(2015), *La prostitución ejercida en forma autónoma y privada, una actividad comercial lícita que debería estar regulada*, en *Pensamiento Penal*, p.3.

⁴ Para profundizar: MARTÍ, A. (2014), *El Trabajo sexual en Europa*, *El Jurista*, 15 de mayo. Disponible en: www.eljurista.eu; GARRIDO GUZMÁN, J. (2005), *Los enfoques sociojurídicos ante la prostitución/ Sistemas*, en: Álvarez, A. (Ed.) *Guía: La Prostitución. Claves Básicas para reflexionar sobre un problema*.

El primer modelo se llama "prohibicionista" y tiene como objetivo prohibir la prostitución castigando a ambas partes con multas y penas de prisión. Los países europeos en los que se aplica son: Albania, Croacia, Ucrania, Lituania, Rusia y Moldavia. En la base de este modelo jurídico está el concepto de indisponibilidad absoluta del cuerpo y la imposibilidad de elegir el trabajo sexual de forma libre e incondicionada. La sanción se dirige tanto a la persona que realiza esta actividad como al cliente que se beneficia de ella. La idea detrás del prohibicionismo es combinar la condena moral de la prostitución con una represión legal de la misma: de hecho, las prostitutas son castigadas por el hecho mismo de prostituirse. En Rusia, en particular, una de las causas que llevaron a la adopción del prohibicionismo se encuentra en una visión cristiana tradicional, encaminada a proteger la solidez de la familia de las tentaciones sexuales extramatrimonial.

Similar, pero en parte diferente, es el modelo "neoprohibicionista", en el que sólo se criminaliza al cliente que compra servicios sexuales. La idea subyacente que guía al legislador en este caso es proteger a las mujeres de la desigualdad de género. La prostitución, de hecho, parece ser una de las formas en que se expresa, representando una forma de violencia de los hombres hacia las mujeres. Por este motivo, toda la atención se centra en el cliente, el único al que se prevé una sanción. Los países en los que está vigente este modelo son: Suecia, desde el 1999, Islandia, Noruega y más recientemente Francia desde el 2016.

El modelo 'abolicionista', por contrario, no prevé el castigo de la trabajadora sexual, ni del cliente que compra servicios sexuales, sino que sólo se consideran criminalmente relevantes las conductas colaterales, como la explotación, la inducción y la complicidad. Al mismo tiempo, claramente, la prostitución no está regulada. Este modelo está vigente en Italia, Portugal, España, Finlandia, Irlanda, y también es el modelo que se encuentra en la legislación argentina. Un caso particular es el Reino Unido, donde sólo se castiga al cliente que tiene conocimiento de que la prostituta está siendo explotada por terceros.

Finalmente, el modelo 'regulatorio' que prevé la reglamentación y legalización de la prostitución de diferentes maneras. En ocho países europeos la prostitución es legal y está regulada: Países Bajos, Alemania, Turquía, Austria, Suiza, Grecia, Hungría y Letonia.

En América del Sur, la prostitución está legalizada y regulada en la mayoría de los países: Chile, Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela y Uruguay. En este último, la Ley n. 17515 de 2002⁵ sobre el Trabajo Sexual establece que "el trabajo sexual es legal" y que "el ejercicio del trabajo sexual está autorizado a las personas que estén inscritas en el Registro Nacional del Trabajo Sexual y cuenten con tarjeta sanitaria".

En particular, la regulación de la prostitución garantiza el pago de impuestos al Estado, la identificación de los lugares designados para el ejercicio, la prescripción de controles sanitarios obligatorios destinados a contener las enfermedades venéreas, la obligación de informar de las actividades y de las residencias de quienes la practican.

Hoy en día, la tendencia regulatoria que parece ganar cada vez más consenso en Europa es la neoprohibicionista, que cree necesario incriminar al cliente para contrarrestar la demanda de prostitución y limitar su propagación.

En sus versiones más radicales (según el llamado modelo sueco), el cliente es incriminado *tout court*, ya que el sexo pagado se considera una forma de degradación del individuo y el cliente es un sujeto que ejerce un poder abusivo hacia las personas que se prostituyen.

⁵ Ley N° 17515, promulgada el 04/07/2002 y publicada el 09/07/2002.

Art. 1: «Es lícito el trabajo sexual realizado en las condiciones que fijan la presente ley y demás disposiciones aplicables».

Art. 7: «El Registro Nacional del Trabajo Sexual expedirá a cada trabajador sexual un carné, el que le habilitará para el ejercicio del trabajo sexual en todo el país.

Dicho carné deberá necesariamente contener:

- A) Nombre, apellido y fecha de nacimiento del titular.
- B) Fotografía.
- C) Número de cédula de identidad.
- D) Seudónimo si lo tuviera.
- E) El número de registro.
- F) Constancia de haber obtenido el carné de salud habilitante.

Este documento tendrá una validez de tres años, vencidos los cuales deberá ser renovado».

En particular, según la orientación predominante hoy en día, la prostitución debe considerarse una forma de degradación de la persona⁶.

Cabe preguntarse si la prostitución por libre elección puede coexistir con formas de coerción y violencia y, por tanto, si la prostitución puede considerarse un fenómeno plural que presenta diferentes facetas.

Por eso, según algunos autores, dada la complejidad y variedad del fenómeno, sería preferible hablar de la prostitución como un fenómeno plural, utilizando el término 'prostituciones'⁷. Habría que distinguir entre las personas que lo practican por elección propia -y que prefieren ser calificadas como "trabajadoras sexuales"⁸, en lugar de con el término "prostitutas"-, y aquellas que, en cambio, se ven obligadas a prostituirse, que son principalmente mujeres extranjeras y víctimas de trata sexual.

Además, el uso del plural ayudaría a representar mejor la diversidad de prácticas que hoy pueden caer dentro del término "trabajo sexual", alejándose de la visión común de la prostitución callejera. Pensemos, por ejemplo, en todas las innovaciones tecnológicas que se han producido a lo largo de los años. Está claro que hoy en día la prostitución viaja cada vez más a través de redes sociales, plataformas publicitarias o catálogos de *escorts* online. Con la pandemia de Covid-19, el fenómeno de la prostitución virtual ha aumentado claramente.

Ya en el pasado el Tribunal de Casación italiano había aclarado que el espectáculo erótico por webcam debería considerarse prostitución cuando existe

⁶ MENESES FALCÓN, C., (2007), Riesgo, vulnerabilidad y prostitución, Documentación social, (144), pp.11-35. Disponible en: <https://www.researchgate.net>.

⁷ Sobre este punto, para profundizar en MERZAGORA I. – TRAVAINI G., (2014), Prostituzioni, in Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive, a cura di A. Cadoppi, pp. 37 ss, Roma, Editore Dike Giuridica.

Distintamente el Preámbulo del Convenio de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949 afirma que "la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad".

⁸ El término trabajadora sexual fue adoptado por primera vez por una parte del pensamiento feminista a finales de los años 1970, en particular fue la activista Carol Leight quien lo clonó por primera vez, oponiéndolo al de prostituta, considerado estigmatizante en ese momento, con el objetivo, por tanto, de cambiar la mentalidad de la sociedad hacia quienes venden sexo, considerándolos dignos de respeto como el resto de profesionales. Consultar ALEXANDER, P., - DELACOSTE, F., (1998), Sex Work : Writings by Women in the Sex Industry, 2ed., San Francisco, Cleis Pres.

una correlación directa entre la petición del cliente (por ejemplo, desvestirse) y el consiguiente comportamiento realizado por la persona ante la webcam. Por tanto, la distancia determinada por el dispositivo electrónico es irrelevante para que se produzca el delito basta que por un lado exista la solicitud de realización sexual, por el otro su realización y el correspondiente pago⁹.

Admitiendo así una división entre prostitución forzada y voluntaria, haciendo una distinción entre los conceptos de trabajo sexual, trata y tráfico de personas con fines de explotación sexual.

En la opinión pública y en todo el mundo, sin embargo, esta distinción prevalece poco: hay una tendencia a considerar el tema como un fenómeno monolítico y la posición más extendida es que "todas las prostitutas son víctimas", o de explotación real por parte de otros, o de opresión interiorizada.

Dentro de los movimientos feministas, la prostitución representa uno de los temas más divisivos. Por un lado, hay feministas que sostienen que la prostitución no puede ser bajo ninguna circunstancia una elección libre, que es de hecho una de las formas de violencia patriarcal y explotación capitalista y que, por lo tanto, liberalizar la prostitución es funcional al sistema mismo, mientras que, por otro lado, hay exponentes que defienden la autodeterminación de las mujeres, en cualquier caso, valorando la autonomía en la toma de decisiones y la disponibilidad del cuerpo. Además, los mismos partidarios de la legalización de la prostitución destacan que transformar la actividad de las prostitutas por elección en un trabajo real ayudaría a garantizar una mayor protección, desde el punto de vista económico y sanitario¹⁰.

Por eso, por un lado, tiene relevancia la protección de los derechos fundamentales de las personas que ejercen la prostitución, y por otro la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de la trata y el tráfico de personas con fines de explotación sexual¹¹.

⁹ Corte Cass., Sent. del 19 ottobre 2010, n. 37188.

¹⁰ RUBIO, A., (2008), "La teoría abolicionista de la prostitución desde una perspectiva feminista". En: Holgado Fernández, I. (Ed.) Prostituciones: diálogos sobre sexo de pago, Barcelona, Icaria editorial, pp. 73-94; SAIZ, V., MANTINI, M. y GÓMEZ-PAN, P., (2015), Prostitución, moral sexual y explotación, CTXT, (13); SÁNCHEZ PERERA, P., (2018), El feminismo regulacionista no existe, pero el proderechos sí, El Diario, 19 de marzo.

¹¹ MENESES FALCÓN, C., (2007), Riesgo, vulnerabilidad y prostitución, Documentación social, (144), pp.11-35.

El primer problema que se plantea es si es posible reconocer la autonomía de la persona que ofrece la actividad sexual y la validez de su consentimiento.

Para los defensores del modelo prohibicionista o neoprohibicionista las personas deciden ser prostitutas por necesidad y nunca lo eligen libremente por considerarlas sujetos vulnerables que no cuentan con ninguna otra oportunidad¹².

Para los que plantean el modelo regulatorio, por contrario, la prostitución voluntaria tendría que ser reglamentada. La oferta de los servicios debe realizarse (con o sin mediación de una tercera persona), de manera pública. Esto no significa que se realice necesariamente en lugares públicos, pero sí de forma publicitada o reconocida de forma general como disponible en un lugar específico. Debe ser verificada la plena capacidad de negociación, lo que incluye la posibilidad de rechazar individualmente ciertos clientes y/o actos¹³.

Seguro que si bien en el modelo abolicionista no se plantea una expresa prohibición, ello no significa que no exista un derecho¹⁴.

Entonces, tendría que ser garantizado por un lado el derecho a la autodeterminación sexual y por otro la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de la trata y del tráfico de personas con fines de explotación sexual.

¹² Sobre este tema, por ejemplo, RAZ, J., (1986), *The Morality of Freedom*, pp. 369-378, Oxford, Clarendon Press. El autor describe la autonomía personal como la capacidad de elegir entre distintas opciones. "solo puede ser autónoma si cree que tiene opciones valiosas entre las cuales elegir. Esto es consistente con que varias de las opciones sean de hecho malas".

¹³ Para profundizar, BINDMAN, J., (2004), *Trabajadoras/es del sexo, condiciones laborales y derechos humanos: problemas 'típicos' y protección 'atípica'*, en OSBORNE, R., *Trabajadoras del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, pp. 99-111, Barcelona, Edicions Bellaterra.

¹⁴ Sobre esto se vea NINO, C., (1984), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, p. 26, Buenos Aires, Editorial Astrea: "En algunos contextos, frases del tipo "tengo derecho a x" se limitan a dar cuenta del hecho de que en el sistema que se toma como referencia no hay una norma o principio que prohíba x (o sea que obligue a -x); esto es lo que Hohfeld llama "libertad" y von Wright "permisión débil" ". Salvo que el sistema incluya, lo que es una cuestión contingente, una norma de clausura que permita toda conducta no prohibida -con lo que se pasaría automáticamente al significado siguiente-, aquí se trata, como insisten Alchourrón y Bulygin, de una mera falta de calificación normativa, o sea de una laguna normativa. Esto implica que del solo hecho de que alguien tenga un derecho a cierta acción en este sentido mínimo, no se infiere nada respecto de, por ejemplo, cómo deben reaccionar los demás ante esa acción (la proposición de que no hay una norma que prohíba x es compatible con la proposición de que no hay una norma que prohíba impedir x, o de que hay una norma que permite impedir x). Esto quiere decir que, en este sentido, el tener derecho a una conducta no implica ningún tipo de protección de esa conducta".

II. El bien jurídico protegido

II. a. El conflicto con el principio de ofensiva.

Desde una perspectiva penal, la cuestión central que nos lleva a inquietarnos sobre el tema de la prostitución se refiere, especialmente, a la identificación del bien jurídico protegido por las normas incriminatorias y las técnicas regulatorias utilizadas para protegerlo¹⁵.

Si tradicionalmente las buenas costumbres y la moral pública eran objeto de protección, actualmente se ha intentado modificar el interés por castigar estas conductas, identificándolo con la libertad de autodeterminación sexual de quien se prostituye. En esencia, hemos pasado de considerar el delito de complicidad como un delito de carácter público a considerarlo como un delito contra el individuo, o más bien contra la persona¹⁶. Este cambio de enfoque parece estar

¹⁵ En esta dirección, sobre el tema, es dable mencionar a Zaffaroni en cuanto sostiene sobre los fines propios del bien jurídico los siguientes: a) Una función garantizadora o limitadora de la tarea del legislador penal, como función política, y b) una función teleológico-sistemática, de fundamental importancia, que reduce a sus debidos límites la materia de prohibición. ZAFFARONI, E. R., (1981), Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo III, p. 250, Buenos Aires: Ediar.

¹⁶ CADOPPI, (2022), *Laicità e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Laicità e diritto penale nella recente giurisprudenza costituzionale*, p. 14, Bologna.

El bien jurídico protegido e involucrado también en los artículos 125 bis y 127 del Código penal argentino, constituye el ámbito de desarrollo sexual y autodeterminación de un sujeto en base a la libertad en materia sexual, que involucra la posibilidad de decidir libremente sobre la acción, omisión o negativa expresa para conductas o contextos de contenido sexual, lo que implica un aspecto de ejercicio positivo o dinámico, o bien negativo o estático. Así DUDIUK, G. H. P., (2021), Una crítica visión sobre aspectos de la regulación del proxenetismo y rufianismo en la ley n° 26842, p. 301, en www.revistas.unne.edu.arg.

Como afirma Buompadre, en el delito de proxenetismo o previsto en el artículo 125 bis, el bien jurídico protegido es la “libertad de autodeterminación sexual de la persona titular de ese tal bien jurídico”. BUOMPADRE, J. E., (2013), Temas Fundamentales de Dogmática Penal y Política Criminal, Un homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaina Navarrete, “Género, Violencia, Explotación y Prostitución. Una visión crítica de la política criminal argentina en las recientes reformas del código penal, con especial referencia a la ley N° 26.842 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas”, Ed. ConTexto, N° 8, año(2013), p. 82.

En razón de ello el derecho penal solamente puede intervenir cuando esa libertad basada en la autonomía de un sujeto mayor de edad, con plena capacidad y el cual otorga el consentimiento para el acto, ha sido vulnerada, atacada o disminuida por medios coactivos, intimidatorios o abusivos que resten o lesionen su consentimiento como acto pleno de ejercicio de aquella libertad. DUDIUK, G. H. P., (2021), Una crítica visión sobre aspectos de la regulación del proxenetismo y rufianismo en la ley n° 26842, p. 301, en www.revistas.unne.edu.arg.

Se puede además mencionar a Nino, como parte de la doctrina que permite interpretar el principio de reserva contenido en el artículo 19 de la C N, el cual lo reconoce como el “principio de autonomía personal” del individuo, diciendo que: “Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos)

en una línea ideal de continuidad con la transición gradual del moralismo jurídico al principio de daño, como estrategia para legitimar la intervención penal en la tradición angloamericana¹⁷.

De hecho, como delito contra la persona, el consentimiento del titular debe discriminar o incluso eliminar la tipicidad del hecho. Además, no tendría sentido siquiera hablar de la "víctima" del delito, ya que desde los años 60 se incluyen delitos similares en los llamados estudios criminales, "crímenes sin víctimas".

Por lo tanto, las preguntas que surgen sobre la ofensiva se refieren esencialmente a dos aspectos:

a) la contradicción que surgiría, en términos delictivos, de castigar la facilitación de una conducta en sí misma lícita;

b) la difícil identificación de un bien jurídico que justifique la intervención penal y que permita juzgar ofensiva la conducta que lo perjudica.

También en la jurisprudencia italiana el "nuevo" bien jurídico identificado se afirma que es, por tanto, el de la «dignidad y libertad de la persona humana, con especial atención al libre ejercicio de la prostitución, para evitar su explotación o, en todo caso, el peligro de cualquier forma de especulación. Este bien jurídico debe ser considerado, para el juez "preeminente respecto del otro" (es decir, el anterior de la moral pública), y los casos (...) deben ser reinterpretados a la luz de este bien jurídico, de forma "constitucionalmente orientada"»¹⁸.

El ejercicio de la libertad de prostituirse no es considerado como un daño a otros sino como un mal para el mismo individuo que ejerce su libertad. El sistema protege al individuo ante todo de sí mismo, de sus elecciones de vida objetivamente indignas y, en definitiva, nunca verdaderamente libres. En cierto

no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución". NINO, C., (1984), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, p. 204, Buenos Aires, Editorial Astrea. De hecho, el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina, en su primer párrafo establece: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

¹⁷ PARISI, S., (2018), *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, premessa p. XIX, Torino, Giappichelli Editore.

¹⁸ Corte costituzionale italiana, sentenze n. 141 e la n. 2478 del 2019.

sentido, la oposición al propio bien moral es el primer indicador de la frágil libertad ejercida por el sujeto, de su debilidad socialmente condicionada¹⁹.

Suponiendo, entonces, que el bien jurídico tutelado por la norma incriminadora es la autodeterminación y la libertad del individuo, cabe preguntarse si la conducta de una persona consciente, decidida y libre en su elección, como en los casos de la prostitución voluntaria, puede ser capaz de ofender este bien jurídico²⁰.

Para poder valorizar la libertad de una persona es necesario que la misma tenga un espacio libre de interferencias estatales, en la cual ella puede tomar decisiones que no afecten los demás. Un espacio de no interferencia es, en otras palabras, condición necesaria (aunque no suficiente) del ejercicio de la autonomía personal²¹.

Siguiendo el enfoque predominante actualmente, por tanto, aquellas conductas que aportan ventajas a una actividad profesional elegida libre y conscientemente no podrían ser sancionadas, ya que su represión no está legitimada en ningún bien jurídico. Obviamente sería diferente en el caso de hechos que violen la libertad de autodeterminación.

La concepción opuesta al principio de autonomía se suele denominar "perfeccionismo". Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores²². La concepción perfeccionista de la política afirma que

¹⁹ SERENI, A., Il controllo penale della prostituzione tra etica ed economia. La valenza post – ideologica dell’autoresponsabilità, in Riv. trim dir. pen. ecom., 1/2020, p. 218-219. Tra i costituzionalisti italiani contro la configurazione della dignità in senso oggettivo come bene tutelato dalle norme penali sulla prostituzione si veda BIN, *La libertà sessuale prostituzione (in margine alla sentenza 141/2019)*, in Forum quad cost., 26 novembre 2019, p. 1 ss.

²⁰ Para esclarecer la relación entre los conceptos de autonomía personal y autonomía como no interferencia puede ser importante recordar la distinción de Feinberg entre cuatro sentidos de la palabra “autonomía” cuando se aplica a individuos: Puede ser un derecho, una capacidad, una condición actual del sujeto o un ideal del carácter. FEINBERG, J., (1986): *Harm to Self*, p. 28, New York, Oxford University Press.

²¹ IOSA, J., (2017), *Libertad Negativa, Autonomía Personal Y Constitución*, Revista Chilena de Derecho, vol. 44 N° 2, pp. 497 e ss.

²² NINO, C., (1984), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, p. 205, Buenos Aires, Editorial Astrea.

no existe un principio general de moralidad política que prohíba al Estado el promover directamente el bien, aun cuando el bien esté sujeto a un desacuerdo razonable²³.

Sin embargo, aun si una acción es privada en el sentido de no interferir con terceros, el hecho de que implique autodegradación moral constituye una razón suficiente para que el derecho la obstaculice, induciendo así a los hombres y mujeres a adoptar modelos de conducta digna²⁴.

Si bien que hay buenas razones morales para no consumir ni ofrecer sexo a cambio de dinero, como que la persona en el hecho de hacerlo no se respecta a sí misma, el perfeccionista no ve por qué no se habrían de inhibir coactivamente estas conductas por parte del Estado. El consentimiento de los involucrados no cambia en absoluto la calificación moral de las conductas, el hecho de que realizarlas es algo que nos degrada. Por lo tanto, no es óbice a su prohibición estatal. El Estado tendría el derecho moral de sancionar la prostitución, el proxenetismo y el consumo.

Por otro lado, la doctrina liberal²⁵ hace una clara distinción entre el ámbito público, donde hay espacio para la intervención legítima del poder estatal, y el

²³ WALL, S., (2012), Perfectionism in Moral and Political Philosophy, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, ZALTA, Edward N. (ed.).

Para el perfeccionismo “el Estado tiene la responsabilidad y el derecho de perseguir el bien, el bienestar, el crecimiento y la excelencia de todos sus ciudadanos y desalentarlos, aun coercitivamente, de al menos algunas de las acciones y disposiciones que los dañarían, degradarían o humillarían, incluso si esas acciones y disposiciones son autorreferentes”. WALL, S.,(2012), Perfectionism in Moral and Political Philosophy, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, ZALTA, Edward N. (ed.); FINNIS, J.,(1987), Legal Enforcement of ‘Duties to Oneself’: Kant v. Neo-Kantians, Columbia Law Review, Vol. 87, pp. 433-456.

²⁴ IOSA, J., (2017), Libertad Negativa, Autonomía Personal Y Constitución, Revista Chilena de Derecho, vol. 44 N° 2, p. 500. En Argentina Valiente Noailles ha sostenido esta doctrina como fundamento de su interpretación de la norma constitucional: “Para proteger la moral pública el Estado no solo debe evitar –a través de una legislación adecuada que contemple tanto la persuasión como el ejercicio de la policía de la moralidad– los ataques contra ella, sino que debe contribuir a elevar el grado de moralidad de la población a través de los medios directos a su alcance, que sean compatibles con nuestro orden constitucional”. VALIENTE NOAILLES, C., (1966), La Moral Pública y las Garantías Constitucionales, p. 34, Buenos Aires, La Ley.

²⁵ La doctrina liberal ha evolucionado desde sus defensores clásicos (Locke, Kant, Mill) a los contemporáneos (Dworkin, Rawls, Nino y muchos otros). En todo caso, si hay algo que comparten estos autores es la creencia en que toda restricción a la libertad individual debe estar justificada. De hecho, para el liberalismo los intereses y fines de los individuos son anteriores al Estado. El Estado justamente surge para evitar que los individuos, al perseguir cada uno su propio interés, se obstruyan y dañen mutuamente. Si este es el caso, mal podría el Estado imponerles intereses y fines. GAUS, G., (2011), Liberalism, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. ZALTA.

ámbito privado en donde las personas persiguen su propio bien. En este último, en tanto esa búsqueda no afecte a terceros, dicha intervención está proscripta. En este sentido la autonomía personal²⁶ suele pensarse como una concepción formal e inmanente del valor: son valiosos y respetables los planes de vida de las personas en tanto estas los hayan elegido libremente. El Estado nunca debe interferir en la libre elección individual de planes de vida, cualquiera sea su contenido²⁷. De este modo, la autonomía personal permite llenar nuestra vida de sentido y valor.

Se puede seguir analizando el tema de la perspectiva crítica al paternalismo penal.

Queriendo adherirse a la reconstrucción propuesta por el filósofo inglés John Stuart Mill, el autor argumentó que el Estado podía limitar la libertad individual sólo para evitar daños a otros y no por razones de proteger a la persona de sí misma. El pensamiento del filósofo representa el manifiesto del liberalismo jurídico. El liberalismo penal, tal como lo expresa el autor, acepta la prohibición de causar daño a otros como única justificación de la intervención punitiva. Sin embargo, no cree que el derecho penal pueda utilizarse para impedir que los individuos se causen daño a sí mismos²⁸.

²⁶ Para profundizar lo que se entiende por autonomía Raz explica como las 'condiciones de la autonomía' son tres: "Apropiadas capacidades. Entre las diversas capacidades funcionales a la autonomía destaquemos aquí las mentales. Por un lado, la persona autónoma goza de entendimiento: capacidad de evaluar y ponderar el valor relativo de diferentes fines, estados futuros valiosos, de comprender y valorar su situación y el peso que sus decisiones tendrán en su vida y en las de los demás, de concebir los medios adecuados para llevar a cabo sus propósitos, etc. Goza, en otras palabras, de capacidad de reflexionar sobre cuál de los posibles cursos acción y, más genéricamente, modos de vida a su alcance, resulta preferible. Además, tiene voluntad, capacidad de tomar decisiones y actuar en consecuencia. Adecuado rango y variedad de opciones (pues quien tiene muy restringidas las opciones disponibles no puede elegir en sentido estricto). Además, al menos algunas opciones disponibles deben ser moralmente valiosas, pues quien tiene solo malas opciones a su alcance no goza de autonomía. Independencia: el ejercicio de su capacidad de opción debe ser libre de coerción y manipulación ajena. La coerción y la manipulación sujetan la voluntad de una persona a la de otra y, en este sentido, invaden su autonomía". Así RAZ, J., (1986), *The Morality of Freedom*, pp. 369-378, Oxford, Clarendon Press.

²⁷ LOSA, J., cit., p. 508.

²⁸ MILL, J.S., (1859), *On liberty*, London. "A man's mode of laying out his existence is the best, not because it is best in itself, but because it is his own mode... It is the privilege and proper condition of a human being, arrived at the maturity of his faculties, to use and interpret experience in his own way".

Raz, contra Mill, entiende que el daño que habilita la intervención no es solo el daño a los demás sino también el daño que uno se pueda infringir a sí mismo. En particular "Daño" es daño a la autonomía; que la autonomía en cuestión sea la propia o la de los demás es irrelevante.

Si según el modelo abolicionista la prostitución es en sí misma una actividad legítima, tanto desde el punto de vista penal como administrativo, "no está claro cómo una conducta encaminada a favorecer una actividad no ilícita puede considerarse perjudicial para algún bien jurídico"²⁹.

Es decir, se excluye que una conducta que simplemente facilita un comportamiento lícito pueda ser penalmente ofensiva.

Para quienes defienden la existencia de un ámbito de prostitución libre y voluntariamente ejercido, la distinción pasaría entre aquel supuesto en donde la *escort* ha elegido libremente el camino de la prostitución y por tanto el reclutamiento sólo tendría como finalidad obtención de nuevos clientes, y aquellos casos en donde la prostituta ha sido contratada para insertarse en un contexto organizacional, siendo el delito de reclutamiento sólo reconocible en esta última hipótesis.

*"Sin dudas hay (o puede haber) prostitutas que se ven a sí mismas como tales, que no se sienten enajenadas y que frente a otros trabajos en igualdad de condiciones prefieren el ejercicio de la prostitución. Estas prostitutas son autónomas ya que no solo consienten cada acto de prostitución, sino que, generalmente, se identifican con su actividad y la ven como un modo adecuado de ganarse la vida. De igual modo sucede con los consumidores de prostitución. Muchos consienten cada acto y además no tienen ningún problema con verse a sí mismos como clientes habituales de estos servicios"*³⁰. Se puede, entonces, decir que son planes autónomos de vida, y que el Estado debería evitar entrometerse en la persecución individual de estos, si no afectan los derechos de los demás.

II. b. Dignidad, vulnerabilidad y derechos humanos

Se podría afirmar que la centralidad de la persona humana se expresa en su dignidad, pero dicho concepto jurídico resulta ser difícil de definir, por ello se hace complejo adoptar una única noción al respecto.

²⁹CADOPPI, A., (2014), Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali, in AA.VV., Prostituzione e diritto penale, a cura di A. Cadoppi, p. 295, Roma.

³⁰IOSA, J., cit., p. 509.

El concepto de dignidad humana tiene su origen en la antigüedad griega; sin embargo, se ha enriquecido en su significado y alcance a lo largo del desarrollo de la historia humana, pasando de ser un concepto vinculado a la posición social a expresar la autonomía y capacidad moral de las personas, constituyéndose en el fundamento indiscutible de los derechos humanos³¹.

Esta falta de especificidad se interpreta como estructural y no puede superarse, llevando a la conclusión de que una definición más precisa de "dignidad", que vaya más allá de las ideas genéricas que habitualmente se le asocian - y que definen la dignidad negativamente, es decir, que se viola cuando el individuo es humillado, degradado, reducido a instrumento o cosa, mortificado, etc. – es, en última instancia, imposible³².

El concepto de dignidad puede expresarse de forma ambivalente.

Hay una dignidad intrínseca o subjetiva, coincidente con la propia convicción interior, y otra extrínseca u objetiva, basada en los valores dominantes de la sociedad en un período histórico concreto y hetero impuesto. Según una proyección ética, la dignidad debe entenderse como el respeto a los fines propios e intransferibles del ser humano, que éste alcanza utilizando su

³¹ MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, V. M., (2013), Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad, en Bol. Mex. Der. Comp. vol.46 n.136, Ciudad de México, ene./abr.2013. En origen la concepción de la dignidad no estaba fundada en la condición humana, sino en la condición social. Esta "dignidad posicional" tenía como supuesta la idea de superioridad y rechazaba por principio la igualdad, que sólo mucho después vendrá a unirse a la idea de dignidad. Por eso estaba perfectamente justificable la esclavitud, o la convicción del ciudadano griego o romano como ser superior. Como expresaba Plauto: "Las personas dignas caminan de manera distinta a como lo hacen los esclavos". Para profundizar GARCÍA MORENO, F., (2003), "El concepto de dignidad como categoría existencial. Un recorrido del concepto a lo largo de la historia de la filosofía", El Buho, Revista Electrónica de la Sociedad Andaluza de Filosofía, 1/2003, p. 4. El autor identifica lo que él llama cuatro dimensiones de la dignidad: a) político-social; b) religiosa o teológica; c) ontológica y d) ética, personal y social en el sentido de la autonomía, que corresponde de alguna manera a su evolución o desarrollo a lo largo de la historia.

Sin embargo, el tema de la dignidad humana cobró una mayor importancia para el Derecho a partir del desarrollo de la dignidad de la persona como un valor intrínseco de los individuos, y por tanto su respeto y tutela en las relaciones sociales tomó una especial dimensión al considerarse primero como un deber moral y posteriormente como un deber jurídico. Desde allí los derechos humanos pasaron a convertirse en paradigma ético de las sociedades contemporáneas y en criterio de valoración del desarrollo moral de los estados. Al día de hoy, en la actualidad, uno de los ámbitos de reflexión social en los que tiene mayor importancia la idea de la dignidad humana es en el de la bioética. Disciplina nacida apenas en los años setenta y pretende ser un espacio de reflexión ética para hacer frente a las nuevas capacidades humanas para interactuar con el entorno vivo, el *bios*, gracias al desarrollo de la ciencia y la tecnología pudiendo afectarlo de manera tal que se ponga en riesgo la supervivencia misma de la humanidad.

³² MASTROMARINO, F., (2021), Due concetti di dignità per due concetti di autonomia?, in *Diritto e questioni pubbliche*, XXI, 1/2021 (giugno), p. 242.

autonomía, como afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo³³.

Sin embargo, también se podría admitir que la dignidad se caracteriza por un contenido fijo, basado en una pluralidad de ideas y contenidos que según la mayoría de las personas deberían ser respetados, núcleo que se identifica gracias a los valores protegidos en la carta constitucional y para la interpretación doctrinal y jurisprudencial sobre sus límites y garantías. Por otra parte, el concepto de dignidad se compone de un contenido variable, que se define por el ejercicio que cada uno hace del libre desarrollo de su personalidad³⁴.

La dignidad objetiva adquiere una consistencia ante todo ideal e ideológica. En este sentido, proliferan las causas penales permeadas por una ofensa a la dignidad del ser humano como tal; impregnado de la negación ideal de un valor cultural de dignidad.

Más bien debería argumentarse que la dignidad humana es un valor lleno de contenido ético y filosófico; no contiene verdades científicas, no se basa en evidencia incontrovertible, sino en evaluaciones históricamente condicionadas por influencias culturales complejas y relativas. La dignidad debería definirse según la dialéctica de opiniones, donde lo objetivo y lo subjetivo se mezclan según medidas variables de consenso, por lo que incluso cuando hablamos de dignidad subjetiva estamos de hecho haciendo referencia implícita a concepciones minoritarias de la dignidad misma a las que el individuo se refiere, tal vez inconscientemente, a su apelación y a la que se pueden rastrear legítimamente sus pensamientos y acciones.

Para una importante corriente de pensamiento la dignidad se sustenta en las capacidades racionales y volitivas de los seres humanos, concretadas en la idea de autonomía y de libertad, como señaló PICO DE LA MIRANDOLA³⁵. Autonomía que expresa la capacidad de autodefinirse y autoconstruirse de

³³ MARCOS DEL CANO, A.M., (1999), La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico, pp. 113-116, Madrid, [Marcial Pons](#).

³⁴ VEDI MOLERO MARTÍN-SALAS, M.d.P., (2014), La libertad de disponer de la propia vida desde una perspectiva consuetudinaria, pp. 64-65, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

³⁵ VÉASE PICO DE LA MIRANDOLA, G., (1984), De la dignidad del hombre, pp. 105 y 106, Madrid, Editora Nacional, .

las personas, al realizar cotidianamente procesos de elección en relación con los fines y planes personales. Autonomía que es en esencia libertad³⁶.

Frente a esta diversidad de opiniones, la solución correcta sería combinar dignidad y autodeterminación, dignidad y autonomía y no contrastarlas.

El principio-valor de la dignidad humana, a pesar de representar una de las piedras angulares de las democracias constitucionales ampliamente consolidadas en los sistemas occidentales, tiene por tanto un contenido indeterminado.

Esto puede conducir al riesgo de una proliferación de objetos de protección relacionados con la dignidad humana. La vaguedad del concepto de dignidad parece, de hecho, estar en conflicto con los principios de especificidad y carácter imperativo de las cuestiones penales.

Debe subrayarse entonces el vínculo inseparable entre la dignidad y la autonomía moral de cada persona, como principio de respeto mutuo hacia los demás como seres humanos. El contrario, junto con la ambigüedad del significado, amenaza la autonomía personal y justamente el valor que se declama proteger. Pues, si no podemos saber ex ante cómo debe decidir el juez, no podemos planificar y decidir nuestras acciones teniendo en cuenta sus consecuencias.

El punto de síntesis necesaria, entre lo objetivo y lo subjetivo de la dignidad, no puede dejar de residir en la elección de la persona, en la medida en que sea capaz de una autodeterminación responsable³⁷.

Un intento de "concretizar" el concepto de dignidad es, sin duda, aquel que se basa en la autodeterminación del individuo, entendida ante todo como la libertad de disponer del propio cuerpo, si ello no causa daño a los demás.

El límite que parece imponerse a la autodeterminación se fija así en la vulnerabilidad del sujeto, o en su capacidad de elegir conscientemente.

³⁶ MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, V. M., (2013), Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad, cit.

³⁷ Para Robles Morchon, las dos características clave de la dignidad son su intangibilidad y su indisponibilidad. Es intangible porque nadie puede socavar su integridad y no está disponible porque ningún tercero puede disponer de él. MORCHÓN, G.R., (1995), El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución), coordinado por Rodríguez-Arango, L.G.S.M., pp. 45-62, Madrid, [Universidad de Alcalá](#), [Editorial Universidad de Alcalá](#).

De hecho, es razonable creer que la libertad de ejercer la prostitución podría incluirse en una gama más amplia de libertades y derechos que permiten a uno gestionar su sexualidad de forma independiente. En este sentido sería una de las formas en que se ejerce un derecho inviolable del individuo³⁸.

Sobre esto se considera el pensamiento de RAZ: “Una persona es autónoma incluso si elige mal. La autonomía es incluso parcialmente ciega a la calidad de las opciones disponibles. La persona es autónoma (...) solo si persigue lo bueno tal como ella lo capta. Solo puede ser autónoma si cree que tiene opciones valiosas entre las cuales elegir. Esto es consistente con que varias de las opciones sean de hecho malas. De hecho, elegir autónomamente lo malo hace la propia vida peor que lo que sería comparativamente una vida no autónoma”³⁹.

Este derecho se vería severamente restringido en su expresión por la norma que obliga a terceros a abstenerse de prestar ayuda o servicios a la prostitución, incluso cuando se ejerza voluntariamente.

El acto de favorecer, sin perjudicar la autodeterminación de la víctima y, por tanto, ningún bien jurídico protegido, contrasta con el principio de laicidad previsto en la Constitución, representando un claro ejemplo de “paternalismo criminal”⁴⁰.

Todavía, aún, la dignidad se expresa en un sentido objetivo, presuponiendo la incapacidad del sujeto que se prostituye. También los jueces constitucionales italianos han aclarado que el uso del bien de la dignidad humana debe ser considerado desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales de los sujetos vulnerables y de las mismas personas que practican la prostitución.

Así, la prostitución voluntaria es el ámbito clásico en el que la relevancia objetiva de la dignidad corre el riesgo de reprimir indirectamente las concepciones minoritarias de la moralidad sexual, en contraste con la protección

³⁸ Para profundizar, [RUTH, M.](#), El trabajo sexual es trabajados argumentos pro-derechos de las trabajadoras del sexo, *Jueces para la democracia*, n° 101/2021, pp. 45-56.

³⁹ RAZ, (1986), cit., pp. 410-411.

⁴⁰ Para profundizar que se entiende para paternalismo se vea MANIACI, G., (2011), *Contro il paternalismo giuridico*, Bologna, Giappichelli Editore.

constitucional del pluralismo de ideas y de la diversidad de prácticas sexuales que no ofenden los intereses de otros.

Si el daño a la dignidad se concentra en el mismo sujeto que decide libremente de prostituirse, el delito pierde de efectividad jurídica, porque el autor material de la conducta llega a ser la víctima del mismo delito.

III. Conclusión

En suma, por más inmoral que nos pueda parecer la utilización del sexo de otra persona como bien de uso disponible en el mercado, no parece que se satisfagan las condiciones para sancionarlo. En pleno cumplimiento del principio de laicidad, si son practicados por adultos, con pleno consentimiento de ambos, y no afectan los derechos de terceros, no debería ser sancionado por la ley penal.

De hecho, el Estado no debería limitar las acciones de los ciudadanos cuando no hay prejuicios, sino ayudar a crear las capacidades internas requeridas para llevar una vida autónoma.

Además, deberíamos tender a la prevalencia de un derecho penal del delito típico, desprovisto de moralismo y respetuoso de los principios de ofensiva y laicidad. Un derecho penal que vuelve a ser "*extrema ratio*" entre todas las sanciones posibles.

El derecho penal no puede considerarse el instrumento adecuado para la represión de fenómenos sociales que siempre han existido y que seguirán existiendo en formas clandestinas.

La conducta de los individuos debe remontarse a la autorresponsabilidad y la libre determinación. Por tanto, se hace imprescindible dotar al término "dignidad" de un nuevo significado, potenciando la autodeterminación de las conciencias. La solución se debería encontrar en una dignidad expresada en un sentido subjetivo amplio, combinada con un Estado laico, que pueda dejar espacios de expresión sin estigmatización de las conductas.

IV. Bibliografía

ALEXANDER, P., - DELACOSTE, F., (1998), *Sex Work : Writings by Women in the Sex Industry*, 2ed., San Francisco, Cleis Pres.

BIN, R., (2019), La libertà sessuale prostituzione (in margine alla sentenza 141/2019), in *Forum quad cost.*, 26 novembre, 1 ss.

BINDMAN, J., (2004), Trabajadoras/es del sexo, condiciones laborales y derechos humanos: problemas `típicos` y protección `atípica`, en OSBORNE, R., *Trabajadoras del sexo. Derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Barcelona, Edicions Bellaterra, pp. 99-111.

BUOMPADRE, J. E., (2013) *Temas Fundamentales de Dogmática Penal y Política Criminal, Un homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaina Navarrete, "Género, Violencia, Explotación y Prostitución. Una visión crítica de la política criminal argentina en las recientes reformas del código penal, con especial referencia a la ley N° 26.842 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas"*, Ed. ConTexto, N° 8/2013, p. 82.

CADOPPI, A., (2014), Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali, in AA.VV., *Prostituzione e diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma, p. 295.

CADOPPI, (2022), *Laicità e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Laicità e diritto penale nella recente giurisprudenza costituzionale*, Bologna, p. 14.

DUDIUK, G. H. P., (2021), Una crítica visión sobre aspectos de la regulación del proxenetismo y rufianismo en la ley n° 26842, en www.revistas.unne.edu.ar, p. 301.

FEINBERG, J., (1986): *Harm to Self*, New York, Oxford University Press, p. 28.

FINNIS, J.,(1987): "Legal Enforcement of 'Duties to Oneself': Kant v. Neo-Kantians", *Columbia Law Review*, Vol. 87: pp. 433-456.

GARCÍA MORENO, F., (2003), El concepto de dignidad como categoría existencial. Un recorrido del concepto a lo largo de la historia de la filosofía", *El Bicho*, Revista

Electrónica de la Sociedad Andaluza de Filosofía, 1/2003, p.4. GARRIDO GUZMÁN, J. (2005) “Los enfoques sociojurídicos ante la prostitución/ Sistemas”. En: Álvarez, A. (Ed.) Guía: La Prostitución. Claves Básicas para reflexionar sobre un problema.

GAUS, G., (2011): “Liberalism”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Edward N. ZALTA.

LOSA, J.,(2017), Libertad Negativa, Autonomía Personal Y Constitución, Revista Chilena de Derecho, vol. 44 N° 2, pp. 497 e ss.

MANIACI, G., (2011), *Contro il paternalismo giuridico*, Bologna, Giappichelli Editore.

MARCOS DEL CANO, A.M., (1999), *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 113-116.

MARTÍ, A. (2014) “El Trabajo sexual en Europa”, El Jurista, 15 de mayo. Accesible en: www.eljurista.eu;

MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, V. M., (2013), Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad, en Bol. Mex. Der. Comp. vol.46 n.136, Ciudad de México, ene./abr.2013.

MASTROMARINO, F., (2021), *Due concetti di dignità per due concetti di autonomia?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, XXI, 1/2021 (giugno), p. 242.

MENESES FALCÓN, C., (2007) “Riesgo, vulnerabilidad y prostitución” Documentación social, (144), pp.11-35. Disponible en: <https://www.researchgate.net>.

MENESES FALCÓN, C., (2007), “Riesgo, vulnerabilidad y prostitución, Documentación social, (144), pp.11-35.

MERZAGORA, I. – TRAVAINI, G., (2014), Prostituzioni, in Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive, a cura di A. Cadoppi, Roma, pp. 37 ss.

MILL, J.S., (1859), *On liberty*, London.

MOLERO MARTÍN- SALAS, M.d.P., (2014), *La libertad de disponer de la propia vida desde una perspectiva consitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 64-65.

MORCHÓN, G.R., (1995), El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución), coordinado por Rodríguez-Arango, L.G.S.M., Madrid, Universidad de Alcalá, Editorial Universidad de Alcalá, pp. 45-62.

NINO, C., (1984), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 26

PADOVANI, T., (2015), *Disciplina penale della prostituzione*, Pisa, Pisa University Press, p.13.

PARISI, F., (2018), *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino, Giappichelli Editore, premessa p. XIX.

Raz, J., (1986), *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, pp. 369-378.

REZZONICO, M.D., (2015), La prostitución ejercida en forma autónoma y privada, una actividad comercial lícita que debería estar regulada, en *Pensamiento Penal*, p.3.

RUBIO, A., (2008), La teoría abolicionista de la prostitución desde una perspectiva feminista, en: Holgado Fernández, I. (Ed.) *Prostituciones: diálogos sobre sexo de pago*, Barcelona, Icaria editorial, pp. 73-94;

RUTH, M., El trabajo sexual es trabajados argumentos pro derechos de las trabajadoras del sexo, *Juces para la democracia*, nº 101/2021, págs. 45-56.

SAIZ, V., MANTINI, M. y GÓMEZ-PAN, P., (2015), Prostitución, moral sexual y explotación, *CTXT*, (13).

SÁNCHEZ PERERA, P., (2018), El feminismo regulacionista no existe, pero el proderechos sí, *El Diario*, 19 de marzo.

SERENI, A., (2020), Il controllo penale della prostituzione tra etica ed economia. La valenza post – ideologica dell'autoresponsabilità, in Riv. trim dir. pen. ecom., 1/2020, p. 218-219.

VALIENTE NOAILLES, C., (1966), La Moral Pública y las Garantías Constitucionales, Buenos Aires, La Ley, p.34.

PICO DE LA MIRANDOLA, G., (1984), De la dignidad del hombre, Madrid, Editora Nacional, pp. 105 y 106.

WALL, S.,(2012), Perfectionism in Moral and Political Philosophy, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, ZALTA, Edward N. (ed.).

ZAFFARONI, E. R., (1981), Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo III, Buenos Aires, Ediar, p. 250.

Jurisprudencia/

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:
RESEÑA DE JURISPRUDENCIA SEGUNDO SEMESTRE 2023¹

Sofía Tonelli²

Nacional de tercer país al que se le ha rechazado o revocado el carácter de refugiado – Acreditación de la existencia de un peligro para la comunidad – Sentencia firme de condena por la comisión de un delito de extrema gravedad – Carga de la prueba

La Directiva 2011/95, en particular, su artículo 14, apartado 4, letra b), debe interpretarse en el sentido de que no basta para acreditar la existencia de un peligro para la comunidad del Estado miembro en que se encuentra el nacional del tercer país al que se le ha rechazado o revocado el carácter de refugiado la existencia de una sentencia firme de condena por la comisión de un delito de extrema gravedad. La obligación de probar el peligro que representa el nacional de un tercer país para el interés fundamental de la comunidad del país miembro de que se trate reviste un carácter real, actual y suficientemente grave y que la medida que decide la revocación del estatuto de refugiado constituye una medida proporcionada a dicho peligro corresponde a la autoridad competente. (Sentencia de 6 de julio de 2023, XXX y Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, C-8/22, ECLI:EU:C:2023:542).

A XXX en el año 2016 el Comisario General le revocó el estatuto de refugiado que se le había otorgado en el año 2007. XXX interpuso un recurso contra dicha decisión ante el Conseil du contentieux des étrangers (Consejo del Contencioso de Extranjería, Bélgica), órgano que desestima el recurso por considerar que el peligro que constituye XXX para la comunidad está sustentado

¹ No sujeto a referato.

² Abogada (Universidad de Buenos Aires). Docente de Derecho de la Integración (Universidad de Buenos Aires).

en una sentencia firme por la comisión de un delito de especial gravedad y que corresponde al ciudadano de un tercer país acreditar que no constituye un peligro real, actual y suficientemente grave para la comunidad del Estado miembro de que se trate. El caso llega al Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Bélgica), órgano que le requiere al Tribunal de Justicia que indique la forma en la que debe ser interpretado el artículo 14, apartado 4), letra b) de la Directiva 2011/95. El Tribunal debe responder si el peligro que constituye el ciudadano de un tercer país para la comunidad se encuentra acreditado con la mera existencia de una sentencia firme por la comisión de un delito de especial gravedad y la forma y a quien corresponde acreditar que el ciudadano de un tercer país constituye un peligro real, actual y suficientemente grave para el interés fundamental de la comunidad del Estado miembro en el que se encuentra.

La Directiva 2011/95 trata los casos en que los Estados miembros pueden revocar el estatuto a un refugiado o disponer la finalización de dicho estatuto o negarse a renovarlo. El apartado 4), letra b) establece la posibilidad de revocar, disponer la finalización o negarse a renovar el estatuto de refugiado cuando exista una condena por sentencia firme por un delito de especial gravedad y constituye el ciudadano de un tercer país un peligro para la comunidad del Estado miembro en que se encuentre.

Debido a que la norma que se interpreta configura una excepción a la regla mencionada en la Directiva (artículo 13) debe ser interpretada de forma estricta, por lo tanto, no es suficiente la existencia de una sentencia firme por la comisión de un delito de especial gravedad para demostrar que el ciudadano de un tercer país constituye un peligro real, actual y suficientemente grave para la comunidad del Estado miembro de que se trate. En tal sentido, la aplicación del apartado 4, letra b) del artículo 14 se encuentra supeditada a la existencia de dos requisitos, por un lado, que el nacional de un tercer país de que se trate haya sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad y, por otro, que se haya acreditado que ese nacional de un tercer país constituye un peligro para la comunidad del Estado miembro en el que se encuentra. Es decir, no basta con el cumplimiento de uno de ellos para acreditar, también, la existencia

y cumplimiento del otro. Se trata de dos requisitos que tienen carácter acumulativo y que es necesario el cumplimiento de ambos dos para poder proceder con la revocación del estatuto de refugiado de un ciudadano de un tercer país.

Por otro lado, corresponde a las autoridades competentes demostrar que el peligro que representa el nacional de un tercer país para un interés fundamental de la comunidad del Estado miembro en el que se encuentra es real, actual y suficientemente grave. Las autoridades nacionales competentes deben, en cada caso individual, realizar una evaluación de todas las circunstancias propias del caso para poder motivar y justificar su decisión. Y, asimismo, la decisión de revocar el estatuto de refugiado por considerar que el ciudadano de un tercer país constituye un peligro real, actual y suficientemente grave debe ser proporcionada al peligro, respetando el principio de proporcionalidad. Es decir, deben las autoridades competentes ponderar el peligro que constituye el ciudadano de un tercer país para la comunidad del Estado miembro en el que se encuentra y los derechos que deben garantizar a estas personas según la Directiva, así como también, deberá tener en cuenta la posibilidad de aplicar otras medidas diferentes a la revocación del estatuto de refugiado que sean menos lesivas pero igual de eficaz para garantizar la protección de la comunidad del Estado miembro.

Habida cuenta de tales argumentos, el Tribunal observa que no es suficiente la existencia de una sentencia firme por la comisión de un delito de extrema gravedad por parte del ciudadano de un tercer país para acreditar la existencia de un peligro para la comunidad del Estado miembro en que se encuentra y es competencia de la autoridad competente la obligación de probar que el peligro que representa el nacional de un tercer país para el interés fundamental de la comunidad del país miembro de que se trate tiene un carácter real, actual y suficientemente grave reviste y que la medida que decide la revocación del estatuto de refugiado constituye una medida proporcionada a dicho peligro.

Nacional de tercer país al que se le ha rechazado o revocado el carácter de refugiado – Delitos de especial gravedad – Peligro para la comunidad – Proporcionalidad de la medida

El Tribunal de Justicia entiende que son “delitos de especial gravedad”, según artículo 14, apartado 4, letra b) de la Directiva 2011/95, aquellos delitos que, habida cuenta de sus características específicas, revisten una gravedad excepcional, en la medida en que forman parte de los delitos que más atentan contra el ordenamiento jurídico de la sociedad de que se trate. Para su determinación, corresponde considerar la pena prevista y la pena impuesta por dicho delito, su naturaleza, las eventuales circunstancias agravantes o atenuantes, el carácter intencionado o no del referido delito, la naturaleza y el alcance de los daños causados por el mismo delito y el procedimiento aplicado para castigarlo. La existencia de sentencia firme por la comisión de un delito de especial gravedad no es suficiente para acreditar que un ciudadano de un tercer país constituye un peligro para la comunidad del Estado miembro en el que se encuentra y corresponde a la autoridad competente acreditar que el peligro que representa el nacional de un tercer país para un interés fundamental de la comunidad del Estados miembro en el que se encuentra reviste un carácter real, actual y suficientemente grave y la medida de revocación del refugiado es proporcional a dicho peligro. (Sentencia de 6 de julio 2023, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid y M.A., C-402/22, ECLI:EU:C:2023:543).

Esta cuestión prejudicial es planteada por el Raad van State (Consejo de Estado de los Países Bajos) debido a que tiene dudas sobre los elementos que deben tenerse en consideración para determinar si un delito cometido por un ciudadano de un tercer país es delito de especial gravedad y cuál es el alcance del concepto “peligro para la comunidad”, según el artículo 14, apartado 4), letra b) de la Directiva 2011/115. El órgano remitente debe resolver un recurso presentado por el Secretario de Estado, quien había dictado una decisión el 12 de junio de 2020 por la que se rechazaba la petición de protección internacional en los Países Bajos requerida por un ciudadano de un tercer país, M.A. El motivo

del rechazo fue que, si bien M.A. tenía motivos suficientes para considerarse perseguido en su país de origen, había cometido un delito de especial gravedad por el que había sido condenado mediante sentencia firme y, por lo tanto, constituía un peligro para la comunidad. M.A. recurre la decisión del Secretario y un órgano jurisdiccional anula la decisión entendiendo que la decisión recurrida no justificaba de forma suficiente que los delitos cometidos (agresión sexual y robo) fueran delitos de especial gravedad para denegarle el estatuto de refugiado ni que M.A. constituyera un peligro real, actual y suficiente que afecte el interés de la comunidad.

Se le encomienda al Tribunal de Justicia, en primer lugar, que determine el alcance del concepto “delitos de especial gravedad” y los elementos que deben tenerse en consideración para definir a un delito como de especial gravedad.

El objetivo de la norma objeto de interpretación, según su considerando 12 y artículo primero, es asegurar que los Estados miembros apliquen criterios comunes para la identificación de personas auténticamente necesitadas de protección internacional y asegurar que un nivel mínimo de prestaciones esté disponible para dichas personas en todos los Estados miembros. El artículo 14, apartado 4, letra b) dispone que los Estados miembros podrán revocar el estatuto concedido a un refugiado en caso de que, habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituya un peligro para la comunidad del Estado miembro en el que se encuentra.

Teniendo en cuenta que ninguna de las disposiciones de la Directiva define el concepto de “delitos de especial gravedad”, el Tribunal considera que debe ser interpretado conforme un sentido habitual según el lenguaje corriente, el contexto en el que se utilizan y los objetivos de la normativa. Es así que concluye que son delitos de especial gravedad aquellos delitos que, según sus características específicas, revisten de una gravedad excepcional ya que se trata de los delitos que más atentan contra el ordenamiento jurídico de la sociedad de que se trate. Los elementos a tener en cuenta para determinar si un delito por el que un nacional de un tercer país ha sido condenado por sentencia firme reviste tal gravedad son la pena prevista y la pena impuesta por dicho delito, su naturaleza, las eventuales circunstancias agravantes o atenuantes, el carácter

intencionado o no del referido delito, la naturaleza y el alcance de los daños causados por el mismo delito y el procedimiento aplicado para castigarlo.

El artículo 14, al ser una excepción a la regla enunciada en el artículo 13, debe ser interpretado de forma restrictiva y, si bien el Tribunal en su jurisprudencia, enumera elementos para determinar cuáles podrían ser considerados delitos de especial gravedad, éstos no son exhaustivos y los órganos competentes nacionales podrían aplicar otros. Sin embargo, hay uno que cabe resaltar ya que es un elemento esencial, este es que los delitos de especial gravedad deben formar parte de los delitos que más atentan contra el ordenamiento jurídico de la sociedad de que se trate. Asimismo, otros elementos a tener en consideración son la sentencia de condena al ciudadano de un tercer país que servirá para evaluar las circunstancias específicas del caso, la naturaleza y el quantum de la pena ya que para ser considerado delito de especial gravedad deberán imponerse una pena particularmente severa según el derecho penal de cada Estado miembro. Puede tenerse en cuenta la severidad de la pena impuesta pero no alcanza para determinar la gravedad del delito una acumulación de infracciones distintas de las cuales ninguna de ellas constituye un delito de especial gravedad.

En segundo término, el Tribunal debe responder si el peligro para la comunidad del Estado miembro en el que se encuentra el nacional de un tercer país puede verse acreditado por el mero hecho de que exista una condena por sentencia firme por un delito de especial gravedad.

Dos son los requisitos que deben coexistir para la correcta aplicación del artículo, por un lado, que el nacional de un tercer país haya sido condenado por sentencia firme por haber cometido un delito de especial gravedad, y, por el otro, que se encuentre acreditado que constituye un peligro para la comunidad del Estado miembro en donde se encuentra. Los requisitos deben coexistir y la presencia de uno de ellos no basta para acreditar el cumplimiento del otro. Por ello, el Tribunal concluye que la existencia de un peligro para la comunidad del Estado miembro en el que se encuentra el nacional de un tercer país de que se trate no puede considerarse acreditada por el mero hecho de que este haya sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad.

Finalmente, la aplicación del artículo 14 de la Directiva en cuestión está supeditada a que la autoridad competente acredite que el peligro que representa el nacional del tercer país de que se trate para un interés fundamental de la comunidad del Estado miembro en el que se encuentra reviste de un carácter real, actual y suficientemente grave y que la revocación del estatuto de refugiado constituye una medida proporcionada a dicho peligro. La autoridad competente debe realizar una evaluación de todas las circunstancias del caso para determinar que el peligro es real, actual y suficiente y que afecta un interés fundamental de la comunidad. Así como también, se debe ponderar el peligro que constituye el nacional de un tercer país para la comunidad del Estado miembro y los derechos que deben garantizarse según la Directiva para poder concluir que la medida de revocación o finalización del estatuto de refugiado es proporcionada al peligro.

Nacional de tercer país al que se le ha rechazado o revocado el carácter de refugiado – Sentencia firme de condena por la comisión de un delito de extrema gravedad – Proporcionalidad de la medida – Retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular

*Las Directivas 2011/95 y 2008/115 deben entenderse en el sentido que su aplicación se encuentra supeditada a que la autoridad competente acredite que la revocación constituye una medida proporcionada en relación al peligro que representa el nacional del tercer Estado y que se opone a la adopción de una decisión de retorno con respecto a un nacional de un tercer país cuando se haya acreditado que, en virtud del principio de no devolución, está excluida, con carácter indefinido, una expulsión de este al país de destino previsto (**sentencia de 6 de julio 2023, Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl y AA, C-663/21, ECLI:EU:C:2023:540**).*

En el marco de un recurso interpuesto ante el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, Austria), AA, quien había

ingresado ilegalmente a Austria en el año 2014 y un año más tarde se le otorgó el carácter de refugiado, solicitó se deje sin efecto la resolución de la Oficina del día 24 de septiembre por la que se le revocaba el estatuto de refugiado, se le denegaba el estatuto de protección subsidiaria o un permiso de residencia y se adoptaba una medida de retorno acompañada de una prohibición de estancia, fijando un plazo para su salida voluntaria y no permitiendo su expulsión. El motivo de la revocación son las diversas condenas que se le impusieron durante los años 2018 y 2019 por la comisión de delitos tales como amenazas graves, daños, manipulación ilícita de estupefacientes, tráfico de estupefacientes, amenazas graves, lesiones y comportamiento agresivo contra un agente del orden. Posteriormente, desiste del recurso en la medida en que se refería a la parte dispositiva de la resolución en la que se declaraba que no se permitía su expulsión. En el año 2020 comete nuevamente delitos de agresión física con resultado de lesiones y amenazas graves y es condenado a pena privativa de la libertad de cuatro a cinco meses.

En mayo de 2021, el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo) decide anular las partes impugnadas de la resolución de la Oficina del 24 de septiembre de 2019. Anula la decisión porque AA había sido condenado por haber cometido delitos de especial gravedad y, por tanto, constituía un peligro para la comunidad. Entendió, asimismo, que debían ponderarse los intereses del Estado miembro de acogida y los del nacional del tercer país teniendo en cuenta el alcance y naturaleza de las medidas a las que podría verse sometido en caso de retornar, tortura o muerte, y en consecuencia, el órgano jurisdiccional consideró que prevalecían éstos por sobre los intereses de la República de Austria.

Contra esta sentencia, la Oficina interpone recurso de casación ante el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria). Este órgano jurisdiccional se cuestiona sobre la necesidad de llevar adelante la ponderación de los intereses tomando en consideración las consecuencias de un posible retorno del nacional del tercer país a su país de origen, conforme el artículo 14, apartado 4), letra b) de la Directiva 2011/95 y, también, el órgano jurisdiccional tiene dudas acerca de la compatibilidad de la

Directiva 2008/115 con la decisión de retorno en los casos en los que la protección ha sido retirada pero ya se ha acreditado que la expulsión al país de origen es ilícita.

Con arreglo al apartado 4), letra b) del artículo 14 de la Directiva 2011/95, los Estados podrán revocar el estatuto concedido a un refugiado en caso de que haya sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, y, por tanto, constituye un peligro para la comunidad de dicho Estado miembro. Y la directiva 2008/115, sobre las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, el artículo 5 establece que al aplicar la Directiva, los Estados tendrán en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar, el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate y respetaran el principio de no devolución.

La aplicación del apartado 4), letra b) del artículo 14 de la Directiva depende de la existencia de dos requisitos, a saber: 1) que el nacional de un tercer país haya sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad; y 2) que se encuentre acreditado que constituye un peligro para el Estado miembro en el que se encuentra.

La correcta aplicación de la Directiva exige que los tribunales nacionales a sean quienes confirmen que alguno de los delitos cometidos se trate de un delito de especial gravedad, es decir un delito que reviste, habida cuenta de sus características, una gravedad excepcional, en la medida en que forma parte de los delitos que más atentan contra el ordenamiento jurídico de la sociedad de que se trata. Asimismo, y habida cuenta que el peligro debe ser real, actual y suficientemente grave que afecte un interés fundamental de la comunidad del Estado miembro, son las autoridades competentes las que realicen una evaluación teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y ponderen el peligro que constituye el nacional del tercer país al Estado en el que se encuentra así como los derechos que deben garantizarse a ese ciudadano de un tercer país a fin de que determinen si una medida como la revocación del estatuto de refugiado es una medida proporcionada a ese peligro. Como también deben ponderar si las consecuencias a las que podría verse afectado el nacional de un

tercer país al llevarse a cabo el retorno a su país de origen, no son contrarias y se oponen a la CDFUE, en particular, los artículos que prohíben la tortura, pena o tratos inhumanos o degradantes. Es decir que los Estados miembros no pueden decidir una devolución cuando exista un grave riesgo real de sufrir tales tratos, podrán los Estados aplicar el artículo 14 de la Directiva y revocar el estatuto de refugiado pero no podrán decidir su devolución o expulsión cuando el ciudadano de un tercer país pueda sufrir un trato inhumano o degradante en su país de origen.

Teniendo en cuenta tales circunstancias, el TJUE entiende que el artículo 14, apartado 4), letra b) de la Directiva 2015/95 debe interpretarse en el sentido de que su aplicación se encuentra supeditada a que la autoridad competente acredite que la revocación del estatuto de refugiado constituye una medida proporcionada con respecto al peligro que representa el nacional de un tercer país de que se trate para un interés fundamental de la comunidad del Estado miembro en el que se encuentra ese nacional de un tercer país, para lo cual se debe llevar a cabo una ponderación que tenga en cuenta, por un lado, ese peligro y, por otro, los derechos que deben garantizarse, con arreglo a dicha Directiva, a las personas que puedan ser consideradas refugiados según el artículo 2 de la Directiva, sin que, no obstante, la referida autoridad competente esté obligada, además, a comprobar que el interés público ligado al retorno del referido nacional de un tercer país a su país de origen prevalece sobre el interés del mismo nacional de un tercer país en que se mantenga la protección internacional, habida cuenta del alcance y la naturaleza de las medidas a las que este se vería expuesto en caso de retorno a su país de origen.

En segundo lugar, el Tribunal de Luxemburgo debe dilucidar si el artículo 5 de la Directiva 2008/115 se contradice con una decisión de retorno o expulsión de un nacional de un tercer Estado cuando se encuentre acreditado que, en virtud del principio de no devolución, está excluida una expulsión de ese país al país de destino previsto.

La Directiva en estudio se aplica a todos los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro, con excepción de los casos mencionados en el artículo 2, apartado 2 (a quienes

se les deniegue el ingreso por aplicación del artículo 13 del Código Schengen o se los intercepte en un cruce de frontera irregular y quienes estén sujetos a medidas de retorno por aplicación de una sanción penal). Por su parte, el artículo 6 de la Directiva especifica que, comprobada la situación irregular, todo nacional de un tercer país debe ser objeto de una decisión de retorno, siempre teniendo en consideración las excepciones previstas en los apartados de 2 a 5 y los requisitos del artículo 5. Sin embargo, ningún Estado puede proceder con la expulsión de un ciudadano en situación irregular sin que se haya dictado previamente una decisión de retorno contra ese ciudadano y siempre deben respetarse las garantías sustantivas y procedimentales de la Directiva. Los Estados se encuentran obligados, a respetar, durante todo el procedimiento, el principio de no devolución, derecho fundamental garantizado en la CDFUE y también en la Convención de Ginebra.

Por tales motivos, el artículo 5 de la Directiva 2008/115 se opone a que un nacional de un tercer país sea objeto de una decisión de retorno cuando dicha decisión mencione como país de destino un país en el que existen razones serias para creer que el nacional de un tercer país quede expuesto a sufrir un trato inhumano o degradante, contrarios a los artículos 18 y 19 de la Carta. Es así que se responde a la cuestión en el sentido que la autoridad competente pretende el retorno de un nacional de un tercer país a su país de origen cuando ya se ha constatado que el principio de no devolución se opone a tal retorno, en conclusión, el TJUE responde a la segunda cuestión diciendo que el artículo 5 de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la adopción de una decisión de retorno con respecto a un nacional de un tercer país cuando se haya acreditado que, en virtud del principio de no devolución, está excluida, con carácter indefinido, una expulsión de este al país de destino previsto.

Ciudadanía de la UE – Pérdida automática de la ciudadanía de un Estado miembro – Examen de proporcionalidad de las consecuencias de la pérdida de la ciudadanía de un Estado miembro.

El artículo 20 TFUE, en relación con el artículo 7 CDFUE, no será contrario a la normativa de un Estado miembro que establece que los nacionales de ese Estado nacidos fuera de su territorio y que no residieron nunca en él ni realizaron estancias en él en condiciones que demuestren un vínculo de conexión efectivo con ese Estado miembro pierden automáticamente la nacionalidad de éste a la edad de veintidós años, lo que supone, para las personas que no sean también nacionales de otro Estado miembro, la pérdida de su estatuto de ciudadano de la Unión Europea y de los derechos correspondientes, siempre y cuando los Estados permitan a las personas interesadas presentar, en un plazo razonable, una solicitud de conservación o de recuperación de la nacionalidad que habilite a las autoridades competentes a examinar la proporcionalidad de las consecuencias de la pérdida de tal nacionalidad desde el punto de vista del Derecho de la Unión y, en su caso, conceder la conservación o la recuperación ex tunc de la referida nacionalidad. (Sentencia de 5 de septiembre 2023, X y Udlændinge- og Integrationsministeriet, C-689/21, ECLI:EU:C:2023:626).

En el caso, X nació en el año 1995 en Estados Unidos y desde su nacimiento tuvo doble nacionalidad, estadounidense y danesa ya que su madre había nacido en Dinamarca. En el año 2014, después de haber cumplido veintidós años, presenta una solicitud ante el Ministerio para conservar la nacionalidad danesa, órgano que, habiendo considerado las circunstancias del caso y el breve tiempo que había pasado X en Dinamarca previo a cumplir los veintidós años y después de cumplirlos, lo que demuestra que no existe un vínculo entre el ciudadano y el Estado, informa que había perdido la nacionalidad y que no se podía hacer lugar a una excepción para conservar la nacionalidad debido a que había presentado la solicitud fuera de término, es decir, luego de su cumpleaños número veintidós.

X apela la decisión por ante el Københavns byret (Tribunal Municipal de Copenhague, Dinamarca) y solita la revisión del asunto, el que fue remitido al Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca). X entiende que los requisitos impuestos en la norma son legítimos pero que la pérdida automática de la nacionalidad y sin opción de revisión no es proporcionada y, en definitiva, son contrarias a las normas de la Unión sobre el estatuto de ciudadanía.

Según el Ministerio la legalidad y proporcionalidad de la norma están garantizadas por cuanto se puede decidir la conservación de la nacionalidad efectuando un análisis caso por caso, cuando la persona interesa cumpla veintidós años y realice tal solicitud.

El Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca), previo a resolver el asunto, le encomienda al Tribunal de Justicia, reunido en Gran Sala, la interpretación de las normas de la Unión sobre el estatuto de ciudadanía y sobre el derecho a la vida privada y familiar y si éstas se oponen a las normas nacionales danesas que disponen la pérdida automática de la ciudadanía de dicho Estado miembro por imperativo de la ley (*ipso iure*), al cumplirse veintidós años de edad, para personas que hayan nacido fuera de ese Estado miembro, no hayan residido en él ni hayan realizado estancias en él en unas circunstancias que revelen una vinculación estrecha con él (artículo 8, apartado 1 de la Ley de Nacionalidad Danesa), norma que tiene como consecuencia que, si esas personas no tienen además la ciudadanía de otro Estado miembro, se vean privadas de su estatuto de ciudadanos de la Unión y de los derechos vinculados a dicho estatuto.

La Gran Sala entiende que las normas de la Unión sobre ciudadanía europea no se oponen a la normativa del Estado de Dinamarca, específicamente el artículo 8, apartado 1 de la Ley de Nacionalidad Danesa. La condición que impone el Tribunal para que no exista tal contradicción es que se permita a las personas interesadas presentar, en un plazo razonable, una solicitud de conservación o de recuperación de la nacionalidad que permita a las autoridades competentes examinar la proporcionalidad de las consecuencias de la pérdida de tal nacionalidad desde el punto de vista del Derecho de la Unión y, en su

caso, conceder la conservación o la recuperación *ex tunc* de la referida nacionalidad. El plazo que exige el Tribunal debe extenderse durante un período razonable y más allá de la fecha en que la persona interesada alcanza la edad establecida y solo puede empezar a correr si dichas autoridades han informado debidamente a esa persona de la pérdida de su nacionalidad o de la inminencia de esta pérdida, así como de su derecho a solicitar, en ese plazo, la conservación o la recuperación de esa nacionalidad. De no ser así, dichas autoridades deben estar en condiciones de efectuar tal examen, por vía incidental, con motivo de una solicitud de la persona interesada de un documento de viaje o de cualquier otro documento que acredite su nacionalidad.

El artículo 20 TFUE se refiere al estatuto de ciudadanía y a la forma de adquisición de la ciudadanía de la Unión, dice que será ciudadano de la Unión todo ciudadano que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. Esta última situación, la adquisición o pérdida de la nacionalidad de un Estado miembro es competencia de cada Estado, sin embargo, las normas que lo disponen deben respetar el Derecho de la Unión y el principio de proporcionalidad.

En el marco de éstas competencias propias, Dinamarca sanciona la Ley sobre la Nacionalidad cuyo artículo 8 tiene por objeto impedir la transmisión de la nacionalidad danesa de generación en generación a personas domiciliadas en el extranjero que no tengan ningún conocimiento sobre el Reino de Dinamarca y ningún vínculo con dicho país y por ello todos los nacionales daneses nacidos en el extranjero que nunca hayan residido en el país y que tampoco hayan realizado estancias en él en condiciones que muestren un vínculo de conexión efectivo con éste último perderán automáticamente la nacionalidad danesa a la edad de veintidós años, salvo que esto los convierta en apátridas, según la primera frase del artículo 8.

Se observa que existiría oposición y contrariedad con el principio de proporcionalidad de las normas de la Unión sobre ciudadanía y las normas de un Estado miembro sobre la forma de adquisición o pérdida de la ciudadanía nacional cuando éstas no permitan, en ningún momento, que se lleve adelante un examen individual de las consecuencias que tal pérdida tendría para las personas afectadas desde el punto de vista del Derecho de la Unión, situación

que no ocurre con la normativa nacional danesa. Del análisis individual que realicen los tribunales nacionales competentes de la proporcionalidad de la pérdida de la ciudadanía, la persona debe tener la posibilidad de conservar su nacionalidad o recuperarla *ex tunc*.

En relación al plazo, es competencia de los Estados miembros establecer uno, como también, deben regular el procedimiento destinado a garantizar la salvaguardia de los derechos vinculados a la ciudadanía de la Unión. La regulación debe respetar siempre el principio de efectividad, es decir que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión. A tal fin, las autoridades administrativas y los tribunales nacionales competentes deben estar en condiciones de examinar, por vía incidental, la proporcionalidad de las consecuencias de la pérdida de la nacionalidad y, eventualmente, de permitir a la persona interesada recuperar la nacionalidad *ex tunc*, con motivo de la solicitud por esta de un documento de viaje o de cualquier otro documento que acredite su nacionalidad, aun cuando tal solicitud se haya presentado más allá de un plazo razonable

Tal examen debe incluir no solo la valoración de la situación individual de la persona interesada sino también la de su familia, ya que es necesario determinar si la pérdida de la nacionalidad del Estado miembro correspondiente, cuando implique también la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión, tiene consecuencias que pueden afectar de manera desproporcionada, el normal desarrollo de su vida familiar y profesional desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Es decir que corresponde verificar si la pérdida de la nacionalidad no es contraria con las normas sobre el estatuto de ciudadanía de la Unión, artículo 20 TFUE y con el derecho a la vida privada y familiar, artículo 7 CDFUE.

***Estatuto de refugiado – Opiniones políticas como motivo de persecución –
Evaluación del fundado temor a ser perseguido***

*Para que las opiniones, las ideas o las creencias de un solicitante del carácter de refugiado que no haya suscitado todavía el interés negativo de los agentes potenciales de persecución en su país de origen puedan estar comprendidas en el concepto de «opiniones políticas», del artículo 10, apartado 1, letra e) y 2 de la directiva 2011/95, basta con que ese solicitante afirme que ha expresado o expresa esas opiniones, ideas o creencias. Esto no prejuzga la evaluación del carácter fundado del temor del solicitante a ser perseguido por tales opiniones políticas. Asimismo, es función de las autoridades competentes de los Estados miembros tener en cuenta el hecho de que esas opiniones políticas, debido al grado de convicción con el que se expresan o al posible ejercicio por ese solicitante de actividades dirigidas a promover esas opiniones, hayan podido o puedan suscitar el interés negativo de los agentes potenciales de persecución en el país de origen del referido solicitante. Sin embargo, no se exige que esas mismas opiniones estén tan profundamente arraigadas en el solicitante que, en caso de retorno a su país de origen, no pueda abstenerse de manifestarlas, exponiéndose así al riesgo de sufrir actos de persecución en el sentido del artículo 9 de dicha Directiva. **(Sentencia de 21 de septiembre 2023, S, A y Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, C-151/22, ECLI:EU:C:2023:688)***

Dos ciudadanos sudaneses presentan en los Países Bajos, ante la Secretaria de Estado, solicitudes de asilo por considerar que, en caso de regresar a su país de origen, Sudan, serían perseguidos por las manifestaciones de opiniones políticas vertidas en ese Estado miembro contra el gobierno de ese país.

S no dijo en su solicitud que estando en Sudán hubiese manifestado opiniones políticas que la obligaran a abandonar el país, como tampoco indicó que las opiniones políticas expresadas en Países Bajos hubieran llegado a conocimiento de las autoridades sudanesas. A, a diferencia de S, en dos oportunidades presentó solicitudes de asilo en los Países Bajos por las

manifestaciones contrarias al gobierno de sudan, asimismo, informó que fue víctima en su país de origen de detención y tortura por ser sospechoso de adherirse a un partido político de la oposición.

En ambos casos el Secretario de Estado denegó las solicitudes. En el primer caso por considerar que, pese a la credibilidad de sus declaraciones relativas a sus actividades en los Países Bajos, estas no eran opiniones políticas dignas de protección y, en el segundo, debido a que no había justificado suficientemente que sus actividades en los Países Bajos fueran el resultado de opiniones políticas fundamentales.

Las decisiones fueron apeladas ante el rechtbank Den Haag (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, Países Bajos) el que, en el caso de S estimó el recurso y anuló la decisión considerando que las opiniones políticas eran fundadas y conforme a lo prescripto en la normativa de la Unión, y, en el caso de A, desestimó el recurso por él presentado argumentando que no era creíble la hipótesis de que las actividades políticas ejercidas por A en los Países Bajos eran el resultado de opiniones políticas fundamentales.

Los casos llegan al Raad van State (Consejo de Estado), órgano que plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. El recurso prejudicial planteado tiene por objeto la interpretación del artículo 10 apartado 1, letra e) de la Directiva 2011/95. El artículo establece los motivos por los cuales un ciudadano de un tercer país puede considerarse perseguido y, por ese motivo, requerir el estatuto de refugiado en el Estado miembro en el que se encuentre. Uno de los motivos son las opiniones políticas que el apartado 1, letra e) dice que comprende las opiniones, ideas o creencias sobre un asunto relacionado con los agentes potenciales de persecución y con sus políticas o métodos, independientemente de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tales opiniones, ideas o creencias.

En relación a la primera de las cuestiones sobre las que debe opinar el Tribunal, tres son los motivos que brinda para entender que el artículo 10, apartados 1, letra e), y 2, se deben interpretar en el sentido que es suficiente que el solicitante afirme que ha expresado o expresa esas opiniones, ideas o creencias, para que las opiniones, las ideas o las creencias de un solicitante que

no haya suscitado todavía el interés negativo de los agentes potenciales de persecución en su país de origen, puedan estar comprendidas en el concepto de «opiniones políticas».

La primera es que debe considerarse al concepto de opinión política de forma amplia, ya que la enumeración que realiza no es exhaustiva de los elementos que incluye, los que deben referirse a cuestiones referidas con la política y no sobre cuestiones personales. Y, asimismo, el solicitante debe estar plenamente convencido de las ideas u opiniones que dice tener o expresar, de forma tal que, en caso de regresar a su país de origen, no pueda o quiera abstenerse de manifestarlas para no suscitar el interés negativo de los agentes potenciales de persecución en ese país.

El segundo motivo es el contexto en el que se inscribe el concepto de opinión de opinión política. La forma amplia en que debe ser interpretado coincide con la forma en que se entiende en el derecho internacional, el que sostiene que el concepto de opinión política comprende cualquier opinión o cualquier asunto en el que esté involucrado el aparato estatal, gubernamental, social o político, con independencia de su firmeza o de su arraigo en el solicitante. Tanto en el ámbito del Derecho de la Unión como en el derecho internacional, Convención de Ginebra, las opiniones políticas constituyen uno de los motivos de persecución por las cuales una persona puede solicitar asilo en el país en el que se encuentre y, en particular, las opiniones políticas, son de los motivos que tienen como fin promover la aplicación de los derechos fundamentales enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, junto con el motivo de la religión. En el caso de las opiniones políticas se pretende resguardar el derecho a la libertad de expresión, garantizado en el artículo 11 de la Carta, que incluye la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. Distinto es el motivo de la religión, que tiene el mismo objetivo, pero resguarda otro derecho fundamental, que es la libertad de conciencia, enunciado en el artículo 10 de la Carta y comprende la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Y, en tercer lugar, teniendo en cuenta las observaciones escritas de ACNUR, aunque las opiniones no se encuentren tan arraigadas en el solicitante, debe tomarse en consideración que el solicitante puede verse expuesto en caso de regresar a su país de origen a ser perseguido debido a esas opiniones o a las que los agentes potenciales de persecución en ese país puedan atribuirle. Argumento que se encuentra en consonancia con el sentido amplio en el que debe interpretarse este concepto y su fundamento, que es garantizar los derechos fundamentales de la CDFUE.

La segunda cuestión analizada por el Tribunal se refiere a la interpretación del artículo 4 de la Directiva, apartados 3 a 5, y si estos deben entenderse en el sentido que, al momento de evaluar si el temor a ser perseguido por sus opiniones políticas de un solicitante es fundado, las autoridades competentes de los Estados miembros deben tener en consideración el grado de las convicciones de esas opiniones, como también, comprobar si se encuentran arraigadas en las personas que la solicita.

El artículo 4 se refiere a la valoración de los hechos y circunstancias en el marco del procedimiento de solicitud de protección internacional. Aclara el Tribunal que, si bien la forma de valoración de los hechos debe ser para todos los procedimientos igual, sin importar el motivo de persecución, en cada caso particular las autoridades competentes deben adaptar sus métodos de apreciación de las declaraciones, pruebas aportadas, en función del motivo de que se trate y siempre respetando los derechos fundamentales.

En el caso de las opiniones políticas, la evaluación del carácter fundado del temor a ser perseguido realizado por las autoridades competentes, debe revestir un carácter individual, estudiando de forma concreta los hechos y circunstancias del caso, conforme lo prescripto en los apartados 3 a 5 del artículo 4.

A fin de apreciar el riesgo de persecución en el país de origen, es decir, de que pueda suscitarse el interés negativo de los agentes potenciales de persecución, las autoridades competentes deben tener en consideración dos elementos, el grado de convicción de las opiniones políticas invocadas por quien solicita la protección internacional y también el eventual ejercicio de actividades dirigidas a promover esas opiniones.

En virtud de estos argumentos, el Tribunal concluye que la evaluación de las autoridades competentes del carácter fundado del temor de un solicitante a ser perseguido por sus opiniones políticas en su país de origen, conforme al artículo 4 de la Directiva 2011/95, deben tomar en consideración el hecho de que esas opiniones políticas, debido al grado de convicción con el que se expresan o al posible ejercicio por ese solicitante de actividades dirigidas a promover esas opiniones, hayan podido o puedan suscitar el interés negativo de los agentes potenciales de persecución en el país de origen del referido solicitante. Sin embargo, las autoridades no pueden exigir que esas mismas opiniones estén tan profundamente arraigadas en el solicitante que, en caso de retorno a su país de origen, no pueda abstenerse de manifestarlas.

Reglamento Dublín – Estado responsable del estudio de la solicitud de protección internacional – Documento de residencia – Tarjeta diplomática

La tarjeta diplomática expedida por un Estado miembro con arreglo a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, constituye un «documento de residencia» en el sentido del artículo 2, letra I), del Reglamento (UE) n.º 604/2013. (Sentencia del 21 de septiembre de 2023, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid y E., S., C- 568/21, ECLI:EU:C:2023:683).

E., S. y sus hijos menores, son nacionales de un Estado no miembro de la Unión. El padre formaba parte de una misión diplomática en un Estado miembro, donde residió con toda su familia. Durante el tiempo que vivió en dicho Estado miembro se les otorgó tarjetas diplomáticas. Al finalizar su estadía en el Estado miembro, se radican en los Países Bajos, donde solicitan la protección internacional.

En julio de 2019, la Secretaria de Estado considera, conforme el Reglamento Dublín III, que le corresponde intervenir y resolver la solicitud de protección internacional al Estado que expidió las tarjetas diplomáticas ya que las mismas constituían documentos de residencia. Meses más tarde, Países Bajos aceptó las peticiones de toma de cargo. Sin embargo, en 2020, la

Secretaría de Estado vuelve a resolver en el mismo sentido, negándose a resolver las presentaciones de solicitud de protección internacional por considerar que le compete al Estado miembro que emitió las tarjetas.

Los solicitantes presentaron un recurso contra dicha resolución alegando que el Estado miembro que había emitido las tarjetas diplomáticas no era competente para resolver la solicitud de protección internacional porque el documento que les había emitido no se trataba de un documento de residencia. Lo que había ocurrido, según sus argumentos, era que habían disfrutado de un derecho de residencia consecuencia de su estatuto diplomático, derivado de la Convención de Viena. En marzo de 2020 el rechtbank Den Haag (Tribunal de Primera Instancia de La Haya) dicta sentencia y hace lugar a los recursos y consideró que las tarjetas diplomáticas expedidas por las autoridades del Estado miembro no podían considerarse una autorización de residencia porque E. y S. ya disponían de un derecho a residir en tal Estado miembro en virtud de la Convención de Viena. El Secretario de Estado apeló la resolución ante el Consejo de Estado de los Países Bajos, órgano jurisdiccional remitente. La cuestión a dilucidar versa sobre la naturaleza de la tarjeta diplomática expedida por el Estado miembro en aplicación de la Convención de Viena y si ésta puede ser considerada un documento de residencia según el artículo 2 del Reglamento Dublín III.

El artículo 2, letra I) del Reglamento Dublín III define al documento de residencia como cualquier autorización expedida por las autoridades de un Estado miembro por la que se autoriza a un nacional de un tercer país o a un apátrida a permanecer en su territorio y, comprende, cualquier autorización expedida por las autoridades de un Estado miembro por la que se autoriza a un nacional de un tercer país o a un apátrida a permanecer en su territorio, excluyendo los visados y las autorizaciones de residencia expedidas durante el período requerido para determinar el Estado miembro responsable de una solicitud de protección internacional o de una solicitud de un permiso de residencia.

Para el Tribunal de Justicia una tarjeta diplomática expedida por un Estado miembro con arreglo a la Convención de Viena constituye un documento de residencia en el sentido del Reglamento Dublín III.

Para así decidir, el Tribunal hace una interpretación amplia del artículo 2 del Reglamento, el que habla específicamente de “cualquier autorización” y por lo tanto no se encuentran excluidas las tarjetas diplomáticas expedidas por un Estado miembro en virtud de la Convención de Viena.

Por otro lado, conocer qué documentos constituyen documentos de residencia válidos es de vital importancia para el Derecho de la Unión porque determina que quien lo haya expedido será el Estado miembro que resuelva la solicitud de protección internacional, conforme el artículo 12 del Reglamento.

Estos artículos son consecuentes con la finalidad perseguida por el Reglamento, que es el de establecer un procedimiento claro y efectivo en lo relativo a la forma de determinar cuál es el Estado que le corresponde el estudio y análisis de una solicitud de asilo y quedaría desnaturalizado si los solicitantes tuviesen la posibilidad de elegir el Estado miembro en el que presentan una solicitud de protección internacional.

Finalmente, el Tribunal también entiende que el artículo 12 no determina de forma alguna el resultado de la solicitud, ya que el Estado mantiene siempre la potestad de aceptar o rechazarla y carece de incidencia sobre la residencia diplomática.

Estatuto de refugiado – Cese de protección del OOPS – Comprobación del riesgo

El artículo 12, apartado 1, letra a), segunda frase, de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que ha de considerarse que la protección o asistencia del Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS) ha cesado cuando dicho organismo no está en condiciones de garantizar a un apátrida de origen palestino amparado por esa protección o asistencia el acceso a los cuidados y a los tratamientos médicos sin los cuales este corre un riesgo real de

muerte inminente o un riesgo real de verse expuesto a un deterioro grave, rápido e irreversible de su estado de salud o a una reducción significativa de su esperanza de vida. Corresponde al juez nacional comprobar si existe tal riesgo.

(Sentencia del 5 de octubre del 2023, Office français de protection des réfugiés et apatrides y SW, C-294/22, ECLI:EU:C:2023:733)

SW, apátrida de origen palestino, padece de una enfermedad genética grave que necesita cuidados que el OOPS (Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente) no pudo otorgarle.

SW nació en el Líbano y vivió en ese país hasta el año 2019 que se mudó a Francia. Ese mismo año, el director general de la OFPRA denegó la solicitud que presentó para obtener el estatuto de refugiado o para que se le conceda la concesión de la protección subsidiaria. Un año más tarde, la Cour nationale du droit d'asile (Tribunal Nacional de Derecho de Asilo, Francia) anuló dicha decisión y reconoció a SW la condición de refugiado.

La OFPRA interpuso un recurso de casación contra dicha resolución ante el Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia) por considerar no se había examinado si SW se había visto obligado a abandonar la zona de operaciones del OOPS debido a las amenazas para su seguridad personal. Declaró, asimismo, que es erróneo que la imposibilidad de que el OOPS financie los cuidados sanitarios terciarios adaptados al estado de salud de un apátrida de origen palestino constituye un motivo para entender que ha cesado la protección efectiva de este organismo que permita al citado apátrida acogerse a la Convención de Ginebra y que debía considerarse que el OOPS no podía asumir su misión de asistencia, pese a que la cobertura de los cuidados terciarios no formaba parte de ella y que no se había demostrado que SW no pudiera recibir un tratamiento adecuado en el Líbano.

El Conseil d'État (Consejo de Estado) señala que de la resolución de la Cour nationale du droit d'asile (Tribunal Nacional de Derecho de Asilo) se desprende que, para declarar que la protección o asistencia del OOPS respecto

a SW había cesado y que, por tanto, este podía invocar de pleno derecho la condición de refugiado, de conformidad con el artículo 12, apartado 1, letra a), segunda frase, de la Directiva 2011/95, dicho órgano jurisdiccional consideró acreditado que el OOPS no podía proporcionar a SW un acceso suficiente a la asistencia sanitaria de la que depende su supervivencia y, de este modo, garantizar a SW unas condiciones de vida acordes con su misión de asistencia, hasta el punto de colocarle en un estado personal de grave inseguridad que le llevó a abandonar el Líbano.

En este contexto, el Tribunal de Justicia debe dilucidar, a pedido del Conseil d'État (Consejo de Estado), si el artículo 12, apartado 1, letra a), segunda frase, de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que ha cesado la protección o asistencia del OOPS cuando dicho organismo no puede garantizar a un apátrida de origen palestino amparado por esa protección o asistencia el acceso a los cuidados y a los tratamientos médicos que su estado de salud requiere y cuáles son los criterios para determinar tal situación.

En primer lugar, es dable aclarar que el OOPS es un organismo de la ONU, distinto de ACNUR, creado con la finalidad de proteger y asistir a los palestinos en su condición de refugiados de Palestina y ofrece protección o asistencia. Cualquier persona que esté registrada ante este organismo tiene derecho a recibir protección y asistencia para mejorar su bienestar como refugiado.

En segundo lugar, el artículo 12, apartado 1, letra a), primera frase, de la Directiva 2011/95, establece que los nacionales de terceros países o los apátridas quedarán excluidos de ser refugiados en caso de que estén comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 1, sección D, de la Convención de Ginebra en lo relativo a la protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto ACNUR. Es decir que las personas registradas en el OOPS, en virtud del artículo 12, apartado 1, letra a), primera frase, de la Directiva 2011/95, que corresponde al artículo 1, sección D, primer párrafo, de la Convención de Ginebra, están, en principio, excluidas del estatuto de refugiado en la Unión. La segunda frase del artículo establece que si la protección cesa, cualquiera sea el motivo, sin que la suerte de tales personas se

haya solucionado definitivamente, esas personas tendrán, ipso facto, derecho a los beneficios del régimen de la Directiva 2011/95.

Al analizar el concepto de cese de la asistencia, en particular de cuando procede considerar que ha cesado la asistencia de un organismo como el OOPS, el Tribunal dice que puede provenir de la supresión misma de ese órgano u organismo, de la imposibilidad de que ese órgano u organismo cumpla su misión, que en este caso consiste en proteger y asistir a sus beneficiarios, refugiados palestino dentro de su ámbito de actuación y, también, cuando un beneficiario decide retirarse de la zona donde recibía asistencia contra su voluntad.

El OOPS fue específicamente creado para brindar asistencia a los refugiados que no hayan visto su suerte satisfecha de forma completa, es decir que continúan necesitando asistencia en materia de salud, por lo tanto, no poder brindar su asistencia de forma completo y eficaz, sin importar el motivo, debe ser considerada como el cese de la asistencia por parte de este organismo, conforme el artículo 12 de la Directiva 2011/95.

Sin embargo, no es posible afirmar y no configura un caso de cese de la asistencia por parte del OOPS cuando es imposible prestar asistencia o tratamientos específicos.

Asimismo, cuando las prestaciones que brinda el OOPS son de un nivel inferior en comparación con las que podría llegar a recibir si se le concediera el estatuto de refugiado en un Estado miembro tampoco es suficiente para considerar que se ha visto obligado a abandonar la zona de operaciones del OOPS. Tal situación ocurre cuando un apátrida de origen palestino la imposibilidad de recibir la asistencia necesaria para su estado de salud por parte del OOPS lo haga correr un riesgo real de fallecimiento inminente o un riesgo real de verse expuesto a un deterioro grave, rápido e irreversible de su estado de salud o a una reducción significativa de su esperanza de vida. En este caso, es competencia del juez nacional realizar un examen individual de las circunstancias de todos los aspectos del caso para comprobar la existencia de tal riesgo.

Por tales motivos, el Tribunal concluye que la protección o asistencia del OOPS ha cesado cuando dicho organismo no está en condiciones de garantizar

a un apátrida de origen palestino amparado por esa protección o asistencia el acceso a los cuidados y a los tratamientos médicos sin los cuales este corre un riesgo real de muerte inminente o un riesgo real de verse expuesto a un deterioro grave, rápido e irreversible de su estado de salud o a una reducción significativa de su esperanza de vida, situación que corresponde comprobar al juez nacional.

Solicitud de protección internacional – Protección subsidiaria - Determinación de la existencia de un riesgo grave en el país de origen

*El artículo 15 de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que para dilucidar si un solicitante de protección internacional tiene derecho a la protección subsidiaria, la autoridad nacional competente debe examinar todos los elementos pertinentes, relativos tanto a la situación particular y a las circunstancias personales del solicitante como a la situación general en el país de origen, antes de determinar el tipo de daños graves que esos elementos permiten eventualmente fundamentar. El artículo 15, letra c), se debe interpretar en el sentido que para apreciar la existencia de un riesgo real de sufrir un daño grave tal como se define en esta disposición, la autoridad nacional competente debe poder tener en cuenta elementos relativos a la situación particular y a las circunstancias personales del solicitante distintos de la mera circunstancia de proceder de una zona de un país determinado en la que se produzcan los «casos más extremos de violencia general», y la letra b) del artículo 15 debe interpretarse en el sentido de que la intensidad de la violencia indiscriminada imperante en el país de origen del solicitante no puede atenuar la exigencia de individualización de los daños graves definidos en esta disposición. **(Sentencia del 9 de noviembre de 2023, X, Y, sus seis hijos menores de edad y Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, C-125/22, ECLI:EU:C:2023:843).***

X e I son dos cónyuges de nacionalidad libia, tienen seis hijos menores y presentaron, en el año 2018, solicitudes de protección internacional ante el Secretario de Estado de los Países Bajos por considerar que, en caso de tener que regresar a su país de origen, podrían sufrir daños graves, en el sentido del

artículo 15 de la Directiva 2011/95. Justifican su solicitud en la situación personal de ellos y la del país, el que se encuentra una situación de violencia y crisis humanitaria.

El Secretario de Estado deniega la solicitud de protección internacional por considerar que los solicitantes no tenían razón para creer que pudieran ser susceptibles de sufrir violencia en caso de tener que regresar a su país de origen y que las amenazas alegadas en la petición eran infundadas.

X e I interpusieron recurso de apelación ante el rechtbank Den Haag, zittingsplaats 's-Hertogenbosch (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, sede de Bolduque. El Tribunal remitente entiende que si bien la situación que mencionan los solicitantes es fundamentada, no hay en el caso elementos concretos sean suficientes para identificar el daño grave ni la gravedad de la violencia indiscriminada exigida por el artículo 15, letra b) y c) de la Directiva. En este contexto plantea el recurso al Tribunal de Justicia de la Unión a fin de que interprete el artículo 15 de la Directiva.

En primer lugar, el Tribunal debe definir el alcance del concepto de protección subsidiaria, en particular qué elementos deben tomarse en consideración para establecer si un solicitante de protección internacional tiene derecho a acceder al beneficio de la protección subsidiaria.

En este sentido, el Tribunal observa que a fin de determinar si un solicitante de protección internacional tiene derecho a la protección subsidiaria, la autoridad nacional competente debe examinar todos los elementos pertinentes, relativos tanto a la situación particular y a las circunstancias personales del solicitante como a la situación general en el país de origen, antes de determinar el tipo de daños graves que esos elementos permiten eventualmente fundamentar.

Para así decidir, considera que el artículo 15 de la Directiva establece tres tipos de daños graves que pueden justificar la concesión de protección subsidiaria en favor de la persona que, en caso de devolución a su país de origen o al país en el que tenía su residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrirlos.

Los dos primeros, pena de muerte o de ejecución y tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes, son situaciones de daño grave fácilmente

identificables y configuran un tipo concreto de daño. Estos casos, en definitiva, presuponen que existan motivos serios y fundados para creer que el solicitante, en caso de ser devuelto, se ve expuesto específica e individualmente a un riesgo real de ser objeto de la pena de muerte, de una ejecución, de actos de tortura o de penas o tratos inhumanos o degradantes. Y estos, incluyen, también, la evaluación del riesgo relativo al nivel general de violencia e inseguridad del país. El tercero, amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física, a diferencia de los anteriores, es un riesgo más amplio y menos específico y, por lo tanto, no queda supeditada al requisito de que el solicitante demuestre estar afectado específicamente debido a elementos propios de su situación personal.

Cabe destacar que cada uno de los daños mencionados constituye un motivo autónomo de reconocimiento de la protección subsidiaria cuyos requisitos deben cumplirse plenamente para que se conceda esta protección, entre ellos no se establece una jerarquía y no se impone ningún orden en la apreciación de la existencia de un riesgo real de sufrir alguno de esos daños graves.

En cuanto al procedimiento en el que debe enmarcarse la evaluación de las circunstancias relativas a la situación general en el país de origen, el grado general de violencia e inseguridad y las relativas a la situación particular y a la situación personal del solicitante se realiza en dos fases. La primera tiene por objeto establecer las circunstancias fácticas que pueden constituir elementos de prueba en apoyo de la solicitud, para lo cual el solicitante debe presentar toda la prueba con la que cuenten para fundamentar su solicitud y las autoridades competentes deben también cooperar activamente con el fin de completar los elementos; y la segunda se refiere a la valoración jurídica de esos elementos y consiste en decidir si, a la vista de los hechos que caracterizan un caso concreto, se cumplen los requisitos materiales previstos por el artículo 15, es decir, en esta fase se debe determinar qué tipo de daño grave constituyen los elementos presentados.

En segundo lugar, el Tribunal observa que, además, el inciso c) del artículo 15 de la Directiva, referido a las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física, debe interpretarse en el sentido que para apreciar la existencia de un riesgo real de sufrir un daño grave, la autoridad nacional

competente debe poder tener en cuenta elementos relativos a la situación particular y a las circunstancias personales del solicitante distintos de la mera circunstancia de proceder de una zona de un país determinado en la que se produzcan los «casos más extremos de violencia general», en el sentido de la sentencia del TEDH de 17 de julio de 2008, NA. c. Reino Unido (CE:ECHR:2008:0717JUD002590407), § 115.

Los elementos analizados para determinar la existencia de daño grave, relativos a la situación particular y a las circunstancias personales del solicitante no son los únicos, es decir que ese listado no tiene carácter exhaustivo, de forma tal que la autoridad nacional competente al realizar la evaluación individual, puede tomar en consideración cualquier otro elemento, como por ejemplo el grado de violencia indiscriminada en el país o en la región de que se trate, elementos propios de la vida privada, familiar o profesional del solicitante de los que quepa presumir razonablemente que aumentarán el riesgo de que sufra tal daño grave, en caso de regreso a su país de origen o al país en el que tenía su residencia habitual.

Retorno de un nacional de un tercer país en situación irregular – Solicitud de protección internacional – Permanencia en el Estado miembro mientras dura el examen de la solicitud.

La Directiva 2008/115, en particular sus artículos 2, apartado 1, y 3, punto 2, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la adopción de una decisión de retorno, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, respecto de un nacional de un tercer país, después de que este haya presentado una solicitud de protección internacional, pero antes de que se haya resuelto en primera instancia sobre dicha solicitud, con independencia del período de estancia a que se refiera la decisión de retorno. (Sentencia del 9 de noviembre de 2023, CD y Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky, C-257/22, ECLI:EU:C:2023:852).

CD, ciudadano argelino, presentó una solicitud de protección internacional en República Checa. Al no tener un documento de viaje válido ni permiso de residencia, la Policía inició un procedimiento de expulsión administrativa en su contra. Al prestar declaración, informa que Argelia no es un país seguro y que en dicho país estaba amenazado de muerte.

En octubre de 2021, la Dirección de la policía de extranjería ordena su expulsión administrativa, la que considera legítima porque no existe, según su criterio, un temor legítimo a un peligro real en el país de origen y declaró también que Argelia se encuentra en la lista de países seguros.

El Ministerio del Interior desestima el recurso administrativo presentado por el demandante y éste interpone un nuevo recurso ante el Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa) fundamentando que la resolución se basa en consideraciones generales según las cuales Argelia es un país seguro, siendo así que debería haberse procedido a una apreciación individual de su situación.

El Krajský soud v Brně (Tribunal Regional de Brno, República Checa), órgano jurisdiccional decide suspender el caso en instancia nacional y plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión. Debe entender si el principio de no devolución es contrario a la adopción de una decisión de retorno respecto de un nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro cuando dicho nacional alega ante las autoridades de este último que en su país de origen deberá enfrentarse a amenazas para su vida por parte de particulares y si dicho Estado miembro puede recurrir al concepto de país de origen seguro para apreciar el riesgo de una violación de dicho principio en tales circunstancias.

Lo primero que establece el Tribunal es que no va a resolver la cuestión prejudicial planteada en virtud de que es competencia del Tribunal brindar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación necesarios para resolver su caso, independientemente de que haya sido planteado por el órgano jurisdiccional remitente.

La situación particular del presente caso está dada porque la decisión de retorno se tomó en el periodo comprendido entre, por un lado, el momento en

que presentó una solicitud de protección internacional y, por el otro, la adopción de una resolución en primera instancia que se pronuncie sobre dicha solicitud, por lo tanto se debe determinar si el solicitante se encontraba en una situación irregular.

La orden de abandono es una decisión de retorno, es decir se trata de una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declara irregular la situación de un nacional de un tercer país y se impone o declara una obligación de retorno. Esta orden se aplica a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro.

La situación irregular es definida por las normas de la Unión como la situación en que se encuentra todo nacional de un tercer país que se halle en el territorio de un Estado miembro sin cumplir las condiciones de entrada, de estancia o de residencia. El artículo 9 de la Directiva 2013/32 autoriza a que los solicitantes de protección internacional puedan permanecer en el territorio del Estado miembro en el que han presentado la solicitud, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que se haya dictado una resolución en primera instancia por la que se deniegue dicha solicitud, autorización que no incluye un derecho a obtener un permiso de residencia. Emitida la decisión por la que se deniega la protección internación, el solicitante pasa a encontrarse dentro de una situación irregular.

Es decir que durante el periodo de espera de la decisión de primera instancia por la que se deniega la solicitud, las autoridades competentes no pueden adoptar una decisión de retorno ya que el solicitante no se encuentra en una situación irregular. Sin embargo, si podría adoptarse tal decisión luego de que se haya expedido el tribunal de primera instancia o, incluso, en el mismo acto.

Por lo tanto, el Tribunal concluye que los artículos 2, apartado 1, y 3, punto 2, de la Directiva 2008/115 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la adopción de una decisión de retorno, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, respecto de un nacional de un tercer país, después de que este haya presentado una solicitud de protección internacional, pero antes

de que se haya resuelto en primera instancia sobre dicha solicitud, con independencia del período de estancia a que se refiera la decisión de retorno.

Estatuto de refugiado – Reconocimiento del estatuto de refugiado a un miembro de la familia

Los artículos 20 y 23 de la Directiva 2011/95 por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, deben ser interpretados en el sentido que no obligan a los Estados miembros a reconocer el derecho a protección internacional en un Estado miembro al progenitor «miembro de la familia», en el sentido del artículo 2, letra j), de dicha Directiva, de un menor que tenga el estatuto de refugiado en ese Estado miembro. (Sentencia del 23 de noviembre de 2023, XXX y Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, C-614/22, ECLI:EU:C:2023:903).

XXX llegó al Reino de Bélgica, junto con sus tres hijos menores, desde Guinea en el año 2018. Presentó una solicitud de protección internacional que le fue denegada. Sin embargo, a uno de sus hijos le otorgaron el carácter de refugiado. Contra la decisión que le deniega la protección internacional presenta un recurso ante el Conseil du contentieux des étrangers (Consejo del Contencioso de Extranjería, Bélgica), recurso que fue desestimado. La decisión también fue apelada.

El caso llega al el Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso–Administrativo, Bélgica). XXX sostiene que es miembro de una familia, la que ya se encontraba constituida en el país de origen, y considera que se le otorgue protección internacional debido a que su hijo se le ha concedido el estatuto de refugiado, aun cuando ella no cumple con los requisitos para que se le otorgue la protección.

La Directiva en observación no prevé la extensión del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria a los miembros de la familia de una persona a la que se haya concedido ese estatuto, cuando no cumplan individualmente los requisitos para conseguirlo. El objetivo de la norma, en particular de su artículo 23, es obligar a los Estados miembros a que adapten su Derecho nacional para que tales miembros de la familia puedan obtener, con arreglo a los procedimientos nacionales y en la medida en que ello sea compatible con su condición jurídica personal, determinadas prestaciones, como la concesión de un permiso de residencia o el acceso al empleo o a la educación, que tienen por objeto mantener la unidad familiar.

En el mismo sentido interpreta el Tribunal el artículo 20 de la Directiva, que enuncia normas generales y que establece, la obligación de, por un lado, tener en cuenta la situación específica de las personas vulnerables y, por otro, la de considerar primordial el interés superior del niño, que tampoco obliga a conceder el estatuto de refugiado al progenitor de un menor beneficiario de protección internacional.

Conforme la Directiva, es facultad de los Estados miembros legislar de forma más favorable, concediendo, por ejemplo, el carácter derivado y con el objetivo de mantener la unidad familiar, el estatuto de refugiado a los familiares de un beneficiario de tal protección, siempre y cuando, la normativa nacional, no contradiga y sea compatible con las normas de la Unión. Una situación como esta no ha ocurrido en el Reino de Bélgica.

Por tales motivos, el Tribunal concluye en este asunto que los artículos 20 y 23 de la Directiva 2011/95 deben ser interpretados de forma tal que no obligan a los Estados miembros a reconocer el derecho a protección internacional en un Estado miembro al progenitor miembro de la familia, en el sentido del artículo 2, letra j), de dicha Directiva, cuando al menor si se le haya otorgado el estatuto de refugiado en ese Estado miembro.

Estatuto de refugiado – Reconocimiento del estatuto de refugiado a un miembro de la familia

Debe entender al artículo 23 de la Directiva 2011/95 en el sentido que no obliga a los Estados miembros a reconocer al progenitor de un menor con estatuto de refugiado en un Estado miembro el derecho a acogerse a la protección internacional en ese Estado miembro. (Sentencia del 23 de noviembre de 2023, XXX y Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides, C-374/22, ECLI:EU:C:2023:902).

XXX, ciudadano guineano, llega a Bélgica en el año 2007. La primera solicitud de protección internacional la presentó ese mismo año, solicitud que fue denegada. Luego, presentó otras dos, en 2010 y 2011, que no fueron tomadas en consideración por las autoridades competentes belgas. En el año 2019 realiza un nuevo intento y alega en la solicitud que tienen dos hijos nacidos en Bélgica en 2016 y 2018, a quienes se les otorgó el carácter de refugiado, al igual que su madre.

La solicitud fue rechazada nuevamente y XXX apela la decisión ante el Conseil du contentieux des étrangers (Consejo del Contencioso de Extranjería, Bélgica), recurso que fue desestimado. El caso llega al Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Bélgica), órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

La duda recae sobre la aplicación del artículo 23 de la Directiva 2011/95. XXX considera que, al tratarse de una norma que no ha sido traspuesta al derecho belga, tiene efecto directo y, por tanto, obliga al Estado miembro a concederle la protección internacional.

La Directiva en observación no prevé la extensión del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria a los miembros de la familia de una persona a la que se haya concedido ese estatuto, cuando no cumplan individualmente los requisitos para conseguirlo. El objetivo de la norma, en particular de su artículo 23, es obligar a los Estados miembros a que adapten su

Derecho nacional para que tales miembros de la familia puedan obtener, con arreglo a los procedimientos nacionales y en la medida en que ello sea compatible con su condición jurídica personal, determinadas prestaciones, como la concesión de un permiso de residencia o el acceso al empleo o a la educación, que tienen por objeto mantener la unidad familiar.

Conforme la Directiva, es facultad de los Estados miembros legislar de forma más favorable, concediendo, por ejemplo, el carácter derivado y con el objetivo de mantener la unidad familiar, el estatuto de refugiado a los familiares de un beneficiario de tal protección, siempre y cuando, la normativa nacional, no contradiga y sea compatible con las normas de la Unión. Una situación como esta no ha ocurrido en el Reino de Bélgica.

Por tales motivos, el Tribunal concluye que el artículo 23 de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que no obliga a los Estados miembros a reconocer al progenitor de un menor con estatuto de refugiado en un Estado miembro el derecho a acogerse a la protección internacional en ese Estado miembro.

SÍMBOLOS RELIGIOSOS Y NEUTRALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJUE EN EL CASO “COMMUNE D’ANS”

Jeremías Brusau¹

Fecha de recepción: 11 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación: 22 de diciembre 2023

Resumen

El trabajo incluye un análisis crítico del reciente caso del TJUE sobre la prohibición del uso de símbolos religiosos en el empleo público. Luego de una reseña del caso, se lo estudia en el contexto de la jurisprudencia anterior del tribunal relativa al uso de símbolos religiosos en el empleo privado y se observan continuidades y rupturas respecto de los estándares allí fijados. Finalmente, se elabora una crítica al concepto de neutralidad con el que este tribunal europeo ha analizado estos casos, a partir de la distinción entre “neutralidad formal” y “neutralidad sustantiva”. El trabajo demuestra que una prohibición general de llevar símbolos religiosos en el empleo no es una política verdaderamente neutral, ya que coloca en una situación de desventaja a grupos religiosos minoritarios que reconocen una obligación de llevar consigo ciertos objetos o de vestir ciertas prendas. Desde esta perspectiva, el fallo comentado revela una falta de neutralidad frente a la religiosidad, con un sesgo en favor del laicismo.

Palabras clave: libertad religiosa – neutralidad – vestimenta religiosa – discriminación en el empleo

Title: RELIGIOUS SYMBOLS AND THE PRINCIPLE OF NEUTRALITY IN PUBLIC EMPLOYMENT. COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE CJEU IN THE CASE “COMMUNE D’ANS”

Abstract

¹ Master of Laws (University of Georgia, Estados Unidos de América). Magíster en Derecho Penal (UTDT). Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesor Adjunto (int.) de Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Agradezco a la Prof. Rocío Buosi su colaboración en la revisión del texto

The paper includes a critical analysis of the recent CJEU case on the prohibition of the use of religious symbols in public employment. After reviewing the case, it is studied in the context of the Court’s previous case law on the use of religious symbols in private employment, and continuities and ruptures concerning the standards set therein are observed. Finally, a critique is made of the concept of neutrality with which this European court has analyzed these cases, based on the distinction between “formal neutrality” and “substantive neutrality”. The paper demonstrates that a general ban on wearing religious symbols in employment is not a truly neutral policy, as it places minority religious groups who recognize an obligation to carry certain objects or wear certain clothing at a disadvantage. From this perspective, the ruling reveals a lack of neutrality towards religiosity, with a bias in favor of secularism.

Keywords: religious freedom – neutrality – religious clothing – employment discrimination

I. Introducción

Se ha dicho con razón que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) es el “nuevo jefe de la libertad religiosa en Europa” (PIN y WITTE, 2020: p. 226). En efecto, en los últimos años ese tribunal ha emitido numerosos pronunciamientos vinculados con la libertad religiosa, especialmente a partir de la aplicación de la Directiva 2000/78 a casos que involucran planteos de discriminación en el trabajo por motivos religiosos. El caso “Commune d’Ans”², resuelto el 28 de noviembre de 2023, se inscribe en esa línea jurisprudencial.

En este trabajo, luego de una reseña del caso, contextualizaré este nuevo pronunciamiento en el marco de la línea jurisprudencial existente, para mostrar su relevancia para los estudiosos del área de Derecho y Religión, y de la jurisprudencia europea en general. Como veremos, “Commune d’Ans” presenta por primera vez los estándares aplicables a la discriminación por motivos religiosos en el empleo público, y si bien se basa en pronunciamientos anteriores

² TJUE, Sentencia del 28 de noviembre de 2023, Commune d’Ans, C-148/22, EU:C:2023:378.

del tribunal, en su sentencia el TJUE reconoce mayores atribuciones a los empleadores en el ámbito del empleo público para implementar una prohibición de llevar símbolos religiosos, incluyendo vestimenta religiosa. Así, a una jurisprudencia que reconocía un bajo nivel de protección a la libertad religiosa frente a la decisión de los empresarios de privilegiar la neutralidad ante sus clientes, se ha agregado un precedente que deja librada a los Estados la decisión de establecer un régimen de neutralidad y excluir del empleo público, en los hechos, a grupos de personas que tengan una obligación religiosa de utilizar ciertos símbolos o vestimentas.

Finalmente, presentaré una crítica al concepto de neutralidad que fue crucial para la solución del caso comentado. Como mostraré, la prohibición de utilizar signos religiosos es una medida que tiende a excluir a las personas religiosas del empleo público, privilegiando a quienes tienen otras formas de conciencia en desmedro de aquellas que puedan incluir una creencia en la obligación de llevar ciertos objetos o de vestir ciertas prendas. Propondré, en cambio, un concepto de neutralidad sustantivo que, como mostraré, permite evitar el proselitismo y la discriminación por motivos religiosos desde el Estado, sin dejar de garantizar la libertad religiosa de los ciudadanos.

II. Reseña del Caso

Se trata de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Laboral de Lieja, Bélgica, que tiene por objeto la interpretación del artículo 2, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva 2000/78 del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³.

³ Según la transcripción efectuada por el TJUE en la sentencia comentada, el artículo 2 de dicha directiva establece: "1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato a la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 [que incluye la discriminación por motivos de religión o convicciones]. 2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1; b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con

La demandante en el caso, O.P., era jurista de formación y trabajaba para el Ayuntamiento de Ans como encargada de tramitar su contratación pública, puesto que no requería contacto personal con los usuarios del servicio público. Desde el 11 de abril de 2016 hasta el 8 de febrero de 2021 cumplió sus funciones sin llevar ningún signo que pudiera revelar sus convicciones religiosas, pero en esa fecha solicitó autorización para utilizar el velo en el trabajo a partir del 22 de febrero de 2021. El 18 de febrero, el municipio denegó esa solicitud y prohibió a la demandante llevar signos que revelaran sus razones religiosas, lo que fue confirmado el 26 de febrero de 2021. Finalmente, el 29 de marzo de 2021, el Ayuntamiento introdujo en el reglamento de trabajo una obligación llamada “de neutralidad exclusiva”, que prohíbe a todos los trabajadores del Ayuntamiento llevar en el lugar de trabajo cualquier signo visible que pueda revelar sus convicciones, en particular, religiosas o filosóficas, estén o no en contacto con el público.

Según surge de la sentencia comentada, el artículo 9 del reglamento establece:

“El trabajador goza de libertad de expresión, dentro del respeto del principio de neutralidad, de su obligación de reserva y de su deber de lealtad.”

“El trabajador deberá respetar el principio de neutralidad, lo que implica que deberá abstenerse de toda forma de proselitismo y que tiene prohibido exhibir cualquier signo ostensible que pueda revelar su pertenencia a una corriente ideológica o filosófica o sus convicciones políticas o religiosas. Esta norma afecta al trabajador tanto en sus contactos con el público como en sus relaciones con sus superiores jerárquicos y sus compañeros de trabajo.”⁴

La demandante consideró vulnerada su libertad religiosa y alegó que fue discriminada por razón de su religión. El tribunal belga que entendía en el

una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios (...).”

⁴ TJUE, Sentencia del 28 de noviembre de 2023, Commune d’Ans, C-148/22, no publicada, EU:C:2023:378, apartado 15.

caso decidió suspender el procedimiento y planteó dos cuestiones prejudiciales, en los siguientes términos:

“1) ¿Puede interpretarse el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva 2000/78 en el sentido de que autoriza a una administración pública a organizar un entorno administrativo totalmente neutro y, por ende, a prohibir el uso de signos que puedan revelar convicciones religiosas a todos los miembros del personal, estén o no en contacto directo con el público?”

“2) ¿Puede interpretarse el artículo 2, apartado 2, letras a) y b), de la Directiva 2000/78 en el sentido de que autoriza a una administración pública a organizar un entorno administrativo totalmente neutro y, por ende, a prohibir el uso de signos que puedan revelar convicciones religiosas a todos los miembros del personal, estén o no en contacto directo con el público, aun cuando esta prohibición neutra parece afectar mayoritariamente a las mujeres y, en consecuencia, podría constituir una discriminación encubierta por razón de género?”⁵

En su sentencia, el TJUE comenzó por recordar que en el art. 1 de la Directiva 2000/78, el concepto de “religión” comprende tanto el *forum internum*, que conceptualiza como el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, que sería la manifestación pública de la fe religiosa. Indicó también que los términos “religión” y “convicciones” se consideran en el derecho de la Unión Europea “dos caras de un mismo y único motivo de discriminación”⁶.

Seguidamente, aclaró que la Directiva se aplica tanto al sector público como al privado, por lo que la disposición en juego en este caso, que prohíbe a personal del ayuntamiento llevar en el lugar de trabajo cualquier signo de convicciones filosóficas o religiosas, está incluida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva⁷.

Aplicando el estándar de casos anteriores relativos al uso de símbolos visibles en lugares de empleo, el tribunal afirmó que siempre que la prohibición

⁵ Id., apartado 20.

⁶ Id., apartado 22.

⁷ Id., apartado 23.

se aplique “de manera general e indiferenciada”, no existirá un supuesto de discriminación directa⁸. En cambio, esta norma sí puede constituir una discriminación indirecta si se demuestra que la obligación aparentemente neutra produce una desventaja particular a personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.

Por ello, concluyó que “a menos que el órgano jurisdiccional remitente constate que, pese a la manera general e indiferenciada en que está redactado el artículo 9 del reglamento de trabajo controvertido en el litigio principal, la demandante en el litigio principal ha sido objeto de un trato diferente respecto de otros trabajadores a los que se autorizó a manifestar sus convicciones (...) mediante el uso de un signo visible que revele tales convicciones o de otro modo y que, por ello, haya sufrido una discriminación directa por motivos de religión o convicciones (...) dicho órgano jurisdiccional deberá examinar si la norma que figura en el artículo 9 del reglamento de trabajo del Ayuntamiento puede ocasionar una desventaja particular a las personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, efectivamente constitutiva de una discriminación indirecta basada en alguno de esos motivos (...)”⁹

A continuación, el tribunal recordó que incluso de verificarse una diferencia de trato, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i) de la Directiva 2000/78, ella no constituirá un trato discriminatorio si está objetivamente justificada con una “finalidad legítima” y “si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios”¹⁰. En este punto, el TJUE aclaró que, aunque el juez nacional es el que, en definitiva, deberá dar las respuestas adecuadas al caso, habría de dar “indicaciones (...) que permitan a ese juez resolver el litigio concreto del que conoce.”¹¹

La primera de tales indicaciones fue que, respecto de la existencia de una finalidad legítima, el Ayuntamiento invocó como sustento de la prohibición

⁸ Id., apartado 27.

⁹ Id., apartado 28.

¹⁰ Id., apartado 30.

¹¹ Id., apartado 31.

la aplicación del “principio de neutralidad del servicio público”, que a su vez encuentra su fundamento jurídico “en los artículos 10 y 11 de la Constitución belga, en el principio de imparcialidad y en el principio de neutralidad del Estado.”¹² Sobre este punto, aclaró que ha de reconocerse a cada Estado miembro y a sus entidades infraestatales “un margen de apreciación en la concepción de la neutralidad del servicio público que aquel pretende promover en el lugar de trabajo.”¹³ Sostuvo entonces que la decisión de aplicar una política de neutralidad exclusiva puede estar justificada, como así también puede estar igualmente justificada la elección de otra administración pública “de abogar por otra política de neutralidad, como una autorización general e indiferenciada del uso de signos visibles de convicciones, en particular, filosóficas o religiosas, también en los contactos con los usuarios, o por una prohibición del uso de esos signos limitada a las situaciones que impliquen tales contactos.”¹⁴

En este sentido, explicó que la Directiva 2000/78 sólo establece un “marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”¹⁵, y que por lo tanto deja un margen de apreciación para tener en cuenta el contexto propio de cada Estado. Eso es así “a falta de un consenso en el ámbito de la Unión”¹⁶. Por ello, afirmó que puede considerarse que una disposición como la cuestionada persigue una finalidad legítima en el sentido del art. 2, apartado 2, letra b), inciso i) de la nombrada directiva¹⁷.

En segundo término, el TJUE indicó que, para que la norma cuestionada sea apta para garantizar la finalidad legítima perseguida, el objetivo de neutralidad referido debe ser perseguido de forma “congruente y sistemática”, y la prohibición de llevar cualquier signo visible de convicciones debe limitarse “a lo estrictamente necesario”¹⁸. Aclaró que esta finalidad sólo podría perseguirse eficazmente si no se admite ninguna manifestación visible

¹² Id., apartado 32.

¹³ Id., apartado 33.

¹⁴ Id., apartado 33.

¹⁵ Id., apartado 34.

¹⁶ Id., apartado 34.

¹⁷ Id., apartado 36.

¹⁸ Id., apartado 37.

de convicciones, ya sea cuando los trabajadores estén en contacto con los usuarios del servicio público o bien cuando estén en contacto entre ellos, ya que “el hecho de llevar cualquier signo, incluso pequeño, pone en peligro la aptitud de la medida para alcanzar la finalidad supuestamente perseguida y pone en entredicho de ese modo la propia congruencia de ese régimen.”¹⁹

En conclusión, el TJUE respondió a la primera cuestión prejudicial que “el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una norma interna de una administración municipal que prohíbe, de manera general e indiferenciada, a los miembros del personal de dicha administración el uso visible, en el lugar de trabajo, de cualquier signo que revele, en particular, convicciones filosóficas o religiosas puede estar justificada por la voluntad de dicha administración de establecer, teniendo en cuenta el contexto que le es propio, un entorno administrativo totalmente neutro, siempre que dicha norma sea adecuada, necesaria y proporcionada, a la luz de ese contexto y habida cuenta de los diferentes derechos e intereses en juego.”²⁰

Por último, respecto de la segunda cuestión prejudicial, el TJUE consideró que el tribunal nacional no había cumplido con los requisitos expuestos en el art. 94 del Reglamento de Procedimiento, en cuanto demandan que el órgano jurisdiccional remitente explique los supuestos de hecho en los que se basan las cuestiones y que indique las razones que lo han llevado a preguntarse sobre la interpretación de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión y la relación que existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal. Por ello, declaró la inadmisibilidad de la segunda cuestión prejudicial²¹.

¹⁹ Id., apartado 39.

²⁰ Id., apartado 41.

²¹ Id., apartados 49 y 50.

III. La inserción del fallo en la línea jurisprudencial del TJUE sobre el uso de símbolos religiosos.

Como he mencionado, el TJUE se ha convertido paulatinamente en un foro de gran importancia para la discusión de asuntos que involucran a la libertad religiosa. En este apartado, mostraré que el caso comentado se enmarca en una línea jurisprudencial sobre el uso de vestimentas y demás símbolos religiosos en el empleo, vinculados con la aplicación de la Directiva 2000/78²². Sin embargo, como veremos, éste se trata del primer caso relativo a la prohibición del uso de tales prendas en el empleo estatal, a pesar de lo cual el estándar aplicado fue en gran medida coincidente con el de los pronunciamientos anteriores del TJUE, relativos al empleo privado. Luego de repasar los pronunciamientos anteriores del tribunal, analizaré las continuidades y rupturas de “Commune d’Ans” con dichos precedentes.

El 14 de marzo de 2017, el TJUE resolvió los casos “Achbita”²³ y “Bouagnaoui”²⁴. En el primero de ellos, conocido también como “Secure Solutions”, el tribunal debió emitir una decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Casación de Bélgica, en el litigio entre Achbita y G4S Secure Solutions, relativo a la prohibición impuesta por G4S a sus trabajadores de llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas, y de observar cualquier rito relacionado con dichas convicciones en el lugar de trabajo. Achbita, quien profesaba la religión musulmana y había trabajado más de tres años para la empresa como recepcionista, había sido despedida luego de informar que comenzaría a llevar un pañuelo islámico durante las horas de trabajo. Ante la comunicación de la empleada, G4S había dispuesto una modificación de su reglamento interno incluyendo la prohibición cuestionada, con el objetivo de seguir una política de “neutralidad”²⁵.

²² Si bien en este trabajo se hacen múltiples referencias al contenido de la Directiva 2000/78, una explicación sistemática de sus objetivos y contenido, aplicada específicamente al ámbito de la libertad religiosa, se encuentra en TONELLI (2020: p. 456 y ss.) y en PIN y WITTE (2020: p. 238).

²³ TJUE, Sentencia de 14 de marzo de 2017, Achbita/Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203.

²⁴ TJUE, Sentencia de 14 de marzo de 2017, Bouagnaoui, C-188/15, EU:C:2017:204.

²⁵ TJUE, Sentencia de 14 de marzo de 2017, Achbita/Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, apartado 13.

La cuestión prejudicial planteada en “Achbita”, como la interpretó el tribunal, era “que se dilucide si el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que impide de forma general el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo constituye una discriminación directa prohibida por esta Directiva.”²⁶

El TJUE descartó que se tratase de un supuesto de discriminación directa, ya que dicha regulación “trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, ya que les impone, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos.”²⁷ En otras palabras, no se trata de una discriminación directa porque Achbita no fue tratada de forma diferente a como lo hubiese sido cualquier otro trabajador que quisiera utilizar los mismos símbolos o vestimentas religiosas.

Sin embargo, en el sistema de la Directiva 2000/78, se contempla también una forma de discriminación indirecta, prevista en el artículo 2, apartado 2, letra b), cuando una norma que es aparentemente neutra ocasiona, de hecho, una desventaja particular a un grupo, que en este caso podrían ser personas que profesan una religión determinada que, como el islam, obliga a llevar prendas que se encuentran prohibidas. El TJUE consideró que, frente a la posibilidad de que el tribunal llegue a la conclusión de que la norma aprobada por G4S Secure Solutions establezca una diferencia que pueda constituir una discriminación indirecta, tal regulación podría encontrarse justificada según el inciso i) de la letra b) del citado artículo si persigue una finalidad legítima y si los medios para alcanzar esta finalidad son adecuados y necesarios²⁸.

En este punto, el TJUE brindó una serie de indicaciones al tribunal nacional, que pueden sintetizarse en las siguientes pautas. Primero, advirtió

²⁶ Id., apartado 22.

²⁷ Id., apartado 30.

²⁸ Id., apartados 34 y 35.

que “el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes”²⁹ será una finalidad legítima al menos cuando la reglamentación alcance sólo a los trabajadores que están en contacto con los clientes. Segundo, el carácter adecuado de la reglamentación para alcanzar esa finalidad depende de que su aplicación sea “congruente y sistemática”³⁰. Finalmente, respecto del carácter necesario de la reglamentación, el TJUE advirtió que debía comprobarse si G4S tenía la posibilidad de ofrecer a la empleada un puesto que no conllevara contacto con los clientes. Ello con la advertencia de que debía tenerse en consideración “las limitaciones propias de la empresa” y que ello no debía representar “una carga adicional para ésta”³¹.

El otro caso resuelto en la misma fecha, “Bouagnaoui”, se trató de un pedido de decisión prejudicial planteado por el Tribunal de Casación de Francia en el marco del litigio entre Bouagnaoui y Micropole SA. En este caso, Bouagnaoui era empleada de Micropole SA y prestaba servicios en locales de clientes de dicha empresa. Uno de esos clientes se quejó de que la nombrada llevara un velo mientras cumplía con su trabajo, y pidió a la empresa que no se repitiera esa situación. Consecuentemente, se le requirió a Bouagnaoui que aceptara no utilizar el velo en función de que la empresa quería respetar una política de “neutralidad”³², y ante la negativa de la empleada a dejar de utilizar el velo, fue despedida.

La cuestión del caso, según la enunció el TJUE, es “que se dilucide si el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de la citada disposición.”³³

²⁹ Id., apartado 38.

³⁰ Id., apartado 40.

³¹ Id., apartado 43.

³² TJUE, Sentencia de 14 de marzo de 2017, Bouagnaoui, C-188/15, EU:C:2017:204, apartado 14.

³³ Id., apartado 25.

Aquí, en primer término, el tribunal indicó que el caso podría constituir un supuesto de discriminación indirecta en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita que una norma en apariencia neutra ocasiona una desventaja particular a personas que profesan una religión determinada. En ese caso, correspondería aplicar los mismos criterios presentados en la decisión tratada anteriormente. Es decir que la decisión de la empresa de llevar adelante una política de neutralidad, a partir de una prohibición general aplicada de manera congruente y sistemática y que sea necesaria, podría constituir una diferencia de trato no discriminatoria en los términos de la Directiva³⁴. En este punto, el estándar no difiere del aplicado en el caso “Achbita”.

En cambio, el TJUE afirmó que, si el despido no se basó en la existencia de una norma interna, corresponde examinar el caso de acuerdo con lo planteado en el pedido de decisión prejudicial, y por lo tanto, preguntarse “si la voluntad de un empresario de tener en cuenta el deseo de un cliente de que los servicios no sigan siendo prestados por una trabajadora que, al igual que la Sra. Bougnaoui, ha sido enviada por ese empresario al centro de trabajo del cliente y lleva un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78.”³⁵ En este punto, el tribunal explicó que el concepto de “requisito profesional esencial y determinante” es “un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo”³⁶. Por ende, una consideración subjetiva como lo sería tener en cuenta las preferencias de un cliente de no ser atendido por una persona que use un velo, no puede constituir tal requisito.

El siguiente caso relevante para este estudio es “WABE”³⁷, resuelto el 15 de julio de 2021, en el que el TJUE precisó y profundizó algunos de los

³⁴ Id., apartado 32.

³⁵ Id., apartado 34.

³⁶ Id., apartado 40.

³⁷ TJUE, Sentencia de 15 de julio de 2021, WABE, C-804/18, EU:C:2021:594.

estándares establecidos en los casos anteriores. En el caso, en lo relevante para este trabajo, IX, empleada de una red alemana de guarderías que se declara “apolítica y aconfesional” y que suscribe una política de estricta “neutralidad”, fue amonestada por presentarse en su lugar de empleo llevando un pañuelo islámico y negarse a quitárselo³⁸.

La primera cuestión presentada era “si los artículos 1 y 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones de los trabajadores que siguen determinadas reglas vestimentarias con arreglo a preceptos religiosos.”³⁹ En este punto, el TJUE aclaró que el hecho de que una norma general produzca un impacto diferencial más perjudicial para algunas personas en función de sus creencias religiosas no influye en la determinación de si se trata de un caso de discriminación directa⁴⁰.

La segunda cuestión, según la explicó el tribunal, era “si el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o el sexo, dimanante de una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios con el fin de tener en cuenta las expectativas legítimas de estos.”⁴¹ Al respecto, el tribunal partió de la premisa de que la norma en cuestión constituía una diferencia de trato basada indirectamente en la religión en virtud de que, conforme a las apreciaciones del órgano jurisdiccional nacional, aquella afectaba casi exclusivamente a mujeres musulmanas⁴².

³⁸ Id., apartado 28.

³⁹ Id., apartado 43.

⁴⁰ Id., apartado 53.

⁴¹ Id., apartado 56.

⁴² Id., apartado 59.

Aquí, citando una vez más el precedente “Achbita”, el TJUE afirmó que constituye una finalidad legítima la voluntad de un empresario de seguir un régimen de neutralidad en las relaciones con los clientes. Pero agregó que “la mera voluntad de un empresario de llevar adelante un régimen de neutralidad, aunque constituya, en sí, una finalidad legítima, no es suficiente, por sí sola, para justificar objetivamente una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, ya que el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse ante una necesidad real de ese empresario, necesidad que incumbe a este demostrar.”⁴³

Respecto de la necesidad del empresario, el tribunal afirmó que pueden tenerse en cuenta los derechos y expectativas legítimas de los clientes o usuarios (tales como el derecho de los padres de garantizar la educación de sus hijos conforme a sus propias creencias religiosas), como así también la naturaleza y el contexto en que se inscriben las actividades del empresario⁴⁴. Finalmente, además de ese requisito de justificación objetiva, debe verificarse el mismo estándar propuesto en “Achbita”, en cuanto a la congruencia y sistematicidad de la aplicación de la regulación, y la necesidad de la medida.

Finalmente, el 13 de octubre de 2022 el TJUE resolvió el caso “S.C.R.L.”⁴⁵, sobre una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de lo Laboral Francófono de Bruselas, Bélgica, en el litigio en que la demandante, de religión musulmana, impugnó la falta de celebración de un contrato de prácticas que estaría basada en sus creencias religiosas, ya que S.C.R.L. no le permitía realizar las prácticas porque “en sus instalaciones no se permitía ninguna prenda que cubriera la cabeza, fueran gorras, gorros o pañuelos.”⁴⁶

Según la interpretó el TJUE, la cuestión prejudicial relevante para este estudio era “si el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que una disposición de un reglamento laboral

⁴³ Id., apartado 64.

⁴⁴ Id., apartados 65-67.

⁴⁵ TJUE, Sentencia de 13 de octubre de 2022, S.C.R.L., C-344/20, EU:C:2022:328.

⁴⁶ Id., apartado 18.

de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, del tipo que sean, constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa por motivos de religión o convicciones, en el sentido de dicha Directiva.”⁴⁷

Siguiendo el estándar expuesto en los casos anteriormente reseñados, el TJUE descartó que dicha prohibición, aplicada de manera general e indiferenciada, pueda constituir un supuesto de discriminación directa. Destacó que “de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que no se alega que S.C.R.L. no haya aplicado el reglamento laboral controvertido en el litigio principal de manera general e indiferenciada o que la demandante en el litigio principal haya sido tratada de manera diferente a cualquier otro trabajador que haya manifestado su religión o sus convicciones religiosas o filosóficas mediante el uso visible de signos, de prendas de vestir o de cualquier otro modo.”⁴⁸

En cuanto a la posibilidad de que la norma controvertida pudiera constituir un supuesto de discriminación indirecta, el TJUE recordó el estándar sentado en “Achbita”, y reiteró que “puede considerarse legítima la voluntad de un empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica o religiosa en las relaciones con los clientes.”⁴⁹ Agregó aquí el requisito de que se trate de una “justificación objetiva” que, como lo había explicado en “WABE”, implicaba que se base en una necesidad real del empresario y no en una mera preferencia subjetiva. El tribunal explicó que “esta interpretación se inspira en el deseo de fomentar por principio la tolerancia, el respeto y la aceptación de un mayor grado de diversidad y de evitar que el establecimiento de una política de neutralidad en el seno de la empresa se use indebidamente

⁴⁷ Id., apartado 30.

⁴⁸ Id., apartado 36.

⁴⁹ Id., apartado 39.

en perjuicio de trabajadores que observen preceptos religiosos que les exigen vestirse de un determinado modo.”⁵⁰

Este repaso de las decisiones del TJUE nos revela que, en el marco de una línea jurisprudencial que ha protegido muy poco a la libertad religiosa de los ciudadanos, el nuevo fallo sólo empeora la situación. Así, mientras que en los casos anteriores el TJUE privilegió las políticas de los empresarios orientadas a mantener conformes a sus clientes, incluso aunque ellas favorecieran la contratación de personal que no tuviera ciertas creencias religiosas, en el empleo público todo lo que debe hacer el Estado es invocar una política general de neutralidad para justificar la prohibición de utilizar símbolos religiosos. El tribunal se rehusó a ejercer un control relativo a la necesidad de implementar esa prohibición para alcanzar una verdadera neutralidad, e incluso, como desarrollaré a continuación, dejó de lado límites que sí había aplicado para el empleo privado.

En efecto, el caso comentado ilustra cómo los estándares reseñados se adaptan a las particularidades del empleo público. En primer término, no hay diferencias en cuanto a la determinación de qué constituye una discriminación directa, pues para ello debe comprobarse que la demandante haya sido objeto de un trato diferente respecto de otros trabajadores. Una norma aparentemente neutral, en consecuencia, resistirá un cuestionamiento de discriminación directa en los términos de la Directiva 2000/78.

Como lo ha expuesto DAVIES (2023), esta forma de encarar los casos de prohibiciones a los símbolos religiosos es cuestionable, en tanto también podría entenderse que las normas que establecen prohibiciones generales sí causan una discriminación directa. Ello así pues, para la autora citada, debería entenderse que hay discriminación directa cuando es la hostilidad hacia un determinado grupo lo que motivó la aprobación de la norma en primer lugar. Así, toda vez que la mayor parte de las prohibiciones recientemente implementadas contra la exhibición de símbolos religiosos obedece a sentimientos de islamofobia, debería tratárselos como supuestos de

⁵⁰ Id., apartado 41.

discriminación directa. La diferencia es esencial, puesto que, si se acepta la conclusión de que estas políticas son directamente discriminatorias, la Directiva 2000/78 las prohibiría sin necesidad de efectuar el análisis de su justificación, que sí es necesario ante diferencias de trato que puedan constituir una discriminación indirecta.

Las diferencias se presentan en el ámbito de la discriminación indirecta pues, si bien los conceptos empleados por el TJUE son los mismos que para los casos del empleo privado, los ciudadanos parecen tener una menor protección cuando los embates contra la libertad religiosa provienen del propio Estado. En primer lugar, aunque se mantiene el requisito de la justificación objetiva de la regulación con base en una finalidad legítima, no se ha aplicado el mismo estándar de “WABE”, puesto que el Estado no necesita demostrar una necesidad objetiva para perseguir la neutralidad, sino que basta con una mera preferencia. El TJUE reconoce en este punto un margen de apreciación al Estado y a sus divisiones internas, pues, según afirma, ello les permite tener en cuenta su propio contexto frente a la ausencia de un consenso sobre la cuestión. De este modo, los Estados tienen la posibilidad de establecer diferencias de trato con base en las creencias religiosas de sus ciudadanos, únicamente invocando su decisión soberana de garantizar un entorno administrativo sin manifestaciones visibles de convicciones.

Para comprender las diferencias entre el test aplicado por el tribunal en “Commune d’Ans” y el que había diseñado en los casos anteriores, es útil remitirse a las conclusiones del Abogado General Collins⁵¹. Allí, respecto del requisito de la existencia de una justificación objetiva, observó que “la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, desarrollada en relación con el sector privado, según la cual el carácter objetivo de tal justificación solo puede determinarse si existe una necesidad real de ese empresario, necesidad que incumbe a este último demostrar, me parece también totalmente pertinente en el presente caso.”⁵²

⁵¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Anthony M. Collins presentadas el 4 de mayo de 2023, Commune d’Ans, C-148/22.

⁵² Id., apartado 65.

Al respecto, observó que en Bélgica coexisten diversas concepciones del principio de neutralidad del Estado, entre las que mencionó la “neutralidad inclusiva”, la “neutralidad excluyente” y las concepciones intermedias. De acuerdo con su descripción, en la neutralidad inclusiva “lo importante es la neutralidad de los actos realizados por el empleado, y no la de su apariencia, de manera que no puede prohibírsele que lleve signos de convicciones, especialmente filosóficas o religiosas”, mientras que la concepción excluyente implica que “debe prohibirse a todo empleado público exhibir tales signos en el trabajo, con independencia de la naturaleza de sus funciones y del contexto en que se ejerzan.” Según las concepciones intermedias, por ejemplo, es posible “reservar tal prohibición a los empleados que están en contacto directo con el público o a los que ejercen funciones de autoridad, en contraposición a las meras funciones de ejecución.”⁵³

El Abogado General, a diferencia del TJUE, no dio por sentado que la decisión del ayuntamiento por una política de “neutralidad exclusiva” se encontrara objetivamente justificada, sino que entendió que correspondería al órgano jurisdiccional remitente determinar si el ayuntamiento había demostrado “de forma suficiente en Derecho que su decisión de adoptar una concepción excluyente del principio de neutralidad responde a una necesidad auténtica.”⁵⁴ Ello, desde el punto de vista jurídico, punto en el que notó que “ninguna de las partes en el procedimiento ha mencionado una normativa nacional que obligue al Ayuntamiento a adoptar una concepción excluyente de la neutralidad y, por tanto, a imponer a sus empleados una prohibición absoluta del uso de signos de convicciones, en particular filosóficas o religiosas en el ejercicio de sus funciones.”⁵⁵ Pero también desde el punto de vista fáctico, punto respecto del que señaló que otros ayuntamientos autorizan sin reservas el uso de signos de convicciones, y que debería verificarse si tal situación no es trasladable a Ans “debido, por ejemplo, a la posible existencia en su término de fuertes tensiones comunitarias o de graves problemas

⁵³ Id., apartado 66.

⁵⁴ Id., apartado 68.

⁵⁵ Id., apartado 70.

sociales o, dentro de su propia Administración, de actos de proselitismo o de un riesgo concreto de conflictos con los empleados relacionados con tales convicciones.”⁵⁶

El Abogado General aclaró también que la carga de la prueba en lo relativo al carácter objetivo de la justificación recae en el Estado, con lo que lo equipara a lo resuelto en casos anteriores respecto del empleo privado.

También queda claro en las conclusiones del Abogado General que, incluso de admitirse a la política de neutralidad como una finalidad legítima objetivamente justificada, debía verificarse el carácter adecuado y necesario de los medios para la consecución de tal finalidad. En este punto, como expuse en la reseña del caso, el TJUE no efectuó ninguna consideración relativa a la posibilidad de mantener la neutralidad estatal, por ejemplo, limitando la prohibición de llevar símbolos religiosos a quienes estuvieran en contacto con los usuarios del servicio público. El Abogado General, en cambio, afirmó que era necesario verificar si la extensión de la prohibición era necesaria, especialmente en virtud de la existencia de regímenes más permisivos en otros municipios belgas⁵⁷.

En relación con ello, en el fallo del TJUE se observa el abandono del estándar establecido en “Achbita” según el cual debía verificarse si el empleador podía adecuar la prestación de tareas de la demandante para evitar que tuviera contacto con el público y que, de ese modo, pudiera continuar prestando funciones utilizando su vestimenta religiosa. Como hemos visto, en los casos anteriores a “Commune d’Ans”, el tribunal consideraba que la prohibición de utilizar símbolos religiosos sólo era necesaria para mantener la política de neutralidad de la empresa si el trabajador tenía contacto con los clientes.

En el caso del empleo público, la situación cambia, porque la política estatal invocada por el ayuntamiento incluye cualquier manifestación de creencias religiosas, es decir, también aquellas que no son perceptibles para terceros, sino sólo para otros empleados públicos. En consecuencia, el TJUE

⁵⁶ Id., apartado 73.

⁵⁷ Id., apartado 76.

no indicó al tribunal remitente que debía analizar si el Estado había contemplado la posibilidad de adecuar las funciones de la demandante. Al fallar así, el tribunal virtualmente eliminó el requisito de la necesidad, incurriendo, a mi entender, en una petición de principio: el mayor alcance de la prohibición es necesario para alcanzar la neutralidad porque el ayuntamiento considera que la neutralidad debe alcanzar a todos los empleados.

En el próximo apartado, pondré en duda el carácter neutral de la política aplicada por el ayuntamiento de Ans. Para ello, demostraré que una política auténticamente neutral debe tener en cuenta la situación de desventaja en la que una prohibición general de llevar símbolos religiosos en el empleo coloca a los grupos religiosos que tienen una obligación de utilizar una determinada vestimenta.

IV. ¿Es realmente neutral la prohibición de uso de símbolos religiosos?

El caso “Commune d’Ans” debe ser visto como una derrota de la libertad religiosa en Europa, ya que la política de “neutralidad exclusiva” que se consideró no discriminatoria en los términos de la Directiva 2000/78, tiene el efecto de excluir a un grupo religioso minoritario del empleo público. Como hemos visto, la libertad reconocida en este fallo a los empleadores estatales es aún mayor que la que los casos anteriores otorgaron a los empleadores privados, puesto que la decisión de adoptar una política de neutralidad ni siquiera debe limitarse a los empleados públicos que tengan contacto con los clientes, sino que puede abarcar a todos los puestos de trabajo estatales y, consecuentemente, el efecto excluyente de esta medida puede ser mucho mayor. El hecho de que el TJUE no reconozca a esta práctica estatal como una forma de discriminación revela, una vez más, el lugar que ocupa en su agenda la protección de la libertad religiosa.

El que una prohibición general que se aplica indistintamente a toda la población pueda ser, aun así, discriminatoria es fácilmente comprensible. Un buen ejemplo de ello sería la prohibición de la circuncisión, que, aunque

tuviera un alcance general, se trataría de una norma que no afectaría a casi nadie, salvo por los grupos religiosos que la practican y que se verían desfavorecidos (BRUSAU, 2023: p. 31). Del mismo modo, la prohibición de utilizar símbolos o vestimentas religiosas únicamente afecta a aquellos que profesan una religión que incluye mandatos de llevar consigo ciertos símbolos o de usar ciertas prendas. Los ciudadanos que no profesan ninguna religión, o que en cambio sostienen creencias que no incluyen el uso de tales símbolos, no se ven afectados por esta clase de prohibiciones. En consecuencia, esta política no debe ser considerada verdaderamente “neutral”.

Con razón el concepto de neutralidad adoptado por el TJUE ha sido calificado de “laicista” (BELL, 2017: p. 793). El laicismo, como explica el profesor Santiago, “parte de una consideración negativa del fenómeno religioso y sólo admite ‘tolerarlo’ con resignación en el ámbito de la vida privada de los ciudadanos” (SANTIAGO, 2008: p. 96). Pero la religiosidad no puede limitarse a la esfera interna o a la vida privada de las personas pues, para muchas personas religiosas, sus creencias inspiran la totalidad de sus decisiones y comportamientos. Por ello, bajo el ropaje de neutralidad, las medidas que prohíben los símbolos religiosos en el lugar de trabajo establecen una diferenciación entre dos grupos, favoreciendo a aquellos que son indiferentes respecto del uso de símbolos religiosos por sobre los que no lo son. A estos últimos, se los puede privar del acceso a determinados espacios generalmente abiertos a personas con distintas creencias y costumbres, como lo es el empleo público.

La concepción de la religión así expresada es absolutamente negativa, puesto que se presenta como una creencia irracional y negativa para el ámbito laboral. Así, primero, las personas que aducen haber sido discriminadas son aquellas que no aceptaron sacarse sus pañuelos o velos, es decir, que no adoptaron una conducta que todos los demás empleados admitieron. Pero esta postura no toma en cuenta que el requisito de concurrir al trabajo sin utilizar símbolos de las creencias religiosas únicamente impone una carga a los miembros de religiones que incluyen una obligación de ese carácter. Además, en segundo lugar, esta prohibición parece partir de la base de que

la confluencia en el lugar de trabajo de personas con distintas creencias religiosas acarreará conflictos personales o de otra índole, sin ninguna prueba de que ello ocurra. De hecho, tal confluencia se da en la sociedad en general y en diversos ámbitos de manera cotidiana, sin que la diversidad obstaculice el desarrollo de la vida en normalidad.

Para preguntarnos cómo funcionaría una política verdaderamente neutral frente a la utilización de símbolos religiosos, resulta útil la distinción establecida por LAYCOCK (1990: pp. 999-1002) entre la “neutralidad formal” y la “neutralidad sustantiva”. De acuerdo con este autor, la neutralidad formal en materia religiosa se alcanza cuando no se establecen clasificaciones sobre la base de la religión. En cambio, la neutralidad sustantiva significa que el Estado debería minimizar su interferencia con las creencias y prácticas religiosas de los ciudadanos, ya sea que esa interferencia sea para incentivarla o desincentivarla. Desde la perspectiva de la neutralidad sustantiva, la religión debe ser privada en el sentido de que debe ser dejada a la elección de cada persona, con la menor interferencia posible de terceros. “La religión puede florecer o marchitarse; puede cambiar o permanecer igual. Lo que le ocurra a la religión depende de las personas que actúan individual y voluntariamente; no depende de las personas que actúan colectivamente a través del Estado.” (LAYCOCK, 1990: p. 1002).

El concepto de neutralidad en materia religiosa reconocido por el TJUE se corresponde con la noción de neutralidad formal, en tanto proscribire las diferencias de trato en función de las creencias religiosas de los ciudadanos. Por ello, la prohibición general de llevar símbolos religiosos se entiende neutral a pesar de que ella sólo afecte a grupos minoritarios de la población y de que los excluya del empleo público. Pero esa política no es compatible con la neutralidad sustantiva, porque su aplicación desincentiva explícitamente la observancia de preceptos religiosos por parte de quienes reconocen una obligación de utilizar esos símbolos como parte de su religión.

Aun así, el concepto de neutralidad sustantiva deja un margen de decisión legítimo para el Estado. Como el Estado no debe incentivar ni desincentivar la adhesión a una religión o a convicciones determinadas, las

políticas que procuren prevenir el proselitismo favorable a una religión desde el Estado están justificadas. Así, por ejemplo, un Estado podría prohibir el uso de símbolos que convoquen a adherir a una religión o a creencias determinadas por parte de los empleados públicos en su lugar de trabajo, especialmente en los casos de empleados que tengan contacto con el público. En este punto, la referencia efectuada por el Abogado General Collins respecto de que debería considerarse si existían casos de proselitismo en el ayuntamiento de Ans luce especialmente atinada. En ese caso, podría justificarse un mayor alcance de la prohibición para que el uso de símbolos religiosos no se confundiera con una aprobación del proselitismo, aunque probablemente ello sólo estaría justificado por un breve lapso. Es que una vez que la desaprobación por parte del Estado de tales actitudes se torna pública, la prohibición del uso de cualquier símbolo religioso ya no estaría más justificada, pues ese uso sería claramente atribuible al individuo, y no al Estado.

Pero en el caso “Commune d’Ans”, la prohibición no cumplía esa función. En primer lugar, porque el uso de un pañuelo para cubrir el cabello no es una forma de proselitismo religioso. No se trata de una propaganda para difundir el islam, sino del cumplimiento de un deber religioso personal por parte de la empleada que busca vivir su vida de conformidad con sus creencias⁵⁸. En segundo lugar, porque el mero hecho de que un empleado público lleve un símbolo religioso no puede seriamente ser entendido como un apoyo del Estado a ese culto. Es decir que el Estado puede contratar una persona que profese una religión, sin identificarse él mismo con esa religión en particular, ni sostener sus valores o la verdad de sus postulados.

⁵⁸ Para una comparación con otros símbolos religiosos, véase DAVIES (2023). La autora explica que, en otras religiones, en particular, el cristianismo, es común utilizar símbolos religiosos como actos comunicativos, por ejemplo, joyería en forma de cruz, destinada a ser vista por terceros. En esos casos, sería más razonable entender que el uso de un símbolo implica proselitismo religioso que en el caso del uso de un velo, que no procura enviar ningún mensaje a ninguna persona, sino que, por el contrario, de acuerdo con la doctrina más tradicional, se utiliza para ocultar el cabello de la mujer de terceros. En cambio, el uso del velo sería equiparable a la situación de una mujer cristiana que elige vestirse modestamente y no utilizar pantalones cortos ni una pollera, sin importar la temperatura. Claro está que cada persona puede atribuirle al uso de símbolos religiosos un significado diferente.

Podría afirmarse también que la justificación de la prohibición general de utilizar símbolos religiosos está dada porque lo que se persigue no es la neutralidad en el trato a los empleados públicos, sino respecto de los clientes y usuarios de los servicios públicos. Este argumento debe ser descartado ya en virtud de la diferenciación entre las creencias de los empleados públicos y el ideario del Estado. Pero, además, esa idea no se corresponde con lo que se observa en los casos reseñados en este trabajo. Las reglamentaciones, tanto las de los empresarios privados como la del Estado, han sido aplicadas prioritariamente contra personas que profesaban el islam en países en los que dicha religión es muy minoritaria. De modo tal que los usuarios de servicios públicos no pueden sentirse disminuidos o discriminados por ser atendidos por una persona cuya vestimenta obedece a mandatos de la religión islámica. Además, el trato dispensado por un empleado público puede o no ser neutral, independientemente de la utilización de los símbolos religiosos. En todo caso, si realmente las creencias religiosas del funcionario implican un sesgo en su función, lo único que produce el uso de un símbolo religioso es exponer esa situación, lo que contribuye a lograr una mayor transparencia. Por ende, si lo que se intenta es evitar un trato desigual a los usuarios del servicio público, ello debe lograrse a través de un control sobre los actos funcionales de los empleados. Estas razones hablan a favor de la adopción de una política de “neutralidad inclusiva”, como la definieron otros municipios belgas según surge de las conclusiones del Abogado General en “Commune d’Ans”.

De lo expuesto surge que una prohibición general de llevar símbolos religiosos en público no es una medida neutral, sino que afecta especialmente a grupos determinados. En el ámbito del empleo público, medidas de este estilo excluyen a grupos religiosos de la posibilidad de acceder a esos espacios. Si se elige mantener esa prohibición, una solución verdaderamente neutral sería reconocer exenciones para los casos en que la utilización de esos símbolos constituye una obligación según las creencias religiosas

sinceras del ciudadano⁵⁹. Es que al permitir que estas personas utilicen sus símbolos religiosos, desaparecería el desincentivo a la práctica religiosa, mientras que, en cambio, no se generaría un incentivo a convertirse a esa religión, puesto que probablemente nadie estaría dispuesto a adoptar nuevas creencias para tener el derecho de cubrir su cabello en el horario laboral. Tampoco se produciría un costo al Estado ni a terceros, a quienes, cuanto mucho, se les exigiría tolerar el comportamiento de un grupo minoritario que no resulta de su agrado. En tanto, para quienes observan sus deberes religiosos con sinceridad, la exención les posibilitaría acceder en igualdad de condiciones al empleo público, sin abandonar su identidad religiosa.

No obstante, creo que el acogimiento de la doctrina del margen de apreciación nacional por parte del TJUE en términos generales es un acierto, ya que constituye un reconocimiento de la diversidad existente en Europa y evita la imposición de puntos de vista propios o parciales por parte de los jueces (SANTIAGO, 2020: pp. 140-141). A fin de cuentas, las instituciones más cercanas a los ciudadanos suelen ser las que se encuentran en el mejor lugar para identificar los acuerdos básicos en puntos especialmente debatidos, como suele ser la libertad religiosa, aspecto respecto del que, como se sabe, existen en Europa profundos desacuerdos.

¿Por qué, entonces, sostengo que debemos interpretar este fallo como una derrota para la libertad religiosa? En primer lugar, porque la doctrina del margen de apreciación nacional parece haber sido utilizada incorrectamente en este caso. En efecto, incluso dentro de aspectos ampliamente controvertidos, pueden encontrarse puntos de consenso. En tal sentido, se ha observado que en Europa existe un consenso que permite la utilización del

⁵⁹ Así lo advierten PIN y WITTE (2020: p. 226). Un debate diferente es el de si estas exenciones deberían ser reconocidas por el legislador al diseñar la norma general o si los tribunales debieran poder reconocer estas excepciones frente a determinados requisitos. En este comentario, sólo quiero señalar que un sistema de exenciones sería una solución más compatible con la proclamada "neutralidad". Por la índole de este trabajo, he dejado de lado cuestiones centrales que deberían discutirse al aplicar un sistema de exenciones religiosas, por ejemplo, cómo determinar la sinceridad de quien solicita la exención, o cuál es el grado de daño a terceros que podría desaconsejar el reconocimiento de una exención en un caso determinado. De todos modos, muchos de esos problemas no están en juego en el caso del uso de símbolos religiosos, puesto que prácticamente no hay incentivos no religiosos para realizar la conducta en cuestión que pudieran poner en duda la sinceridad de los peticionantes, ni las exenciones producirían daños relevantes a terceros.

velo en el trabajo, especialmente en roles que, como el que ocupaba la peticionante en este caso, no involucran atender al público (VICKERS, 2023). En segundo lugar, porque la adopción de esta doctrina en el caso de una norma que claramente procuraba excluir a un grupo religioso minoritario del acceso al empleo público elimina la protección reconocida en la Directiva 2000/78, que, más allá de su acierto o error, se orienta a prevenir la discriminación en el trabajo. Si este caso no está dentro del “núcleo esencial” de tal protección (SANTIAGO, 2020: p. 140), entonces ella es una mera declaración sin contenido. Otra lectura posible, pero incluso más peligrosa, es pensar que para el TJUE la libertad religiosa no es más que “una reliquia del pasado” (PIN y WITTE, 2021), por lo que su protección no resulta prioritaria.

V. Reflexiones finales

En una nota sobre los fallos anteriores del TJUE relativos al uso de símbolos religiosos en el empleo privado, el profesor italiano PIN (2021) afirmó que “el panorama actual es triste tanto para los religiosos practicantes como para la UE en su conjunto. La UE lleva años tratando de reinventarse, dedicándose cada vez más a la narrativa de los derechos fundamentales. Pero la preocupación por la libertad religiosa parece sentarse en la última fila, dejando la primera línea a los derechos económicos que han sido la columna vertebral de la integración europea desde la década de 1950.” Creo haber demostrado aquí que el fallo “Commune d’Ans” ha empeorado esta situación, no ya en el nombre de las libertades económicas de los empresarios, sino en el mero interés de una supuesta neutralidad invocada desde el Estado.

Así, en el primer caso en que debió analizar la prohibición de la utilización de símbolos religiosos en el empleo público, el TJUE ha flexibilizado las ya modestas protecciones establecidas contra la discriminación por motivos religiosos en su aplicación de la Directiva 2000/78. De este modo, autorizó una política que, en los hechos, excluye del empleo público en el ayuntamiento de Ans a las mujeres musulmanas que quieran cumplir con su obligación sinceramente asumida de cubrir su cabello en público. Siguiendo

las pautas establecidas por el TJUE, la directiva europea contra la discriminación en el empleo no ampara a este grupo religioso minoritario contra una norma que está directamente dirigida a impedir su desempeño en puestos públicos a menos que acepten dejar de lado sus convicciones religiosas.

He mostrado también que esta política pública, llamada de “neutralidad exclusiva”, no resulta auténticamente neutral, sino que tiene un sesgo laicista, que comunica una visión negativa del fenómeno religioso, y que privilegia formas de conciencia diferentes a la religión. Así, al implementar una prohibición de utilizar símbolos religiosos, el Estado crea incentivos para que las personas religiosas dejen de lado su fe o, al menos, desobedezcan un precepto religioso que han asumido, para obtener un beneficio que está generalmente disponible. En cambio, he explicado que permitir la utilización de símbolos religiosos no produciría un incentivo para convertirse a una religión determinada, por lo que resultaría una política auténticamente neutral.

Para concluir, con independencia del estándar aplicado por el TJUE, creo que debemos lamentar que se consolide en algunos países europeos la práctica de excluir a una minoría religiosa del empleo público sobre la base de sus creencias. Nada cambia que ello se realice a través de normas aparentemente neutrales. Es cierto, la prohibición de utilizar símbolos que expresen creencias es de aplicación general, pero su efecto sólo parece haber impactado sobre las mujeres musulmanas.

VI. Bibliografía

BELL, M. (2017) *Leaving Religion at the Door: The European Court of Justice and Religious Symbols in the Workplace*. *Human Rights Law Review*, 17(4), 784-796.

BRUSAU, J. (2023) *Circuncisión Infantil: ¿Criminalización o Regulación de la Práctica Religiosa?*. *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, 9(2), 1-39.

DAVIES, G. (2023) *OP v Commune d'Ans: The 'Entirely Neutral' Exclusion of Muslim Women From State Employment*. European Law Blog. Accesible en: <https://europeanlawblog.eu/2023/12/14/op-v-commune-dans-the-entirely-neutral-exclusion-of-muslim-women-from-state-employment/>

LAYCOCK, D. (1990) *Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality toward Religion*. DePaul Law Review, 39(4), 993-1018.

MCCONNELL, M. W., BERG, T. C. Y LUND, C. C. (2022) *Religion and the Constitution* (5a ed.). Maryland: Aspen Publishing.

PIN, A. (2021) *The EU Needs an RFRA: The Leftovers of Religious Freedom in the Case Law of the Court of Justice*. Canopy Forum. Accesible en: <https://canopyforum.org/2021/08/03/the-eu-needs-an-rfra-the-leftovers-of-religious-freedom-in-the-case-law-of-the-court-of-justice/>

PIN, A. y WITTE, J. JR. (2020). *Meet the New Boss of Religious Freedom: The New Cases of the Court of Justice of the European Union*. Texas International Law Journal, 55(2), 223-268.

PIN, A. y WITTE, J. JR. (2021). *Slaughtering Religious Freedom at the Court of Justice of the European Union*. Canopy Forum. Accesible en: <https://canopyforum.org/2021/02/16/slaughtering-religious-freedom-at-the-court-of-justice-of-the-european-union/>

Religious Liberty: *CJEU's Secular Bias* (2023). European Centre for Law & Justice. Accesible en <https://eclj.org/religious-freedom/eu/worrying-signs-reflections-on-the-cjeus-secular-bias-in-religious-liberty-jurisprudence>

RICHARDSON, J. (2023). *Comparing the Two Major Courts Systems in Europe on the Matter of Religious Dress*. Canopy Forum. Accesible en: <https://canopyforum.org/2023/01/24/comparing-the-two-major-courts-systems-in-europe-on-the-matter-of-religious-dress/>

SANTIAGO, A. (2008). *Religión y política* (1ª ed.). Buenos Aires: Ad Hoc.

SANTIAGO, A. (2020). *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación* (1ª ed.). Buenos Aires: Astrea.

TONELLI, S. (2020). *El Principio de No Discriminación y el Derecho a la Libertad Religiosa a la luz de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Integración Regional y Derechos Humanos, Año VIII(2), 449-475.

VICKERS, L. (2023). *Religious Discrimination, Headscarves and 'Exclusive Neutrality': Backsliding by the CJEU*. Oxford Human Rights Hub. Accesible en: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/religious-discrimination-headscarves-and-exclusive-neutrality-backsliding-by-the-cjeu/>

EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA: ¿EL PRECIO A PAGAR POR UNA EUROPA SEGURA EN LA ERA TECNOLÓGICA?

Andrea Garrido Raya¹

Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2023

Fecha de aceptación: 22 de diciembre de 2023

Resumen

A raíz del avance frenético de la revolución tecnológica los Estados disponen de una cantidad ingente de recursos “securitarios” tan eficaces y sofisticados como intrusivos y lesivos de derechos fundamentales. Entre ellos destacan los sistemas de reconocimiento facial y su aplicación para prevenir ilícitos y perseguir delitos a costa de la afectación, en particular, de los derechos vinculados a la privacidad, intimidad y protección de datos. Sobre esta temática versa la jurisprudencia más reciente del TEDH. Cuestiones de relevancia actual notable, como la implicación del proceso de la globalización digital en la teoría de los derechos fundamentales, el clásico debate seguridad/privacidad, o el conflicto Estado liberal (democrático) vs. Estado policial (autoritario), se están planteando ante los jueces de Estrasburgo. Pese a su enorme potencial, sus sentencias aportan más bien poco, pues aquellos tienden a dejar demasiadas preguntas en el aire.

Palabras clave: Reconocimiento facial - Derecho al respeto a la vida privada – Seguridad - Datos biométricos - Vigilancia masiva.

Title: THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE: THE PRICE TO BE PAID FOR A SECURE EUROPE IN THE TECHNOLOGICAL ERA?

Abstract

¹Investigadora predoctoral FPU en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, España. Doctoranda en el Programa de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Granada, España. Graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Granada, España.

Technology is advancing at such an unstoppable rate that States are being provided with an enormous amount of security resources that are as effective and sophisticated as intrusive and harmful to fundamental rights. In this sense, the use of facial recognition technology in order to protect national security and prevent crime at the expense of rights related to privacy, intimacy and personal data is quite remarkable. The most recent ECtHR's jurisprudence concerns this matter. A great deal of relevant issues such as the implication of the process of digital globalisation in the theory of fundamental rights, or the classic security vs. privacy and liberal State vs. authoritarian State debates are currently being raised before the judges of Strasbourg. Their judgements, however, are to no avail due to the fact that the Court tends to leave too many questions unanswered.

Keywords: Facial recognition technology – Right to respect for private life – Security – Biometric data – Mass surveillance

I. La tríada seguridad, globalización tecnológica y derechos humanos

El derecho a la intimidad, o, en lenguaje convencional, el derecho al respeto a la vida privada (art. 8 CEDH), es un derecho en demolición (REVENGA SÁNCHEZ, 2016). Lo que antaño se erigía en la piedra angular del Estado liberal no es más que una reliquia del pasado.

Como resalta REVENGA SÁNCHEZ (*Ibidem*: p.82), es evidente que nuestro estilo de vida actual no se caracteriza por tomar demasiado en serio el valor de lo privado o lo íntimo. El ciudadano que en el s. XIX daba su vida por disfrutar de su intimidad e individualidad al margen de cualquier injerencia externa, pública o privada, hoy exhibe en Internet sus quehaceres cotidianos y sus datos personales siendo plenamente consciente (o no) de que con ello genera un rastro de trazabilidad susceptible de ser almacenado, utilizado y comercializado por una cantidad ingente de organismos públicos y privados. Los primeros, además, parece que han olvidado el fundamento de su poder, mostrándose proclives a devaluar la eficacia de los derechos de los ciudadanos al someter a aquellos, más frecuente que excepcionalmente, a la imperiosa necesidad de preservar la seguridad y el orden público nacional.

No en vano, los sistemas de vigilancia están presentes por doquier. La obsesión “securitaria” que emerge a principios del s. XXI ha conseguido pervertir los cimientos democráticos sobre los que se sustenta el Estado constitucional, hasta el punto de convertirse éste en una especie de Estado policía que evoca al panóptico de BENTHAM o al *Big Brother* de ORWELL en tanto que regímenes totalitarios y de vigilancia perpetua (*Ibidem*: pp. 83-84). Ello se ha visto acrecentado por los avances derivados del proceso de la globalización tecnológica, que han promovido la creación de nuevos y sofisticados sistemas de seguimiento y control cuya ejecución conlleva un riesgo de intrusión en los derechos intrínsecos a la privacidad del individuo (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2008: p. 210).

Claro ejemplo de esto último es la creciente y generalizada implantación de cámaras de videovigilancia y reconocimiento facial en la vía pública, las cuales, al haber sido perfeccionadas mediante Inteligencia artificial, permiten tomar una cara y compararla con otras imágenes previamente almacenadas en diversas bases de datos², con el objetivo de encontrar una correspondencia que permita identificar a la primera de forma inequívoca³. Su instalación en las infraestructuras públicas más concurridas constituye uno de los principales medios de investigación y prevención de ilícitos en países como Estados Unidos, China (RIDAURA MARTÍNEZ, 2023: pp. 269 y 272) o Rusia. Así, por ejemplo, en 2017 se instalaron en Moscú más de tres mil quinientas cámaras de televisión de circuito cerrado (CCTV), de entre las cuales más de tres mil fueron equipadas con tecnología de reconocimiento facial en tiempo real⁴. En 2018, además, se

²Las bases de datos que utiliza el sistema como referencia o estándar de comparación pueden proceder de diversas fuentes; desde archivos policiales antiguos hasta imágenes o grabaciones publicadas en la red.

³Nos encontramos en el terreno de los datos biométricos, que se pueden definir como aquellos datos personales relacionados con las características fisiológicas, conductuales o físicas - imagen facial- de una persona, cuyo tratamiento y análisis posibilita su identificación y autenticación.

⁴La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia artificial (Ley de Inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, distingue entre sistema de identificación biométrica remota “en tiempo real” (art. 3 (37)) y “en diferido” (art. 3 (38)). En el primero la recogida de los datos biométricos, la comparación y la identificación se producen sin una demora significativa, esto es, mínima o incluso instantánea. Mientras que el segundo se corresponde con todo aquel sistema de identificación biométrica remota que no encaje dentro de esa definición;

procedió a la instalación de varias cámaras de vigilancia en el metro de la capital. Esta política de rastreo indiscriminado de la ciudadanía alcanza su punto álgido en 2020; momento en el que ya todas las cámaras de la ciudad (aproximadamente ciento setenta y cinco mil en 2020 y doscientas veinte mil en 2022) se encuentran equipadas con tecnología de reconocimiento facial en tiempo real⁵.

Esta alarmante cuestión nos reconduce a la tensión que rige las dialécticas entre las nociones de seguridad y privacidad/libertad, las cuales, al ser traídas al contexto actual, encuentran su máxima expresión en la colisión que se produce entre los Estados tecnológicos de la vigilancia y las voces de la conciencia democrática (REVENGA SÁNCHEZ, 2023: p. 249). No en vano, el empleo recurrente e indiscriminado de técnicas de reconocimiento facial no solo implica la restricción directa del derecho a la protección de la privacidad, de la propia imagen o de los datos personales, sino que también afecta, aunque sea de forma indirecta, a otros tantos derechos inherentes al individuo y al Estado social y democrático de Derecho; como el derecho a la libertad de expresión, a la de reunión o a la presunción de inocencia (RIDAURA MARTÍNEZ, 2023: p. 270).

II. La restricción legítima de derechos convencionales. Un breve repaso en torno a la doctrina sentada por el Tribunal de Estrasburgo

Esto último lo refleja la novedosa sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en torno al asunto *Glukhin v. Russia*. Con ella la Corte europea tiene la posibilidad, por primera vez, de pronunciarse de forma directa sobre la compatibilidad (o no) del empleo de técnicas de reconocimiento facial con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). O, más concretamente, sobre si la aplicación de este tipo de tecnología sobre el demandante por parte de las autoridades rusas supuso una injerencia que desborda el “escudo de legitimidad” del que disponen los Estados a la hora de restringir derechos convencionales. Se trata, en definitiva, de dilucidar si Rusia

Bruselas, 21.4.2021 COM (2021) 206 final 2021/0106 (COD). Texto accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>

⁵STEDH *Glukhin v. Russia*, 04/07/23, apartado 5.

supera o no el “test de Estrasburgo”, que consiste, tras verificar que el derecho convencional (art. 8.1 CEDH) ha sido efectivamente sometido a algún tipo de restricción, en comprobar si la misma encuentra justificación conforme a los requisitos y condiciones avaladas por la propia Convención (art. 8.2 CEDH). A saber, en este caso: que la injerencia venga previamente recogida y regulada con la suficiente precisión y calidad en la ley nacional, que responda a un objetivo legítimo (como el de garantizar la seguridad y el orden público) y que sea, además, necesaria en una sociedad democrática, es decir, que no vaya más allá de lo que exige o requiere esta última (REVENGA SÁNCHEZ, 2023: p. 251). Tales formalidades son, en buena medida, análogas a las dispuestas por los arts. 9.2, 10.2 y 11.2 CEDH. Así lo corrobora, de hecho, el fallo de la sentencia al condenar a Rusia por violación (también) del art. 10.1 CEDH⁶.

La primera de las exigencias, relativa a la previsión legal de la restricción, consiste en comprobar si la intromisión encuentra fundamento en el derecho interno, incluyéndose aquí tanto el derecho no escrito como la jurisprudencia de los tribunales. Este requisito ha de ser entendido en sentido material y no solo formal, lo que significa que la Corte valora su concurrencia a la luz del estándar identificado como “calidad de la ley”. Es decir, para apreciar que la intromisión está efectivamente prevista en el régimen legal, es necesario que este último recoja la restricción junto con ciertas garantías que disipen las posibilidades de abuso por parte de los poderes públicos. Lo que sucede cuando la ley es accesible y está formulada con la suficiente precisión, pues con ello se garantiza que el ciudadano puede dirigir su conducta en función de las consecuencias predicables de la comisión de un acto ilegal. En ese sentido, el Tribunal suele ser especialmente exigente a la hora de enjuiciar la calidad de la ley que regula los sistemas de vigilancia masivos y/o secretos, o, como se verá a continuación, de obtención y procesamiento de datos sensibles⁷ (PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, 2018: p. 38). Si la Corte no aprecia la previsibilidad legal de la intromisión pública, ésta sentencia su ilegitimidad y la violación del art. 8 CEDH sin entrar a valorar la concurrencia del resto de requisitos. De llegar a considerar,

⁶Apartados 54-57.

⁷Apartados 76-77.

por el contrario, que la restricción sí que encuentra fundamento en el derecho nacional, se procede entonces a determinar si la misma responde a un objetivo legítimo, *p.ej.*, protección de los derechos de terceros o defensa del orden público.

Finalmente, además de estar prevista en la ley y perseguir la consecución de una finalidad legítima, la restricción debe responder a una necesidad imperiosa (“*a pressing social need*”) en el marco de una sociedad democrática. Con esta condición el Tribunal se refiere, en esencia, al respeto del principio de proporcionalidad, que se proyecta, primero, en la necesidad estricta de la medida ejecutada, y, segundo, en su adecuación o congruencia con el objetivo perseguido por el Estado, *id est*, en la garantía de que no existe otra intervención menos intrusiva que permita la consecución de aquel. Este es, sin duda, el criterio de justificación más complejo o controvertido, y, a la vez, más determinante, pues en la gran mayoría de casos los otros dos requisitos, -previsibilidad legal y finalidad legítima-, son de fácil invocación por cualquier Estado parte del sistema convencional. El objetivo de preservar la seguridad nacional es un ejemplo paradigmático. Su legitimidad ha sido apreciada por el Tribunal incluso en aquellos casos en los que la restricción sobre la vida privada del individuo se produce a través de la interceptación de sus comunicaciones o utilización de sus datos personales sin siquiera mediar su autorización. Véase, por ejemplo, los asuntos *Klass and others v. Germany*, *Leander v. Sweden* o *Z. v. Finland* (*Ibidem*: pp. 37-39).

Con relación a este tercer criterio, -el de la “*pressing social need*”-, la principal problemática estriba en que en aquellos casos en los que apenas existe un estándar mínimo convencional, *p.ej.*, fenómeno religioso, seguridad y orden público o contexto digital y protección de datos, el Tribunal tiende a escudarse en la ambigua noción del margen de apreciación nacional para evitar analizar la necesidad de las injerencias realizadas por unos Estados soberanos que presuntamente actúan bajo los principios democrático y de *Rule of Law*. En efecto, cuanto menor es el consenso respecto a la delimitación de un derecho convencional, con mayor fundamento se siente la Corte para desentenderse del asunto y recurrir al margen de apreciación nacional, eludiendo con ello la

responsabilidad de decidir si la intromisión es necesaria o no. Esto provoca, a la postre, que la restricción de derechos fundamentales quede prácticamente impune, pues su juicio de legitimidad queda sujeto al margen de apreciación del Estado que precisamente ha sido acusado de la violación. Ello no hace más que degradar la eficacia del sistema convencional de garantía de derechos.

Tras sintetizar los criterios de ponderación a partir de los cuales los jueces de Estrasburgo pueden justificar, o no, las medidas restrictivas sobre los derechos convencionales de los arts. 8-11 CEDH, en general, y del art. 8 CEDH, en particular, conviene analizar la decisión adoptada por el Tribunal en *Glukhin v. Russia*. Este asunto es importante porque brinda a la Corte la oportunidad de pronunciarse sobre un conjunto de cuestiones de relevancia actual notable, como la implicación de los procesos de digitalización y globalización en la teoría de los derechos fundamentales, el clásico debate seguridad/privacidad, o el conflicto Estado liberal (democrático) *versus* Estado policial (autoritario). Este último asunto enlaza, a su vez, con la procedencia del Estado demandado, - Rusia-, así como con la actitud que muestra la Corte europea a la hora de rematar su fallo (párr. 90). A ello se hará especial alusión en las últimas páginas de este escrito.

III. Los riesgos inherentes al progreso tecnológico cuando éste cae en manos de un Estado autoritario. A vueltas con el asunto *Glukhin v. Russia*

Con el fin de protestar, de forma pacífica, contra el arresto del activista político *Kostantin Kotov*, el sr *Glukhin* decide manifestarse en solitario en el metro de Moscú con una imagen de cartón del detenido y una pancarta que decía: “You must be f**king kidding me. I’m Konstantin Kotov. I’m facing up to five years <<in prison>> under <<Article>> 212.1 for peaceful protests.” (apartado 7). Tan solo siete días después (30 de agosto de 2019), el Sr. *Glukhin* es arrestado en una de las estaciones del metro de la capital por haber incumplido el procedimiento establecido para la celebración de actos públicos conforme al Código nacional de infracciones administrativas. En concreto, su acusación se fundamenta en que la manifestación fue celebrada sin haber notificado previamente a las

autoridades competentes. Las fuerzas policiales tuvieron constancia de la manifestación a raíz de la visualización de una serie de imágenes compartidas en un canal público de *Telegram*. La unidad policial hizo varias capturas de las mismas y las almacenó en su base de datos junto con una serie de vídeos de la manifestación tomados por el sistema de videovigilancia (CCTV) instalado en el metro. Con apenas estas fuentes de información, las autoridades, a través de la realización de “actividades operativas de búsqueda” (“*operational-search activities*”), consiguen identificar al sr *Glukhin* y su dirección domiciliaria (apartado 11). Tras presentarse las fuerzas del orden en el domicilio y comprobar que no había nadie, en menos de una hora el demandante es detenido mientras viajaba en el metro después de haber sido rastreado y localizado por las cámaras instaladas en la estación pública⁸.

Los tribunales condenan al acusado al pago de una multa de veinte mil rublos rusos con base a las pruebas aportadas por la policía: entre otras, las capturas realizadas del canal de *Telegram* y los vídeos procedentes de las cámaras de videovigilancia masiva del metro. El Sr. *Glukhin* recurre y alega la ilegalidad de las pruebas que sustentan su condena, pues el derecho nacional no ampara el empleo de técnicas de reconocimiento facial para captar y procesar datos biométricos en el marco de investigación de ilícitos administrativos, por ser aquella una tecnología demasiado intrusiva. De igual forma, el recurrente también denuncia la violación de su derecho a la libertad de expresión, pues la manifestación se realizó en solitario y de forma pacífica sin poner en peligro la salud pública (apartado 16). Tras agotar la vía jurisdiccional interna, Sr. *Glukhin* acude a los jueces de Estrasburgo en enero de 2020, a los que plantea que las diligencias de investigación a las que había sido sometido, así como la sanción administrativa que le había sido impuesta, vulneran sus derechos a la protección a la vida privada (art. 8 CEDH) y a la libertad de expresión y reunión (arts. 10 y 11 CEDH). Dadas las deficiencias procedimentales, también plantea violación del art. 6 CEDH.

⁸ Apartado 12: “According to the applicant, at about 10 a.m. on 30 August 2019 the police anti-extremism unit went to his home while he was not there. At about 11 a.m. on the same day, he was arrested at an underground station. *The police allegedly told him that he had been identified by the facial recognition CCTV cameras installed in the Moscow underground*”. Énfasis añadido.

Respecto a la violación de los derechos políticos del demandante, la Corte valora toda la cuestión desde el prisma del art. 10 CEDH (apartado 47), haciendo hincapié en que los Estados cuentan con un ámbito de restricción especialmente estrecho cuando se trata de limitar el derecho a expresar la libre opinión sobre asuntos de relevancia pública. Dicho esto, procede a realizar el clásico “test de Estrasburgo”. Así, tras confirmar que el arresto policial y la ulterior imposición de la multa administrativa implicaron una injerencia en el derecho a la libertad de expresión, el TEDH dictamina violación del art. 10 CEDH. Pese a admitir la prevención del desorden público como finalidad legítima, la Corte se muestra dubitativa en cuanto a la precisión o claridad con la que el derecho nacional regula y motiva la injerencia, y, en cualquier caso, deja claro que su aplicación en el caso concreto no es necesaria en una sociedad democrática (apartado 55). *Glukhin* incumple con una obligación administrativa de entidad menor, que además está regulada en el ordenamiento estatal de forma vaga e incoherente, lo que evidencia que su condena proviene de unas autoridades poco tolerantes y sedientas de control y castigo (apartado 56). El Estado ha restringido el derecho democrático estrella de forma desproporcionada e innecesaria, y a ello responde su condena (apartado 57).

Tras sentenciar, sin rodeos (apartados 49-57), la vulneración del art. 10 CEDH, la Corte se adentra con más detenimiento en valorar la compatibilidad del empleo de técnicas de reconocimiento facial con el derecho al respeto a la vida privada ex. art.8 CEDH, cuya concepción convencional es amplia y nada exhaustiva. El Tribunal no atribuye a la noción de vida privada un sentido estrictamente literal, es decir, no limita su significación al derecho a disfrutar de un riguroso “*inner circle*” al margen de la sociedad. Al contrario. El art. 8 CEDH acoge, también, el derecho a tener y dirigir una “vida social privada”, y ampara, en consecuencia, las actuaciones realizadas en lugares públicos y/o en relación con otros sujetos (apartado 64). En ese sentido, la mera instalación de sistemas de videovigilancia en la vía pública no tiene por qué presentar deficiencias de legitimidad o de adecuación con el art. 8 de la Convención, más aún cuando con su despliegue se persigue la salvaguarda de la seguridad nacional y el orden público. Pueden, empero, aparecer injerencias problemáticas en relación con el

art. 8 CEDH cuando las imágenes son grabadas y almacenadas de forma sistemática para identificar e investigar a los sujetos, indistintamente de que dichos datos provengan del monitoreo rutinario de actividades y lugares públicos. Y ello porque la tutela del derecho a la protección de la propia imagen y de los datos de carácter personal, cuyo contenido abarca, entre otras cosas, la posibilidad de conocer sobre su procesamiento y utilización, deviene esencial para que el derecho al respeto a la intimidad y privacidad ex. art.8 CEDH quede, a su vez, plenamente garantizado (apartados 66, 67 y 75)⁹. En consecuencia, el procedimiento de obtención y disposición de datos personales por parte de los poderes públicos ha de estar regulado (previsto) en el derecho nacional, y venir acompañado de las suficientes garantías jurídicas que eviten cualquier tipo de abuso o arbitrariedad. En particular cuando la utilización de los datos tiene lugar en el marco de una investigación policial mediante el empleo de recursos tecnológicos cada vez más intrusivos y sofisticados. Y es que, como ya dejó claro la Corte en *S. and Marper v. the United Kingdom*: “The protection afforded by Article 8 of the Convention would be unacceptably weakened if the use of modern scientific techniques in the criminal-justice system were allowed at any cost and without carefully balancing the potential benefits of the extensive use of such techniques against important private-life interests” (apartado 75).

Tras traer a colación estas bases jurisprudenciales, la Corte identifica tres actividades con cuya realización las autoridades rusas han limitado o restringido el derecho al respeto a la vida privada de *Glukhin*: primero, mediante la obtención y almacenamiento de las capturas de las imágenes de *Telegram* y de las grabaciones de las cámaras del metro, a las que se les aplica técnicas de reconocimiento facial para identificar al demandante. Segundo, al recurrir a las cámaras del metro equipadas con sistemas de reconocimiento facial en tiempo real para localizar y arrestar al recurrente. Y, finalmente, al haber utilizado todas estas fuentes de datos biométricos como prueba para fundamentar la sanción administrativa (apartado 68). Pese a que las autoridades no reconocen

⁹Si bien el derecho a la protección a la vida privada y familiar ex. art.8 CEDH abarca, también, el derecho a la protección de datos de carácter personal, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) ambos derechos se desdoblaron en dos artículos diferentes pero inescindibles el uno del otro (arts. 7 y 8 CDFUE).

expresamente en sus informes el empleo de técnicas de reconocimiento facial para identificar, localizar y arrestar al recurrente, entre otras cosas, porque la legislación nacional no les obliga a registrar su utilización, tanto el sr *Glukhin* como la propia Corte lo dan por sentado. No en vano, aquellas apenas necesitaron dos días para identificar al demandante a partir de las capturas de *Telegram*, y solo una hora para localizarlo en el metro de la ciudad tras comprobar *in situ* que no se encontraba en su domicilio. Por otra parte, las instituciones rusas no hacen referencia alguna a ninguna otra estrategia o recurso que les hubiera permitido conseguir tal hallazgo de forma menos invasiva pero igual de eficaz (apartados 69-73)¹⁰.

Confirmada la existencia de la injerencia, la Corte procede a valorar si ésta está o no justificada, es decir, si es legítima. Y ello lo hace enfatizando en el hecho de que sus estándares son especialmente exigentes en aquellos supuestos en los que los datos almacenados, además de servir para identificar y localizar al sujeto, también describen información de contenido sensible, como la que revela su orientación sexual, identidad étnica o ideología política. El uso y procesamiento de este tipo de datos exige una regulación clara y concreta acompañada de unas garantías mínimas, como la determinación de la duración del uso y almacenamiento de los datos, la categoría de sujetos que van a tener acceso a los mismos, o el establecimiento de unos procedimientos que aseguren su integridad, confidencialidad y posibilidad de destrucción, para evitar así cualquier tipo de abuso o arbitrariedad (apartados 76, 77, 82).

Dicho esto, es evidente que, en el caso concreto, Rusia no cumple con los mínimos exigidos para superar el “test de Estrasburgo”. Y ello pese a admitir

¹⁰Esta actitud de la Corte rememora a la asumida en *Klass v. Germany*. En este asunto el TEDH empatiza con las enormes dificultades a las que tiene que hacer frente el recurrente a la hora de probar el perjuicio directo ocasionado por la injerencia estatal cuando ésta tiene carácter secreto. La condición de víctima se fundamenta aquí en la mera existencia de una ley nacional que regula la adopción de las medidas restrictivas, sin que sea necesario probar que la misma le ha sido efectivamente aplicada. Esta postura irá siendo adoptada en numerosos casos posteriores relacionados con la afectación de derechos a consecuencia de políticas de control ejecutadas en nombre de la seguridad nacional. Véase, por ejemplo, el caso *Roman Zakharov v. Russia*. Siguiendo esta misma línea, así como la pauta, también, por la sentencia *Gaughran v. the United Kingdom*, basta con la posibilidad (razonable) de que las autoridades puedan aplicar tecnología de reconocimiento facial sobre las imágenes almacenadas para apreciar injerencia en el derecho a la protección a la vida privada; STEDH *Glukhin v. Russia*, *ob.cit*; apartado 72.

la finalidad legítima de la injerencia, *id est*, la prevención del crimen (párr. 84), o su previsión y regulación en la legislación nacional. En efecto, si bien el Decreto número 410, la Ley de Policía (“the Police Act”) o el Código de Infracciones Administrativas (“Code of Administrative Offences”; “the CAO”), atribuyen a la policía las competencias necesarias para investigar ilícitos administrativos mediante el procesamiento y análisis de datos personales (apartado 81), lo cierto es que dichas normas lo hacen de forma imprecisa e inconcreta. No en vano, el marco jurídico habilita a la policía a almacenar datos biométricos “en relación con la administración de justicia”, lo que deja entrever que la habilitación opera, en realidad, para cualquier tipo de procedimiento judicial. Además, ni siquiera se concretan los objetivos que justifican el empleo de unas diligencias de investigación tan intrusivas, en qué tipo de casos deviene oportuno su recurso o los sujetos susceptibles de ser sometidos a las mismas. Tampoco se describe mecanismo alguno de supervisión y control en garantía de la independencia del procedimiento. En definitiva, concurre el requisito (formal) de la previsibilidad legal, pero la Corte duda de su calidad y seguridad (apartados 83 y 87)¹¹. La apreciación de la violación del art. 8 CEDH depende, en esencia, del criterio referido a la “*pressing social need*” en el marco de una sociedad democrática.

Para pronunciarse sobre esta última cuestión, la Corte vuelve a las bases de las que parte el caso: la policía recoge y almacena unas imágenes y grabaciones del recurrente, -las primeras dispersas en la red y las segundas procedentes de las grabaciones de las cámaras de videovigilancia masiva del metro-, a las que aplica técnicas de reconocimiento facial para extraer y almacenar los datos biométricos de aquel. Ello le permite, primero, identificarlo, y, después, localizarlo y arrestarlo con la ayuda de las mismas cámaras equipadas con tecnología de reconocimiento facial en tiempo real. Se trata de restricciones especialmente invasivas e intrusivas, que revelan además información sensible en tanto que muestran al sujeto celebrando una manifestación de carácter político. En consecuencia, su “necesidad en una sociedad democrática” requiere de una motivación y justificación amplia y

¹¹Apartado 87: “[..] The domestic law permits the processing of biometric personal data in connection with the investigation and prosecution of *any offence, irrespective of its nature and gravity*”. Énfasis añadido.

exigente (apartado 86). En relación con esto último, el TEDH recalca la gravedad, ínfima, del ilícito por el que es condenado Sr. *Glukhin*: infracción administrativa consistente en incumplir con la obligación procedimental de notificación previa¹². Nada más. Por otra parte, el empleo, generalizado en Rusia (apartado 40), de técnicas de reconocimiento facial para controlar, identificar, y, en su caso, arrestar a disidentes políticos, genera un indeseable “*chilling effect*” que degrada el contenido esencial de los derechos a la libertad de expresión y de asociación (apartado 88).

En suma, el empleo de técnicas de reconocimiento facial en diferido sobre las imágenes del demandante para identificarlo, junto con el ulterior recurso a técnicas de reconocimiento facial en tiempo real para localizarlo y arrestarlo, suponen una restricción sobre su derecho a la protección a la vida privada (art. 8 CEDH) que no responde a una necesidad social imperiosa en el marco de una sociedad democrática (apartados 89 y 91).

Al sentenciar, de forma tan contundente, las violaciones de los arts. 8 y 10 de la Convención, la Corte no aprecia la necesidad de valorar la posible afectación del art. 6 CEDH (apartado 92).

IV. ¿Hacia la normalización de los sistemas de reconocimiento facial?

A primera vista, la sentencia promete. Con ella la Corte se adentra en el estudio de los sistemas de videovigilancia masiva y su naturaleza proclive al abuso cuando éstos se ven perfeccionados por la Inteligencia artificial. Y, en particular, cuando se utilizan de la mano de técnicas de reconocimiento facial en tiempo real. Para que su empleo sea necesario en el marco de una sociedad democrática, el TEDH exige al Estado cumplir con un nivel de justificación elevado; el más elevado (apartado 86). La imposición convencional de un estándar de legitimidad amplio y exigente puede venir a arrojar luz en el seno de las instituciones de la UE, a día de hoy inmersas por conseguir la adopción de un marco normativo común sobre la Inteligencia artificial, en general, y las

¹²*Ibidem*: “In the assessment of the <<necessity in a democratic society>> of the processing of personal data in the context of investigations, the *nature and gravity of the offences in question is one of the elements to be taken into account* [...]”. Énfasis añadido.

técnicas de reconocimiento facial, en particular¹³. Ello iría en línea con lo establecido por el art. 6.3 TUE, que incorpora la jurisprudencia de la Corte al Derecho originario como Principios Generales de Derecho comunitario, o por el art. 52.3 CDFUE, que adscribe a los derechos plasmados, también, en el Convenio, el mismo sentido y alcance que les otorga este último, sin perjuicio de que en el orden comunitario se les pueda reconocer un nivel de protección más amplio (NERONI REZENDE, 2023).

La sentencia, sin embargo, más allá de la novedosa temática a la que responde, aporta más bien poco. Mas aun cuando de lo fallado se infiere el carácter legítimo de unas restricciones cuya aplicación, por sí sola, viola el contenido esencial de los derechos convencionales.

La Corte no resuelve ni con rotundidad, ni con precisión, si las interferencias resultantes del empleo de técnicas de reconocimiento facial son legítimas o ilegítimas. Antes bien, impone la existencia de un marco normativo claro que regule el alcance de su aplicación y que establezca, además, un sistema de garantías que evite cualquier tipo de arbitrariedad (apartado 82). El TEDH, por tanto, pone su centro de atención en prevenir el abuso por parte de los poderes públicos, así como en que el marco normativo sea transparente y accesible. De ahí, en principio, es posible inferir que su regulación y empleo, *per se*, es un recurso de restricción legítimo para los Estados (PALMIOTTO & MENÉNDEZ GONZÁLEZ, 2023: p. 4). En ese sentido, se puede decir que el Tribunal asume una posición similar, -pero no idéntica-, a la mostrada en sus decisiones sobre el carácter convencional de las políticas de interceptación masiva de comunicaciones y de retención de los datos derivadas de las mismas (NERONI REZENDE, 2023).

¹³En la noche del 8 de diciembre de 2023, el trío europeo consiguió alcanzar un acuerdo provisional sobre la propuesta relativa a las normas armonizadas en materia de inteligencia artificial; conocida como la ley de Inteligencia artificial (*AI Act*), que adoptará la forma de Reglamento. Con ello se acerca la conclusión de un arduo procedimiento legislativo que comenzaba en abril de 2021 con la iniciativa presentada por el Ejecutivo europeo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>. Uno de los puntos clave de las negociaciones entre la Comisión europea, el Consejo de la UE y el Parlamento europeo ha sido, precisamente, el empleo de sistemas de identificación biométrica en tiempo real y en lugares públicos.

En efecto, en asuntos como *Big Brother Watch v. the United Kingdom* (I y II) o *Centrum för Rättvisa v. Sweden* la Corte tampoco niega, en abstracto, el carácter ilegítimo de este tipo de interferencias cuando se ejecutan frente a la amenaza terrorista. Ni siquiera en aquellos casos en los que se adoptan acuerdos de transmisión e intercambio de los datos con terceros países¹⁴. Y ello lo admite la Corte con rotundidad, esto es, de forma explícita y con carácter general. Nada que ver con la imprecisión de la que adolece la respuesta dada en *Glukhin* respecto a la tecnología de reconocimiento facial¹⁵.

A la hora de enjuiciar la legitimidad (o no) de la obtención, procesamiento y utilización de datos biométricos a través del empleo de la tecnología de reconocimiento facial, la Corte sigue, en cambio, la senda pautaada en *S. and Marper v. the United Kingdom*¹⁶, reduciendo con ello el alcance de su resolución: “[...] The question is not whether the processing of biometric personal data by facial recognition technology *may in general* be regarded as justified under the Convention. *The only issue* to be considered by the Court is whether the processing of the applicant’s personal data was justified under Article 8 § 2 of the Convention *in the present case*”¹⁷. En síntesis, el empleo de este tipo de

¹⁴Esta postura de los jueces de Estrasburgo sobre los acuerdos de transferencia intercontinental de datos deja bastante que desear si la comparamos con la asumida por el TJUE en *Schrems* (I) y *Facebook Ireland and Schrems* (II). O, también, en los asuntos *Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others* y *Tele2 Sverige*. En estos últimos casos el TJUE recurre al principio de proporcionalidad para rechazar la obligación que los Estados imponen a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de retener y entregar datos personales a las fuerzas de seguridad nacionales. Aunque lo cierto, empero, es que esta última postura se ha visto relativizada en los casos *La Quadrature du Net and Others* y *Commissioner of An Garda Síochána*, en los que el Tribunal de Luxemburgo ha llegado a admitir la conservación indiscriminada de datos cuando ésta se realice para perseguir delitos especialmente graves y peligrosos para la seguridad nacional (REVENGA SÁNCHEZ, 2023: p. 251).

¹⁵Compárese, por ejemplo, el párr. 85 de la sentencia *Glukhin* con el párr. 314 de la sentencia *Big Brother Watch* (I). Este último establece lo siguiente “[...] in *Weber and Saravia and Liberty and Others* the Court accepted that bulk interception regimes did not *per se* fall outside this margin. Although both of these cases are now more than ten years old, given the reasoning of the Court in those judgments and in view of the current threats facing many Contracting States (including the scourge of global terrorism and other serious crime, such as drug trafficking, human trafficking, the sexual exploitation of children and cybercrime), advancements in technology which have made it easier for terrorists and criminals to evade detection on the Internet, and the unpredictability of the routes via which electronic communications are transmitted, *the Court considers that the decision to operate a bulk interception regime in order to identify hitherto unknown threats to national security is one which continues to fall within States’ margin of appreciation*”. Énfasis añadido.

¹⁶En este asunto se analizaba si la conservación de las huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN de los recurrentes estaba justificada a la luz del art. 8.2 CEDH.

¹⁷Párr. 85. Énfasis añadido.

tecnología vulnera el art. 8 CEDH bajo las circunstancias, específicas, del caso concreto. Esta actitud de “*self-restraint*” es coherente con la naturaleza institucional de la Corte, pues su jurisprudencia fue originariamente concebida para enjuiciar las actuaciones lesivas de los derechos convencionales caso a caso. Lo que no ha sido óbice, por otra parte, para que la misma Corte, en más de una ocasión, haya asumido un rol mucho más proactivo, (o por lo menos no tan impreciso), a la hora de pronunciarse sobre restricciones que claramente afectaban derechos convencionales. Así ha ocurrido, de hecho, en diversos asuntos relacionados, también, con el empleo de técnicas de vigilancia masiva en nombre de la seguridad nacional (*Ibidem*). Véase, por ejemplo, los casos *Klass v. Germany*, *Roman Zakharov v. Russia*¹⁸, *Szabó and Vissy v. Hungary*, *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom (I y II)*¹⁹, *Centrum för Rättvisa v. Sweden* o *Ekimdzhev and Others v Bulgaria*.

En el apartado 85 de la sentencia la Corte se muestra ambigua y ambivalente. Por una parte, ésta lamenta el predominio actual de la crisis global “securitaria” y condena las amenazas procedentes de los grupos terroristas y redes de crimen organizado, lo que la lleva a admitir su persecución a través de mecanismos de seguimiento masivos y sofisticados, dentro de los cuales se colige que se encuentran las tecnologías de reconocimiento facial. Pero, por otra parte, los jueces de Estrasburgo tampoco dejan pasar por alto su naturaleza intrusiva y tendente al abuso. De ahí la necesidad de delimitar, con la suficiente precisión y claridad, su ámbito y fundamento de ejecución.

El problema, no obstante, es que la Corte construye su decisión de no convencionalidad a partir de los presupuestos del caso concreto²⁰. Esto es, circunscrita a un contexto político-jurídico muy peculiar, arraigado en un Estado que ni siquiera es ya parte del sistema convencional de derechos europeo.

¹⁸Sobre este caso véase a DE HERT & CRISTOBAL BOCOS (2015): <https://strasbourgobservers.com/2015/12/23/case-of-roman-zakharov-v-russia-the-strasbourg-follow-up-to-the-luxembourg-courts-schrems-judgment/>.

¹⁹WATT (2021) realiza un interesante análisis de la saga jurisprudencial *Big Brother Watch v. the United Kingdom* en <https://strasbourgobservers.com/2021/06/28/much-ado-about-mass-surveillance-the-ecthr-grand-chamber-opens-the-gates-of-an-electronic-big-brother-in-europe-in-big-brother-watch-v-uk/>. De la misma autora y con fecha más reciente (2022) también puede consultarse: <https://verfassungsblog.de/os6-privacy-vs-security/>.

²⁰Apartado 89: “*In such circumstances, the use of facial recognition technology [...] did not correspond to a <<pressing social need>>.*” Énfasis añadido.

Precisamente es en la procedencia del Estado demandado donde la Corte, en tanto que entidad dedicada, exclusivamente, a la tutela supraestatal de derechos, parece que pierde el foco. El caso responde a una temática muy concreta: la afectación de derechos en aras de preservar la seguridad y el orden público nacional. Con la particularidad de que dicha afectación se produce a consecuencia de un conjunto de restricciones tan intrusivas como eficaces para investigar y prevenir ilícitos. En ese sentido, el contexto actual de globalización tecnológica exigía una sentencia clara y garantista. Nada más lejos de la realidad.

La sentencia es estimatoria, sí. Confirma la violación del art. 8 CEDH al haber empleado Rusia tecnología de reconocimiento facial de forma desproporcionada. Mas esa reprobación se limita a las circunstancias específicas en las que ésta se utiliza por el Estado ruso, país que, por razones obvias, no cumple con los estándares convencionales mínimos que sí prevalecen en el resto de Estados del sistema. Luego, ese rechazo al empleo del reconocimiento facial tanto en diferido como en tiempo real, y cuya proporcionalidad, en cualquier caso, es cuanto menos que cuestionable, no será fácil de extrapolar a las futuras demandas que están por caer ante el TEDH y que no serán tan “fáciles” de resolver. No en vano, no son pocos los Estados parte cuyas fuerzas policiales han utilizado sistemas de identificación biométrica con fines tanto preventivos, como persecutorios de delitos “menores”²¹. Por ello, en lugar de (auto)restringir el alcance de su decisión (apartado 85), la Corte debería haber sentenciado en abstracto, para así esclarecer cuán de legítimo resultaría el empleo de una tecnología intrínsecamente intrusiva a manos de un Estado realmente democrático y garante de derechos. O, de resultar

²¹Así, por ejemplo, el 4 de septiembre de 2019 el Alto Tribunal de Justicia de Inglaterra y Gales se pronunció sobre el uso masivo de sistemas de reconocimiento facial automático en tiempo real por las autoridades policiales galesas. La sentencia responde a la ejecución del proyecto piloto “*Automated Facial Recognition Locate*”, que consistía en el empleo generalizado, durante la celebración de una serie de eventos determinados, *p.ej.*, la final de la *Champions League*, de sistemas de videovigilancia con el fin de capturar imágenes del público asistente y compararlas en tiempo real con otras imágenes almacenadas en los archivos policiales. El caso lo analiza con detalle IZQUIERDO CARRASCO (2020: p.87). También es destacable que la policía italiana de la localidad de Brescia pudiera detener a dos sospechosos de haber asaltado una casa en la provincia de Lombardía gracias al empleo de sistemas de identificación biométrica (ROMANDINI, 2018).

convencional su recurso, haber dictaminado en qué casos y bajo qué circunstancias.

En definitiva, se echa en falta la definición de un conjunto de orientaciones generales, que, más allá de hacer referencia a la naturaleza y gravedad de la infracción (apartado 87), hubiera dispuesto, con suficiente rigor, un marco mínimo de proporcionalidad según el cual el empleo del reconocimiento facial por los Estados estaría justificado. Así, como sugieren PALMIOTTO & MENÉNDEZ GONZÁLEZ (2023: p. 5), el Tribunal podría haber señalado qué tipo de delitos, dejando fuera, lógicamente, ilícitos administrativos como los del caso analizado, pueden ser investigados o prevenidos a través de las técnicas de identificación facial.

En relación con esta última cuestión, la iniciativa normativa de la Comisión europea propone la regulación de los sistemas de Inteligencia artificial conforme a cuatro niveles de riesgo según el peligro que su empleo entrañe para los derechos de los ciudadanos, de tal manera que, a mayor peligro, mayor riesgo, y, por tanto, mayor escrutinio y más formalidades. Así, bajo el peldaño de “riesgo inadmisibles”, que incluye las técnicas prohibidas de forma terminante²², los sistemas de reconocimiento biométrico se encuentran en el escalón inmediatamente inferior; el de “riesgo alto”. Ello implica que la Comisión, respaldada por el Consejo, prohíbe, con carácter general, el empleo de sistemas de identificación facial en tiempo real en lugares públicos con fines de aplicación de la ley²³, salvo en aquellos casos cuyo recurso sea “estrictamente necesario”, *p.ej.*, para prevenir una amenaza específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas o de un atentado terrorista (art. 5.1 (d) (ii)). En defensa del TEDH, se podría decir que el criterio comisario de lo “estrictamente necesario” evoca a los estándares convencionales de la “*pressing social need*” o “*highest level of justification*” (PALMIOTTO & MENÉNDEZ GONZÁLEZ, 2023: p. 4). Pero, en cualquier caso, son parámetros demasiado ambiguos, bajo

²²Entre otras, aquellos sistemas de inteligencia artificial capaces de manipular el comportamiento humano y fomentar la violencia; *p.ej.*, un juguete con asistencia de voz que pueda animar a los menores a realizar actuaciones peligrosas (CASTELLANOS CLARAMUNT, 2023: p. 269).

²³Por “aplicación de la ley” se entiende aquellas actividades realizadas para prevenir, investigar, detener o enjuiciar infracciones penales o ejecutar sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a amenazas para la seguridad pública; art. 3 (41).

los cuales sigue quedando en el aire la posibilidad de que este tipo de tecnología se acabe convirtiendo en una herramienta “securitaria” más normal que excepcional.

Este era el paradigma hasta diciembre de 2023, momento en el que se producen novedades importantes en el contexto de la Unión Europea. En efecto, si bien el acuerdo alcanzado tras la conclusión de las negociaciones del trílogo europeo da la victoria a la línea marcada por el Consejo y la Comisión, en el sentido de que se opta por la prohibición general de los sistemas de identificación biométrica pero matizada por algunos casos de excepcionalidad vinculados a la seguridad nacional, lo cierto es que, en comparación con la inicial propuesta de la Comisión, el Parlamento ha conseguido imponer un mayor conjunto de salvaguardias y restricciones para el uso de la tecnología de reconocimiento facial. Así, la identificación biométrica en diferido o “post-remota” se empleará, solo, para la búsqueda de una persona condenada o sospechosa de haber cometido un delito grave. Asimismo, -y aquí viene lo más destacable-, el empleo del reconocimiento facial en vivo se limitará al conjunto de delitos graves que se detallan, específicamente, en la propia regulación; *et.al.*, terrorismo, trata de seres humanos, violación o secuestro (IGLESIAS FRAGA, 2023).

Resulta evidente que el compromiso asumido por las instituciones de la UE dista de la actitud evasiva mostrada por el TEDH en *Glukhin*. Así, este último tampoco considera oportuno pronunciarse sobre las diferentes implicaciones que conlleva el empleo de sistemas de reconocimiento facial en diferido, -en los que resulta factible delimitar o discriminar el número de sujetos sometidos a control-, y en tiempo real, cuya ejecución, por el contrario, lleva aparejada un inevitable seguimiento masivo y generalizado de los ciudadanos. Esta negligencia acrecienta, más si cabe, el carácter incongruente e impreciso de la sentencia. No se puede imponer, bajo el pretexto del requisito de la “calidad de la ley”, que el ordenamiento nacional determine los sujetos susceptibles de verse sometidos a este tipo de sistemas cuando su empleo, por lo menos cuando éste tiene lugar en tiempo real, requiere, en todo caso y de forma ineludible, de una videovigilancia constante, masiva e indiscriminada de la ciudadanía (PALMIOTTO & MENÉNDEZ GONZÁLEZ, 2023: p. 5).

Caso omiso, por cierto, hace la Corte a la cuestión de si es legítimo o no que las autoridades utilicen y almacenen imágenes procedentes de las redes sociales (*Telegram*). Este asunto tampoco es baladí. Por mucho que la disponibilidad de aquellas sea pública, el foco de atención ha de residir en si ha sido el propio sujeto el que ha publicado las imágenes, pues con razón a esto último sus expectativas de privacidad habrán de ser más o menos amplias. En la sentencia no se especifica si las imágenes de *Telegram* fueron o no publicadas por el sr *Glukhin*, pero, indistintamente, una mera aclaración por parte de la Corte podría haber contribuido a frenar la sensación de hipervigilancia continua que se extiende entre las ciudadanías europea y mundial (RIDAURA MARTÍNEZ, 2023: p. 276, PALMIOTTO & MENÉNDEZ GONZÁLEZ, 2023: p. 6).

En definitiva, en lugar de ejercer como un auténtico tribunal de derechos comprometido por definir un estándar garantista en torno a la dialéctica derechos-seguridad en el contexto tecnológico, la Corte prefiere no inmiscuirse en una cuestión compleja y controvertida, respecto a la que Estados e instituciones mantienen una actitud divergente. Así lo demuestran las posiciones mantenidas por los organismos de la UE en el marco de negociaciones para aprobar La ley de Inteligencia artificial, durante el cual, como ya se ha hecho alusión, la Comisión y el Consejo promueven la regulación del reconocimiento facial en tiempo real como recurso excepcional y susceptible de ser empleado cuando resulte “estrictamente necesario”, mientras que el Parlamento lo considera contrario a los valores europeos, y por ello pugna por prohibir, en todo caso, su ejecución en espacios públicos (NERONI REZENDE, 2023). Y es que, como se desprende de lo afirmado por RIDAURA MARTÍNEZ (2023: p. 277), los peligros inherentes a la tecnología del reconocimiento facial trascienden el clásico dilema seguridad-privacidad, pues su aplicación redundaría en la afectación de una gama de derechos amplia y diversa: intimidad, propia imagen, protección de datos personales, libertad de expresión o presunción de inocencia. La regresión de este último derecho es significativa. No en vano, es evidente que la Inteligencia artificial ha revolucionado el método de trabajo tradicionalmente seguido por las autoridades para prevenir la comisión de ilícitos. Hasta ahora, éstas construían un marco de investigación sobre indicios, y tras quedar estos

verificados, se actuaba en consecuencia: restringiendo derechos. Orden congruente con el derecho a la presunción de inocencia. Con el advenimiento de la tecnología de reconocimiento facial automático y su aplicación en tiempo real, las fuerzas del orden consiguen una valoración sobre la correspondencia entre dos imágenes faciales. En caso de darse esta última, cualquier individuo es susceptible de ser trasladado a las instancias policiales para confirmar dicha correspondencia, o, incluso, para interrogarlo e investigarlo directamente. Los ciudadanos quedan así sometidos a unas injerencias indeseadas y desproporcionadas, así como la eficacia de su derecho a la presunción de inocencia reducida prácticamente a la nada (IZQUIERDO CARRASCO, 2020: p. 94). El arresto de Sr. *Glukhin* es claro ejemplo de ello.

Mención aparte merecen los perjuicios discriminatorios que la simple puesta en marcha de este tipo de sistemas supone para ciertos colectivos minoritarios y/o sujetos vulnerables. Los sistemas de identificación biométrica operan a través de una serie de algoritmos matemáticos que se encargan de estigmatizar y clasificar a los sujetos conforme a criterios como el género o la identidad étnica, de manera que el mayor número de errores suele originarse con las mujeres y/o sujetos de piel oscura, por ser estos “más difíciles” de identificar que los hombres de tez blanca (RIDAURA MARTÍNEZ, 2023: pp. 277-278). En relación con esto último, no está de más recordar que estos “sesgos algorítmicos” se derivan de los prejuicios y decisiones tomadas por los seres humanos que intervienen en su proceso de creación (CASTELLANOS CLARAMUNT, 2023: pp. 278-279).

En definitiva, sobre *Glukhin v. Russia* planea un conjunto de amenazas con suficiente potencial como para poner en tela de juicio las bases de un sistema que se empeña en no avanzar conforme lo hacen la sociedad y el mercado. La Corte, pese a ser consciente de ello, “se lava las manos”. Mas sí que decide, en cambio, proclamar una guerra de valores contra Rusia: “[...] the Court concludes that the use of highly intrusive facial recognition technology in the context of the applicant exercising his Convention right to freedom of expression is incompatible *with the ideals and values of a democratic society governed by the rule of law, which the Convention was designed to maintain and*

*promote. [...]*²⁴. Es decir, si algo queda claro tras el fallo pronunciado en *Glukhin*, es que los valores constitucionales europeos, esto es, el principio democrático y de *Rule of Law*, son intocables. Y que todo Estado que no comulgue con ellos incumple con los estándares de la Convención. Ahora bien, la Corte no debe olvidar que entre dichos valores europeos se encuentra, también, la protección de los derechos humanos, cuya garantía efectiva depende, en gran medida, de su compromiso y responsabilidad. Es por ello por lo que aquella debería rechazar, sin reticencias y con carácter general, cualquier injerencia susceptible de erosionar, *per se*, la esencia irreductible de los derechos de la Convención. Entre ellos y en particular, el derecho a la privacidad e individualidad. No en vano, recuérdese que este último derecho, junto con el de la libertad o los derechos de carácter procedimental, todos ellos invocados, por cierto, por Sr. *Glukhin* (arts. 8, 10, 11 y 6 CEDH), representa la quintaesencia del constitucionalismo liberal del que emerge la Europa que conocemos hoy.

Con esta afirmación no se pretende sacralizar el derecho a la privacidad, ni enfrentarlo al principio de garantía de la seguridad nacional. Al contrario. Lo que se pretende, más bien, es resaltar que la relación seguridad-privacidad no es de carácter conflictual (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2008: p. 220), sino de necesidad. Que ambos conceptos se retroalimentan y que uno depende del otro. Las exigencias de seguridad colectiva no pueden servir a los Estados como pretexto para vaciar de contenido el derecho a la privacidad de sus ciudadanos. Como la propia Corte indica en *Roman Zakharov v. Russia*, no se puede abogar por la seguridad de la democracia mientras ésta se destruye²⁵. Y en ese sentido, no son pocas las preguntas que se nos plantean: ¿De verdad no se puede garantizar la seguridad nacional a través de una tecnología que no sea tan lesiva de derechos?, ¿es realmente eficaz la tecnología de reconocimiento facial?, ¿vale la pena apostar por una promesa de mayor seguridad a costa de una pérdida indiscriminada de privacidad? (VELASCO, 2023).

²⁴Apartado 90. Énfasis añadido.

²⁵[...] In view of the risk that a system of secret surveillance set up to protect national security may undermine or even destroy democracy under the cloak of defending it, [...]"; STEDH (Gran Sala), *Roman Zakharov v. Russia*, 04/12/15, apartado 232.

Lo ideal es que las respuestas a todas estas preguntas quedaran fijadas en las normas, pues con ello se acabaría con la necesidad de depender de la interpretación de los tribunales. A este respecto, los recientes avances alcanzados en el seno de la Unión Europea representan un atisbo de esperanza. Mas tampoco deberíamos pecar de un exceso de optimismo. Primero porque según se desprende de los acuerdos alcanzados tras el trípulo europeo, la propuesta de prohibición absoluta de la vigilancia biométrica masiva, ampliamente exigida por la sociedad civil²⁶, parece haber quedado definitivamente rechazada. Y, segundo, porque la entrada en vigor del Reglamento en cuestión dista aún de producirse a expensas de alcanzarse, todavía, el visto bueno definitivo del Consejo y Parlamento²⁷.

En tanto esto último sucede, esperemos que la Corte europea de derechos, con la ayuda del TJUE, asuma y aprenda de los errores cometidos en *Glukhin*, para que así, en los futuros casos por venir, el carácter desproporcionado del empleo, (aunque sea excepcional), de cualquier medida que atente, *per se*, contra la esencia mínima de los derechos fundamentales quede libre de toda duda. De lo contrario, es la Europa de los derechos y de la democracia la que estará en peligro.

²⁶Véase, por ejemplo, la iniciativa promovida por el movimiento *reclaimyourface*: Global statement: Stop facial recognition surveillance now! Accesible en: <https://edri.org/wp-content/uploads/2023/09/Global-statement-Stop-facial-recognition-now.pdf>.

²⁷Desde una perspectiva basada, rigurosamente, en la plena garantía de derechos fundamentales, lo cierto es que los precedentes normativos existentes en la UE con relación a la identificación biométrica tampoco son demasiado alentadores. Basta recordar, por ejemplo, el Reglamento nº. 603/2013 relativo a EURODAC, que permite la aplicación de la biometría en el ámbito de asilo como recurso de los Estados para obtener información exacta sobre la identidad de los solicitantes a través de su huella dactilar, o la ulterior propuesta de Reglamento EURODAC, que ligada, en particular, con este último, y, en general, con el Pacto sobre Migración y Asilo, plantea la Comisión el 4 de mayo de 2016, y la cual se encuentra ya acordada políticamente. Esta propuesta comisaria, conocida como PRE, dispone un conjunto de medidas que vendrán, sin lugar a dudas, a mejorar la eficiencia del sistema EURODAC de cara a los no pocos problemas a los que se enfrenta el Sistema Europeo Común de Asilo en su conjunto. Entre dichas medidas, destacan, *et.al*: la rebaja de la edad de la toma de los datos biométricos, la ampliación del período de conservación de los datos, o la simplificación del procedimiento de acceso a los mismos por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad. Ello tendrá lugar, empero, a costa de la degradación de los derechos de los solicitantes de protección internacional, y en concreto, de su derecho a la privacidad y protección de datos personales. Lo que encuentra justificación, como era de esperar, en la salvaguarda de la seguridad interna de los Estados, *a priori* amenazada a raíz de las deficiencias asociadas al sistema vigente (Reglamento nº. 603/2013); las cuales han dado lugar a que las identidades de una cantidad masiva de migrantes permanezcan invisibles o indeterminables ante las instituciones y bases de datos europeas. Esta cuestión es analizada con detalle por VIGURI CORDERO (2021, pp: 289-295).

V. Bibliografía

CASTELLANOS CLARAMUNT, J. (2023). *Sobre los desafíos constitucionales ante el avance de la inteligencia artificial. Una perspectiva nacional y comparada*, Revista de Derecho Político, Nº. 118, pp. 261-287. Accesible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.118.2023.39105>

DE HERT, P., & CRISTOBAL BOCOS, P. (2015). *Case of Roman Zakharov v. Russia: The Strasbourg follow up to the Luxembourg Court's Schrems Judgment*. En Strasbourg Observers. Accesible en: <https://strasbourgobservers.com/2015/12/23/case-of-roman-zakharov-v-russia-the-strasbourg-follow-up-to-the-luxembourg-courts-schrems-judgment/>

IGLESIAS FRAGA, A. (9 de diciembre de 2023). *Análisis de la ley europea de inteligencia artificial: pionera en el mundo, pero con rebajas en las prohibiciones*. Accesible en: https://www.elespanol.com/invertia/disruptores-innovadores/politica-digital/europa/20231209/analisis-ley-europea-inteligencia-artificial-pionera-mundo-rebajas-prohibiciones/815918401_0.html

IZQUIERDO CARRASCO, M. (2020). *La utilización policial de los sistemas de reconocimiento facial automático*, IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS, Nº. 208, pp. 86-103. Accesible en: <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.004>

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2008). *Respeto de la vida privada y familiar*. En MANGAS MARTÍN, A., GONZÁLEZ ALONSO, L.N, (coords.) Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo. (pp. 223-243), Fundación BBVA.

NERONI REZENDE, I. (2023) *Glukhin and the EU regulation of facial recognition: Lessons to be learned?* En European Law Blog. Accesible en: <https://europeanlawblog.eu/2023/09/19/glukhin-and-the-eu-regulation-of-facial-recognition-lessons-to-be-learned/>

PALMIOTTO, F. & MENÉNDEZ GONZÁLEZ, N. (2023). *Facial recognition, technology, democracy and human rights*. En *Computer Law & Security Review*, Volume 50. Accesible en: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2023.105857>

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2018). *El derecho al respeto de la vida privada: los retos digitales, una perspectiva de Derecho comparado*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Bruselas. Accesible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/628261/EPRS_STU\(2018\)628261_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/628261/EPRS_STU(2018)628261_ES.pdf)

Propuesta del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Bruselas, 21.4.2021 COM (2021) 206 final 2021/0106 (COD). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>

RECLAIMYOURFACE, *GLOBAL STATEMENT: STOP FACIAL RECOGNITION SURVEILLANCE NOW! ACCESIBLE* EN: [HTTPS://EDRI.ORG/WP-CONTENT/UPLOADS/2023/09/GLOBAL-STATEMENT-STOP-FACIAL-RECOGNITION-NOW.PDF](https://edri.org/wp-content/uploads/2023/09/global-statement-stop-facial-recognition-now.pdf)

REVENGA SÁNCHEZ, M. (2016). El derecho a la intimidad: un derecho en demolición (y necesitado de reconstrucción). En Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (coord.), *El derecho a la privacidad en el nuevo entorno tecnológico: XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, pp. 71-98, Madrid, Tribunal Constitucional-CEPC.

— (2023). El gran hermano ante Estrasburgo. En RIDAURA MARTÍNEZ, M^a. J. (dir.) *Retos para la seguridad*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 247-266.

ROMANDINI, M. (27 de septiembre de 2018). *Come (non) funziona il Sistema Sari di riconoscimento facciale*. Accesible en: <https://www.wired.it/attualita/tech/2018/09/27/sari-riconoscimento-facciale/>

RIDAURA MARTÍNEZ, M^a. J. (2023). El uso de cámaras de reconocimiento facial por empresas privadas de seguridad. En Ridaura Martínez, M^a. J. (dir.) *Retos para la seguridad*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 267-313.

VELASCO, L. (17 de diciembre de 2019). *Gobernar la inteligencia artificial: el reconocimiento facial*. Accesible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/13835/gobernar-inteligencia-artificial-reconocimiento-facial>

VIGURI CORDERO, J.A. (2021). *Seguridad y protección de datos en el sistema europeo común de asilo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

WATT, E. (2021). *Much ado about mass surveillance -The ECtHR Grand Chamber “Opens the gates of an electronic “Big Brother” in Europe” in Big Brother Watch v. UK*. En Strasbourg Observers. Accesible en: <https://strasbourgothers.com/2021/06/28/much-ado-about-mass-surveillance-the-ecthr-grand-chamber-opens-the-gates-of-an-electronic-big-brother-in-europe-in-big-brother-watch-v-uk/>

— (2022). *The legacy of the privacy versus security narrative in the ECtHR’s jurisprudence*. En Verfassungsblog on Matters Constitutional. Accesible en: <https://verfassungsblog.de/os6-privacy-vs-security/>

Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH

**y de la Revista "Integración Regional &
Derechos Humanos" en:**

www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica-integracion-regional-y-ddhh.php



revistajeanmonnetuba