

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

Año IX – Nr. 2 – 2º semestre 2021



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



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

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

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

Año IX – N° 2 – segundo semestre 2021

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)

FEDERICO TABOADA (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

JEREMÍAS BRUSAU (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

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

Índice

Editorial /

Palabras del Director	3
-----------------------	----------

Doctrina /

Derechos y libertades, restricciones y decretos: más allá de la emergencia	7
--	----------

MATÍAS PABLO CORICIANO

La crisis migratoria en Ceuta: devoluciones en caliente y repatriación de menores no acompañados	24
--	-----------

FLAVIA NOEMÍ GALINDEZ

Trans-pasando fronteras: Migrando sin identidad	51
---	-----------

EMI AUREILIZ GODOS PÉREZ

Acuerdo Unión Europea–Turquía, cinco años después de su firma ¿Ha funcionado?	65
---	-----------

JOSEFINA LATORRE

O regime jurídico do asilo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos	92
--	-----------

CLAUDIA REGINA DE OLIVEIRA MAGALHÃES DA SILVA LOUREIRO

Comentarios en el marco de la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre situaciones de “discriminación estructural” en función de la condición de pobreza de las víctimas.	113
---	------------

MANUEL ROIG

Editorial/ Palabras del Director

Estimadas/os lectores:

Les presentamos el número de la Revista IR&DH correspondiente al segundo semestre 2021 donde se publican trabajos desarrollados en el marco del II seminario de posgrado *on line* “Corrientes migratorias y protección de refugiados en los procesos de integración regional”, así como colaboraciones presentadas en respuesta a nuestra convocatoria regular.

En lo que sigue, encontrarán un trabajo sobre las restricciones a derechos y libertades derivadas de la pandemia. Una visión sobre un nuevo capítulo de la crisis migratoria en Ceuta (España), particularmente relacionada con la repatriación de menores no acompañados. Un estudio sobre los desafíos que enfrenta la población trans migrante. Un análisis crítico del Acuerdo Unión Europea–Turquía, a cinco años de su firma. Un acercamiento al régimen jurídico de asilo en el sistema interamericano. Para concluir, manteniéndonos en nuestro sistema internacional de protección, en unos comentarios sobre la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre situaciones de “discriminación estructural” en función de la condición de pobreza de las víctimas.

Para facilitar el acceso a los contenidos de la Revista, incorporamos a continuación accesos a videos sobre dos actividades académicas organizadas recientemente por el Centro de Excelencia donde se tratan puntos de convergencia entre la integración regional y los derechos humanos. La primera de ellas refiere a la “XXI Jornada MERCOSUR-UNIÓN EUROPEA - Pasaporte sanitario: ¿solución o problema?”. La segunda a la “XXII JORNADA MERCOSUR-UNION EUROPEA: Representatividad y Participación Ciudadana”. Cabe recordar que todas

las actividades académicas se encuentran grabadas y disponibles en la cuenta de Facebook del Centro.

Dr. Calogero Pizzolo



Doctrina/

DERECHOS Y LIBERTADES, RESTRICCIONES Y DECRETOS: MÁS ALLÁ DE LA EMERGENCIA

Matías Pablo Coriciano¹

Fecha de recepción: 19 de octubre de 2021

Fecha de aceptación: 22 de noviembre de 2021

Resumen

La presente pieza tiene el propósito jurídico y científico de observar, analizar, y evaluar, la concurrencia de las medidas restrictivas adoptadas por el gobierno nacional argentino en tiempos de COVID-19 en cuanto a las restricciones de las libertades individuales y colectivas de aquellos sujetos que se encuentran amparados bajo sus normativas legales; sus falacias y falencias, en cuanto a la prohibición de circular libremente dentro de la circunscripción nacional, delimitadas a criterios emanados de la autoridad pública; y la prolongación en el tiempo de las restricciones a causa de un gobierno afectado por la incapacidad de verse aferrados a la excepción de la figura del decreto de necesidad y urgencia. A su vez se expondrá la incomprensión de frases elocuentes emanadas por la autoridad en detrimento del derecho nacional e internacional y con ello, la evidente ambigüedad de las generalidades que acarrea la incorporación de normativas del derecho humano internacional a un modelo limitado e insuficiente de normativas específicas que actúen en consonancia.

Palabras Claves: Derechos Humanos – Libertad- DNU- Libre Circulación- COVID-19.

Title: RIGHTS AND FREEDOMS, RESTRICTIONS AND DECREES: BEYOND THE EMERGENCY.

Abstract

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Doctorando en Derecho (Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina). Correo Electrónico matias.coriciano@gmail.com

This article has the legal and scientific purpose of observing, analyzing, and evaluating, the concurrence of the restrictive measures adopted by the argentinian national government in times of COVID-19 regarding the restrictions of individual and collective freedoms of those subjects who They are protected under its legal regulations; its fallacies and shortcomings, regarding the prohibition to circulate freely within the national circumscription, limited to criteria emanating from the public authority; and the prolongation in time of the restrictions due to a government affected by the inability to be clinging to the exception of the figure of the decree of necessity and urgency. In turn, the misunderstanding of eloquent phrases emanating from the authority will be exposed to the detriment of national and international law and with it, the evident ambiguity of the generalities that entails the incorporation of international human right regulations to a limited and insufficient model of specific regulations act accordingly.

Keywords: State – globalization – regional integration – intergovernmentalism – supranationality.

I. Introducción

No fue sino hasta 1853 y con la exclusión de Buenos Aires, que los diputados de las diversas provincias reunidos en Santa Fe, pusieron en marcha el primer proyecto de la Constitución Nacional, logrando que se sancionara inmediatamente y sin discusión alguna la incorporación del artículo 15 al nuevo ordenamiento legal (ROSAS, 1996: p 480). De esta forma otorgaban mediante el presente artículo el fin de la esclavitud y con ello, se instauraba el concepto pleno de **libertad** para todos aquellos que pretendan habitar el territorio argentino. Con el correr de los años este principio constitucional y fundamental para los ciudadanos, ha demostrado ser el pilar primordial de los derechos humanos.

En cuanto al derecho a la **libre circulación**, se asienta en el ordenamiento jurídico con el rango más alto que pueda alcanzar, el constitucional incorporado en el artículo 14, y que gracias a la reforma de 1994 puede ser contemplado en

el artículo 75 Inc. 22² al momento que se introducen los tratados internacionales de Derechos Humanos a esta jerarquía, por lo que la medida ya no solamente es nacional sino que en un mundo globalizado se vuelve supranacional.

Luego de la segunda guerra mundial, el siglo XX ha mostrado un gran cambio en la visión de los derechos, tanto para los individuales y colectivos, como para los nacionales e internacionales. La “*new age*” del derecho de posguerra abrió el camino a ponderar ciertos de estos a los que se refieren como Humanos, un término poco vago dado que todos los derechos pertenecerían al género humano, salvo aquel que tenga que ver con cuestiones animales, entre otros. Con esta salvedad, los considerados **Derechos Humanos** fundamentales van a representar características que protegerán las condiciones básicas que hacen al ser humano en su condición de tal³. Los derechos centrales de este eje serán aquellos que tengan que ver con la **libertad de los individuos**, la justicia y la paz, no solo de cierta sociedad sino del mundo y que crearán condiciones de plena igualdad⁴.

Para analizar la problemática a la libre circulación territorial argentina en tiempos de pandemia COVID-19 como un derecho humano esencial, se necesita mencionar que las medidas adoptadas por parte del gobierno actual argentino han entorpecido y degradado el derecho fundamental con el que cuenta la población que es la Libertad, y a consecuencia de esto se afecta también la Libre Circulación. Un caso atípico en el mundo de una duración prolongada y

² Constitución Nacional argentina: “(...) *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes(...)*” “(...) *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre(...)* *En las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional*”.

³ Cabe aclarar que después de la revolución francesa de 1789, se observa un principio de lo que podemos llamar *Le Droit Humain*, donde se desarrolla quizás una de las frases más célebres de la historia “*Liberté, Egalité, Fraternité*”, aunque con un reparo cultural todavía moderado en cuanto a que la esclavitud de la población negra en Francia seguía vigente. Posteriormente se apreciará que en la “*Bill of rights*” de los Estados Unidos, entrada en vigor el en 1791, se adopta esta frase de la revolución francesa y se comienza a moldear un próspero futuro de lo que serán los derechos humanos. Misma situación se adoptará en nuestra *Constitución de la Confederación* de 1853 y, por último, esto culminará con La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

⁴ Libertad, Justicia y Paz para la igualdad se desprende del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

sostenida en el tiempo⁵ comenzando el 20 de marzo del año 2020 y alcanzando los doscientos treinta y cuatro días para el 9 de noviembre de 2021⁶, generando más conflicto social y vulneraciones a los derechos esenciales que soluciones a la situación sanitaria.

II. Libertad

La libertad es el bien intangible máspreciado con el que cuentan los seres humanos, con esta ellos pueden llevar a cabo su elección de vida, sus tareas laborales, brindar su opinión, circular sin restricciones y demás cuestiones en la infinidad de la palabra, siempre que el resultado final de esta expresión de libertad no sea lo suficientemente relevante como para vulnerar los derechos de terceros o el orden publico social.

Thomas Hobbes en su obra más famosa cita “...un hombre libre es quien en las cosas que por su fuerza o ingenio puede hacer no se ve estorbado en realizar su voluntad” **a su vez resalta que** “...para tener la paz y la propia conservación, ha hecho un hombre artificial que nosotros llamamos república, así también han creado cadenas artificiales, llamadas leyes civiles...” el planteo sobre la libertad que nos ofrece y encuadrado a su concepción es la de permitir el libre movimiento de los sujetos de acuerdo al estado natural.

En tanto Spinoza sostendrá que el único sujeto libre es Dios, dado que el hombre solamente una vez que descubra a través de **la razón** (único medio para conseguirlo) que carece de libertad, lo comprenda y lo acepte, solo así obtendrá la dicha de ser libre.

Por otro lado RICARDO YEPES STORK sostiene que “...ejercer la libertad entera significa destinarse, disponer enteramente de sí, convertirse a uno mismo en don...” (1996: p 1102) lo que expresa el autor es que solamente la libertad le

⁵ Coronavirus en Argentina: los efectos que está teniendo la cuarentena más larga del mundo sobre los argentinos (21 de agosto 2021). Accesible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53857858>

⁶El mapa de los países con las cuarentenas más duras del mundo (25 de febrero 2021). Accesible en <https://www.infobae.com/america/ciencia-america/2021/02/25/el-mapa-de-los-paises-con-las-cuarentenas-mas-duras-del-mundo/>

concederá al hombre alcanzar su mayor magnificencia, y que ésta viene inherente a él.

Como puede observarse hay tres concepciones diferentes en cuanto a la libertad, ubicadas en períodos y contextos históricos diferentes, pero que en un punto se encuentran y sostienen que la plena libertad del ser humano se obtiene solamente mediante él mismo, haciendo y desasiendo, razonando y comprendiendo.

Dentro del fallo 164:344 la disidencia del Dr. Lavallo sostiene que *“...cuando aquella duda afecta las garantías constitucionales que forman el patrimonio moral de los habitantes, se impone la resolución favorable a ellas porque siempre son odiosas las restricciones violentas a la libertad...”* como así lo hace también el Dr. Sagarna en su disidencia que dice: *“...no se tolerará la invasión o disminución de las libertades fundamentales de los ciudadanos (o de los habitantes)...”*⁷

La Corte Suprema también sostuvo en el fallo “Olmos, A. c/ Estado Nacional” que *“...el derecho de locomoción o egreso y regreso libre es un derecho individual e importante elemento de a libertad...”*⁸

Asimismo, el Dr. JORGE H. GENTILE sostiene que todos los hombres cuentan con derechos inalienables a él entre los cuales se encuentra la vida, **la libertad** y la búsqueda de la felicidad (GENTILE, 2015).

Por otra Parte ROBERTO GARGARELLA afirma que *“...decir la libertad se viola no sólo a partir de la acción del estado, sino a partir de omisiones, cuando no se le da a la gente aquello que le corresponde...”* *“...De los derechos que aparecen en la Constitución, algunos derechos son tratados como de primera categoría, y otros son tratados como derechos de segunda categoría...”* (GARGARELLA, 2004)

Como puede observarse, nuestra Corte Suprema de Justicia ha ponderado la libertad de sus ciudadanos frente a cuestiones arbitrarias del derecho, lo mismo que han resaltado los doctrinarios.

⁷ CSJN, 06/05/1932 “Simón Scheimberg y Enrique Corona Martínez s/ hábeas corpus en representación de treinta y tres extranjeros detenidos en el “Transporte Chaco” de la Armada Nacional”

⁸ CSJN, 20/08/1985 “Olmos Alejandro c/ Estado Nacional (Min. Del Interior – Policía Federal)”

III. Libertad de circulación. Garantías constitucionales del derecho humano

Como pieza fundamental de este apartado, se debe resaltar el carácter constitucional y supranacional que sustenta el derecho a la libre circulación dentro del territorio nacional. Es la mismísima Constitución Nacional Argentina, quien antes de comenzar con la enumeración de sus artículos y al pie de su preámbulo, sostiene que promoverá el bienestar general como así también asegurará los beneficios de la libertad⁹ para todos aquellos individuos que quieran habitar su suelo. Al mismo tiempo, el artículo 14 de la norma dispone que todos sus habitantes gocen “...de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino...”

Mientras tanto, dentro de la normativa internacional atraída al ordenamiento legal nacional y jerarquizada al máximo ordenamiento, podrá hallarse que el **art. 22** de la Convención Americana de Derechos Humanos, se titula “Derecho de Circulación y de Residencia...”; o bien que dentro del **art. 13** de La declaración Universal de Derechos Humanos se encuentra nuevamente otro amparo de justicia que dice “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.” Sin embargo, no solamente la CADH y esta declaración universal cuentan con la acogida de esta garantía, sino que también se refleja en El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al esbozar que toda persona tiene derecho a circular libremente, a salir de cualquier país y de no ser privado de entrar al suyo de forma arbitraria. Aunque con la salvedad de los dos primeros, cuando estas se hallen previstas por la ley con la necesidad de proteger la salud.

IV. DNU como imperio de ley

⁹ La palabra libertad, al ser una cualidad vital para el individuo, es tediosa para encontrar un significado único que la describa y con este, cumplir su finalidad. Como se observó en los tres autores propuestos en el punto II, las visiones para observar la libertad son más bien personales y dispares, que de un significado uniforme.

Desde la última reforma constitucional al año 2018, la Cámara Argentina de Comercio y Servicios ha relevado que se han realizado 766 decretos de necesidad y urgencia¹⁰, lo que otorgaría una vasta pasividad bicameral.

El art. 99 de la C.N. le otorga al poder ejecutivo la facultad de que ante la imposibilidad y la urgencia de situaciones imprevistas en las cuales el congreso no pueda dictaminar una ley, será este órgano quien deberá resolver la situación mediante el dictado de Decretos de Necesidad y Urgencia (desde ahora DNU). Asimismo, los decretos deberán ser ratificados por el congreso dentro del plazo de 10 días útiles como establece el art. 80 de la norma suprema.

Ahora bien, la ley 26.122 en concordancia con la C.N. estipula que de no darse el pronunciamiento correspondiente de las cámaras, su sanción será tácita o ficta, y por lo tanto, como bien lo explica De la Riva en la obra *“Fuentes del derecho administrativo”*, no debería darse lugar al silencio del congreso que convalide tal acto (BOULLADE G, 2007: p 162).

En cuanto al Congreso de la Nación, se debe tener en cuenta que sus actividades han retomado el día 13 de Mayo, justamente 3 meses después del primer DNU dictado por el ejecutivo, lo que se observa claramente la falta de aprobación dentro de los diez días estipulados por la C.N.

En cuanto al primer decreto emanado, el 12 de Marzo del año en curso, se dicta el DNU 260/2020 que declara la emergencia sanitaria por el plazo de un año y que manifiesta en su art. 21 que *“Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posibles y con base a criterios científicamente aceptables...”*¹¹ Seguido a esto y ante la improvisación y falta de profesionalismo que pudo apreciarse durante todo el periodo de confinamiento¹², se decreta el DNU 297/2020 que dispone declarar el

¹⁰ Informe sobre Decretos de Necesidad y Urgencia (2018). Cámara Argentina de Comercio y Servicios. Accesible en [https://www.cac.com.ar/data/documentos/30_Informe%20sobre%20Decretos%20de%20Necesidad%20y%20Urgencia_FINAL%20\(1\).pdf](https://www.cac.com.ar/data/documentos/30_Informe%20sobre%20Decretos%20de%20Necesidad%20y%20Urgencia_FINAL%20(1).pdf)

¹¹ “Los criterios científicamente aceptables” que anuncia el DNU demuestran el criterio amplio de la frase, abocado al campo científico no aclara si los criterios serán aquellos dispuestos por la OMS, por resultados de investigación nacional o por simples opiniones del personal de la salud en medios de comunicación.

¹² Se podrían haber evitado 24 mil muertes y 1,5 millones de pobres (02 de Agosto 2021) Accesible en <https://www.agrositio.com.ar/noticia/217976-se-podrian-haber-evitado-24-mil-muertes-y-15-millones-de-pobres>

cese total de actividades salvo las comprendidas como esenciales en su art. 6. Asimismo se restringe el circulación entre el 20 y el 31 de Marzo pudiéndose hacerse extensiva la medida en caso de considerarse necesario con el fin de evitar la circulación del virus. Consecuentemente a esto, el art. 4 determina la implementación de los Arts. 205, 239 y sigs. del Código Penal Argentino para contrarrestar las infracciones al **“Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio”**, y hace uso a su vez del art. 128 C.N. para que se adopten las medidas necesarias por parte de las Provincias, la C.A.B.A. y los municipios en cuanto al decreto.

Ahora bien, el artículo 99 inc. 3 de la Constitución Nacional no hace lugar a que el poder ejecutivo dicte mediante decretos de necesidad y urgencia, cuestiones de materia penal estableciendo que *“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.*

Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.” (RAMOS, 2010).

Este argumento fue utilizado también por la Dra. Alejandra Mauricio, de la provincia de Mendoza, en los autos *“F. c/ E.N.R.D. p/ INFRACCIÓN ART. 205 DEL C.P”*¹³, argumentando que la facultad del presidente de dictar DNU tiene sus límites, y uno de ellos es la prohibición de legislar sobre materia penal. De esta manera se cuestiona la inconstitucionalidad de que el incumplimiento de las restricciones a genere una conducta delictiva tipificada.

¹³ Juzgado Penal Colegiado N° 1 de Mendoza, 1ra Circ., 24/08/2020, “F. C/ E.N.R.D. P/ Infracción Art.205 Del C.P. En Función Del Artículo 4 Del DU 297/2020 Y Artículo 1 Del DNU408/2020, Incumplimiento Del Aislamiento Social Preventivo Y Obligatorio”

Ante tales circunstancias, falla contra el art. 4 del DNU 297/2020 que regula cuestiones de materia penal para quien infrinja la orden de restricción en materia de circulación, y que dispone que: *“Cuando se constate la existencia de infracción al cumplimiento del “aislamiento social, preventivo y obligatorio” o a otras normas dispuestas para la protección de la salud pública en el marco de la emergencia sanitaria, se procederá de inmediato a hacer cesar la conducta infractora y se dará actuación a la autoridad competente, en el marco de los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.*

El MINISTERIO DE SEGURIDAD deberá disponer la inmediata detención de los vehículos que circulen en infracción a lo dispuesto en el presente decreto y procederá a su retención preventiva por el tiempo que resulte necesario, a fin de evitar el desplazamiento de los mismos, para salvaguarda de la salud pública y para evitar la propagación del virus.”

Respecto del art. 18 de la C.N., debe existir una ley dictada por el congreso federal y esta debe ser previa al hecho, quedando en claro que se le impide la delegación de esta facultad sobre alguna de las provincias. (BIDART CAMPOS, 1996: 292-293)

Al mismo tiempo la jueza sostiene que, la provincia también ha redactado el decreto provincial 563/2020 el cual contiene una sanción penal para el incumplimiento de la restricción y que por lo tanto, resulta ilegal aplicar dos sanciones de diferente naturaleza para la inobservancia de las restricciones de derechos y garantías por razones de salubridad. De admitirse tal situación, se estaría dando lugar a una doble imposición penal, que resultaría inadmisibles para el estado de derecho.

V. Criterios científicamente aceptables

El presente título no fue utilizado al azar dentro del presente texto, sino que el mismo se desprende del artículo 21 del DNU 260/20 donde se emana que *“Las medidas sanitarias que se dispongan en el marco del presente decreto deberán ser lo menos restrictivas posible y con base en criterios científicamente aceptables...”*

Según lo dictaminado por la norma, dicha frase se asemeja más a un criterio del conocimiento científico y la epistemología, que a una norma que busca proteger a los individuos ante una situación de crisis. Tal como intenta explicar Luis Montes, son criterios según los cuales, en un lugar y momento histórico determinados, se considera **científicamente aceptable** una investigación (GONZÁLEZ, 2004: p. 44)

Obsérvese además que, el día 4 de Marzo el Ministro de salud Gines García sostiene que *“Yo estoy relativamente tranquilo a la dimensión que puede tener esto en Argentina”*¹⁴. Con misma sintonía y en el día 11 del confinamiento obligatorio estipulado por un plazo de quince días, siendo el 30 de Marzo el Ministro expresa *“cuando uno mira epidemiológicamente mira las consecuencias globales o sea la estadística, por estadística es mucho peor la gripe que el coronavirus”*¹⁵

Por otro lado, el 11 de Octubre David Nabarro asesor de la OMS, declara que los líderes mundiales deben dejar de usar el confinamiento como medida principal de control frente al virus¹⁶. A esta altura del calendario, Argentina llevaba más de doscientos días de cuarentena, y que pese a estos dichos, no había tomado lo que se cree que eran *criterios científicamente aceptables*, imponiendo todavía la restricción a la libertad de circulación.

Es evidente que la expresión *criterios científicamente aceptables*, es una frase técnica que podría emplearse sin dificultades dentro del área de la investigación científica y no dentro de aquella normativa tendiente a contrarrestar y apaliar una crisis sanitaria global. La frase como tal, incorporada dentro de una norma, genera infinidad de interpretaciones y equivocaciones por parte de los

¹⁴ “Coronavirus en Argentina: Ginés González García consideró que es “innecesario tanto temor” (5 de Marzo de 2020) Accesible en https://www.clarin.com/sociedad/coronavirus-argentina-gines-gonzalez-garcia-considero-innecesario-temor-_0_RtnmkU09.html

¹⁵ Entrevista Radio Rivadavia el 30/03/2020, que también fue reproducido en el programa *“intratables”* de América Tv el mismo día.

¹⁶ Entrevista realizada para la revista británica “The Spectator”, “Watch: Dr David Nabarro, the WHO's Special Envoy on Covid-19, tells Andrew Neil: “We really do appeal to all world leaders: stop using lockdown as your primary control method” (9 de Octubre de 2020) Accesible en <https://twitter.com/spectator/status/1314573157827858434?lang=es>

lectores. Se desconoce quienes emanaran esos criterios, y sobre qué base afirmarían sus cimientos para que esto sea prudente y necesario. Por último no establece ni deja en claro, si el órgano encargado de deducirlos será nacional o supranacional, si será del área legal o del área de la salubridad

VI. La Corte Suprema de Justicia y algunos cuestionamientos

El jueves 10 de septiembre de 2020, la Corte Suprema de Justicia da a conocer una serie de fallos sumamente interesantes en materia de violación de derechos en los cuales se hace efectivo un apercibimiento a los gobiernos de las provincias de San Luis, Formosa, Corrientes y Salta para que den a conocer los motivos por los cuales existen bloqueos jurisdiccionales en sus provincias.

En la causa 476/2020¹⁷ la actora con domicilio en La Matanza, Provincia de Buenos Aires, pretende que se ordene a la demandada (provincia de San Luis) que permita su ingreso y el de su actual pareja al territorio provincial a los efectos de poder ver a su hija menor de edad, y que los autorice a alojarse en el hotel que ellos mismos eligieron, ubicado en la localidad donde reside su hija, y no en el que el gobierno provincial designó, a unos 150 km del domicilio de la menor. Lo cual a su entender, resulta violatorio de la Convención de los Derechos del Niño (artículos 3.1., incisos 1° y 2°; 9, inciso 3°; 12 y 18), de la ley 26.061 (artículo 3°, incisos-e y f) y de la Constitución Nacional.

Afirma que la provincia demandada, por medio de una reglamentación, le niega la posibilidad de ingresar transitoriamente a su territorio y ver a su hija, y que si bien tiene facultades para ejercer el poder de policía dentro de su jurisdicción, no por ello puede avasallar sus derechos constitucionales y los de la niña, que desea ver a su madre.

En la causa 475/2020¹⁸, el actor promueve acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional contra la Provincia de Salta, a fin de hacer cesar el impedimento para acceder al establecimiento agropecuario que administra, ubicado en la localidad de La Candelaria de

¹⁷ CSJN, 10/09/2020 “Borge, María Sol c/ San Luis, Provincia s/ medida autosatisfactiva” 476/2020

¹⁸ CSJN, 10/09/2020 “Crescia, Ernesto Omar c/ Salta, Provincia de s/ amparo” 475/2020

aquella provincia, y que la autoridad provincial se abstenga de obligarlo a realizar, con carácter previo, una internación en el Hotel Termas de la vecina localidad de Rosario de la Frontera, sobre la base de un protocolo aprobado por el Comité Operativo de Emergencia (COE) creado por el decreto provincial 250/2020 en el marco de la pandemia provocada por la propagación del coronavirus COVID-19.

Además, considera que dichas resoluciones de la autoridad local solo obligan a permanecer "en solitario, sin contacto cercano con ninguna persona" en un lugar adecuado y a abstenerse de realizar desplazamientos fuera del sitio, y que una vivienda rural -alejada de cualquier otra residencia o población- encuadra en lo que la norma provincial denomina "lugar adecuado".

En la causa 592/2020¹⁹ el actor a favor de los ciudadanos que se encontraban varados en la ruta 11, a la altura de la localidad de Gral. Lucio V. Mansilla, en el límite con la Municipalidad de Puerto Eva Perón (Provincia del Chaco), inicia la presente causa debido a que la Provincia de Formosa les impide el ingreso para regresar a sus respectivos lugares de residencia en esta última.

Destaca que duermen en sus vehículos, a la intemperie o en las carpas que, por razones humanitarias, les facilitó la Municipalidad de Puerto Eva Perón y que, para alimentarse, dependen de los vecinos del lugar o de los choferes de los camiones que transitan por la ruta, quienes les proveen los víveres necesarios para subsistir.

Afirma que las autoridades provinciales no solo limitaron la circulación, sino que decidieron prohibirla, impidiendo que sus propios residentes pudieran siquiera retornar cumpliendo con el resguardo preventivo; agrega que las autoridades provinciales habían asegurado no contar con centros de aislamiento disponibles para alojar a las personas en cumplimiento de los 14 días fijados, como cuarentena, por las normas nacionales.

¹⁹CSJN, 10/09/2020 "Petcoff Naidenoff, Luis Carlos c/ Formosa, Provincia de s/ habeas corpus"592/2020

Sostiene que existe una amenaza actual e inminente de que se profundice el peligro a la vida y a la salud de las personas individualizadas, al verse absolutamente impedidas de volver al departamento o partido donde residen.

En la causa 1674/2020²⁰ La firma Licores Nordeste S.R.L., interpuso acción de amparo contra la Provincia de Corrientes y la Policía de dicho Estado provincial, a fin de que se disponga el libre tránsito, circulación y acceso a la ciudad de Corrientes del personal dependiente de la empresa que debía trasladarse desde la ciudad de Resistencia hacia aquella otra, o desde esta última hacia la localidad chaqueña de Barranqueras para desempeñar sus funciones laborales.

Expuso que los empleados en cuestión habían realizado los trámites administrativos dispuestos por el Gobierno de la Provincia de Corrientes mediante el decreto 790/20 del 25 de mayo de este año (B.O. provincial n° 28.067), y que a ambos les había sido rechazado el ingreso o el egreso -según el caso- del territorio provincial, lo cual –a su entender– vulnera el principio de prelación de las leyes y, en consecuencia, los derechos al trabajo, al comercio y a la libre circulación consagrados por la Constitución Nacional.

Adujo que la normativa provincial avanzó mucho más allá en la restricción de derechos que lo dispuesto por las normas dictadas por el Poder Ejecutivo Nacional que, por ser de naturaleza federal, son supremas y no pueden ser contradichas por las disposiciones dictadas por las autoridades locales.

Afirmó que la conducta de la Provincia de Corrientes restringe los derechos a la libre circulación y al trabajo, sin causas que justifiquen las limitaciones impuestas.

Como puede verse en estos casos, la falta de coherencia entre la aplicación de normas junto a la falta de observancia de los derechos desamparados, pone de manifiesto no solo la vulneración del derecho a la libre circulación por territorio federal, sino del trabajo, de la dignidad y la vida de los sujetos varados, y de los intereses del niño y su núcleo familiar entre otros.

²⁰ CSJN, 10/09/2020 “Licores Nordeste SRL c/ Corrientes, Provincia de s/ amparo” 1674/2020

Por otro lado, recién a casi medio año de confinamiento obligatorio y estricto control de circulación se alza la CSJN, gracias al caso de Solange Musse²¹, en cuanto al cierre de fronteras provinciales y la falta de libre circulación sobre rutas nacionales y provinciales en materia de competencia.

El Juzgado de Competencia Múltiple de Huinca Renancó elevó a la CSJN la denuncia iniciada por Pablo Musse²², a raíz de que se expida sobre la competencia en la que debía recaer la misma. En la presente se ordena que se investigue a las autoridades del Centro de Operaciones de Emergencia (COE), el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, y así también a funcionarios de diferentes fuerzas policiales, por el impedimento de ingresar a la provincia de Córdoba.

Finalmente la CSJN entiende que debe ser la fiscalía de instrucción quien lleve adelante la investigación del proceso y no el Juzgado Federal de Río Cuarto.

VII. Conclusión

Con todo lo atisbado, existe una inconsistencia en los criterios adoptados, un precario relego facultativo provincial y una clara violación al Derecho Humano a la libre circulación y a la C.N.

Se observa que, los decretos de necesidad y urgencia deben ser dictados en última instancia cuando no haya alguna otra solución más expedita para el tema en cuestión pero, deben ser aprobados dentro de los diez días de su dictado, cuestión que no ha ocurrido en este caso por encontrarse inactivo el Congreso de la Nación. Por otro lado, tampoco se ha recurrido a una sesión

²¹ Solange Musse fue una joven que padecía un cáncer terminal encontrándose internada en la ciudad de Alta Gracia. Su padre, el Sr. Pablo Musse debió dirigirse desde la provincia de Neuquén hasta dicha localidad a la cual no pudo llegar, ya que por motivos de cierres fronterizos provinciales y las funciones de diversas autoridades municipales y de seguridad de la provincia de Córdoba, se vio impedido de seguir el viaje para despedirse de su hija.

²² Juzg. Control, Niñez, Juv., Penal, Juvenil, Viol. Fliar Y Faltas - Huinca Renanco, 02/11/2020 "Antecedentes Remitidos Por El Juzgado Federal, A Cargo Del Dr. Carlos Arturo Ochoa, Secretaría En Lo Criminal Y Correccional De La Ciudad De Rio Cuarto, En La Causa "Nn S/ Abuso De Autoridad Y Viol. Deb. Func. Publ. (Art 248)- Denunciante Musse, Pablo Gustavo" Expte N° Fcb 8692/2020. Por Incompetencia En Razón De La Materia- Antecedentes Remitidos"

extraordinaria para aprobar estos decretos, cuando a principios del mes de Marzo el ministro de salud sostenía su tranquilidad frente a la dimensión que podría tener el efecto de la pandemia en Argentina. La falta de cumplimiento en el plazo previsto por ley para que se exprese la comisión bicameral, como para que también el jefe de gabinete someta a votación la aprobación del DNU genera una clara violación a la normativa constitucional y con este criterio pudiendo hacer y deshacer sin control alguno, ya que el silencio debe ser tomado con el decreto presentado ante la comisión y no, con el congreso sin actividad.

Prosiguiendo en la línea de los DNU, se registra que se ha violado la disposición constitucional que prohíbe el dictado de decretos que regulen cuestiones de índole penal, además, se regula la potestad de cada provincia a hacer facultad a la elección de libre circulación dentro de su territorio, cuando la C.N. otorga ese derecho para afianzar los vínculos del federalismo nacional y la libertad de movilidad de sus habitantes, no para restringirlos y actuar de forma independiente prohibiendo el paso, el uso y el goce de este derecho.

No solo estas cuestiones entran en discusión, sino que la expresión **“criterios científicamente aceptables”** no contiene una lógica para determinar que premisas resultarían aceptables para llegar a una conclusión. El propio ministro de salud a once días del comienzo del aislamiento social se pronuncia diciendo que es más peligrosa la gripe común que el “*coronavirus*”; en el mismo sentido la OMS ratifica que la prolongación del aislamiento no es eficiente para combatir la pandemia y genera mayores riesgos que beneficios, entonces, puede observarse que este criterio no se basa en las exposiciones de los expertos de la salud, sino en la subjetividad y creencia de un jefe de estado carente de todo tecnicismo médico epidemiológico.

El escueto amparo bajo *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en cuestiones de salud, cuando no se toman los criterios acertados y lo dichos del ministro de salud son contradictorios, y aquellos expuestos por la OMS no son tomados en cuenta.

En una nebulosa jurisprudencial, la CSJN se expide sobre un reducido y contado con los dedos grupo de expedientes para que ciertas provincias expliquen el motivo de los bloqueos a la libre circulación jurisdiccional, un punto

que genera confusión tanto ciudadana como estatal. Se observó que el DNU relegaba la responsabilidad de circulación a cada provincia, pero ahora debe apreciarse que **la justicia de la nación** solicita explicaciones sobre las decisiones adoptadas, en vez de evaluar y pronunciarse sobre la validez o puntos vagos que este decreto presenta.

En cuanto al fallo de la Dra. Alejandra Mauricio, es completamente novedoso²³ y certero su criterio en base a la violación constitucional que presenta el DNU dictado que regula sobre materia penal.

Y por último, la ruptura democrática federal de la libre circulación, afianzada y garantizada constitucionalmente por consecuencia de un avasallante libertinaje jurisdiccional provincial de carácter arbitrario y restrictivo, demuestra otra violación al Derecho Humano.

VIII. Bibliografía

BIDART CAMPOS G. (1996) *manual de la constitución reformada Tomo II* (5ta ed.). Buenos Aires: Ediar.

BOULLADE G. (2007) *Fuentes de derecho administrativo* (1ra ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.

GARGARELLA R, (2004, Septiembre) *Presentación del proyecto Mariano Moreno para la formulación de un nuevo contrato social fundamentos filosóficos y políticos de la igualdad liberal* UBA derecho, Buenos Aires, Argentina.

GENTILE J, (2015). Los derechos humanos en el siglo XXI. ProfesorGentile. Accesible en <http://www.profesorgentile.com/n/los-derechos-humanos-en-el-siglo-xxi.html>

GONZÁLEZ F (2005) ¿Qué es un paradigma? Análisis teórico, conceptual y psicolingüístico del término. RevInPost, vol. 20, pp. 13-54. Accesible en <https://www.redalyc.org/pdf/658/65820102.pdf>

HOBBS T. (2005) *Leviatan* (5ta ed.). Argentina: Fondo de la cultura económica.

²³ Se toma como novedoso, dado que durante el tiempo que lleva vigente ningún otro juzgador se ha abocado a observar este punto y declararlo inconstitucional.

RAMOS S (Septiembre 2010). *Lineamientos de la Corte Suprema en materia de Decretos de Necesidad y Urgencia*. Accesible en <http://www.saij.gob.ar/santiago-jose-ramos-lineamientos-corte-suprema-materia-decretos-necesidad-urgencia-dacf100064-2010-09/123456789-0abc-defg4600-01fcanirtcod>

ROSAS J (1996). *Historia constitucional argentina* (5ta ed.). Buenos Aires: Astrea

SPINOZA (1891), *The chief works of Benedict de Spinoza*. London: George Bell and Sons.

YEPES STORK R (1996) *Intimidad, don y libertad nativa. Hacia una antropología de los trascendentales personales*. Anuario Filosófico, volumen 29, p. 1102. Accesible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=29110>

LA CRISIS MIGRATORIA EN CEUTA: DEVOLUCIONES EN CALIENTE Y REPATRIACIÓN DE MENORES NO ACOMPAÑADOS

Flavia Noemí Galindez¹

Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2021

Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2021

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo analizar la crisis migratoria en la Ciudad Autónoma de Ceuta, así como la legalidad de las medidas llevadas a cabo por el Gobierno Español a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, expulsiones colectivas, devoluciones en caliente, repatriación de menores, migraciones, Ceuta.

Title: Migration crisis in Ceuta: the so-called “push-backs” and repatriation of unaccompanied minors

Abstract

The aim of this article is to analyze the migration crisis in the Autonomous City of Ceuta, and the legality of the measures carried out by the Spanish Government in the light of the judgments of the European Court of Human Rights.

¹ Abogada (Universidad Nacional de La Matanza, Argentina). Realizó estudios de posgrado en Abogacía Estatal, Local y Federal (Escuela de Formación en Abogacía Pública de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires) y en Derechos Humanos, Políticas Especiales y Participación Popular (Centro de Estudios para el Fortalecimiento Institucional (CEFI) de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Letrada dictaminante en la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires.

Keywords: Human rights, European Court of Human Rights, collective expulsions, “push-backs”, repatriation of minors, migration, Ceuta.

I. Introducción

Al momento de entrega del presente trabajo monográfico, continúan profundizándose las consecuencias de la crisis migratoria existente en la frontera hispano-marroquí, específicamente en la Ciudad Autónoma de Ceuta.

Si bien la misma proviene de larga data, se ha visto agravada durante el corriente año 2021, en el marco de presiones políticas, y en un contexto sumamente difícil, como causa de la pandemia originada por el virus COVID-19, tanto desde el aspecto social, como económico y sanitario.

El propósito de este análisis reside en observar el manejo de tal situación por parte dicha Ciudad Autónoma, como así también, por el Gobierno de España, el cual, desde ya se anticipa, no ha satisfecho los estándares y garantías establecidos por el Sistema Europeo de Derechos Humanos para la protección de las personas migrantes.

En tal sentido, me referiré principalmente a dos aspectos sumamente preocupantes: las “devoluciones en caliente”, y la “repatriación” de los menores migrantes no acompañados que se llevaron a cabo en ese territorio.

II. El fenómeno migratorio: situación de Ceuta

Los movimientos migratorios configuran un fenómeno a escala global, lo cual supone diversas consecuencias, tanto para los países de origen como para los de recepción.

Las causas de desplazamiento son variadas, y abarcan desde conflictos bélicos, violencia institucional, persecuciones por cuestiones políticas, de raza,

y/o religión, por situaciones familiares, pero más comúnmente, son factores económicos los que explican las dinámicas migratorias extra e intrarregionales (TEXIDÓ, E., & GURRIERI, J. 2017: p. 9).

Las políticas migratorias son parte de las políticas públicas y, por tanto, en función del principio de soberanía, corresponde al gobierno de cada Estado definir las y aplicarlas. No obstante, esa facultad, para que resulte legítima, debe ser ejercida en cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos asumidos voluntariamente por esos mismos estados.

Ahora bien, las políticas de control migratorio llevadas a cabo por los estados se han endurecido en los últimos años, dando lugar, lamentablemente, a la repetición de prácticas que son incompatibles con los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados y los estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos, pero que por llevarse a cabo en las fronteras se justifican como medidas necesarias.

Y, *“...en ese escenario, alegando la necesidad de una gestión que permita a los Estados seguir ejerciendo su soberanía, se incrementan sistemáticamente las formas de control con muros y vallas en el espacio terrestre y con todo tipo de mecanismos en el ámbito marítimo que cuestionan tales derechos”* (DE LUCAS, J., 2015: p. 52).

Al ser país integrante del espacio Schengen, España es responsable de gestionar sus fronteras exteriores. Conforme lo prevé el Código de Fronteras Schengen, debe impedir el cruce no autorizado de sus fronteras, luchar contra la delincuencia transfronteriza y adoptar medidas contra las personas que crucen de manera ilegal².

Para llevar a cabo dicho cometido, la Unión Europea, y algunos de sus Estados miembros optaron por “externalizar” -en parte- el control de sus

² Conforme al artículo 13.1 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (texto codificado) (DO L 77 de 23.3.2016, pp. 1-52). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:02016R0399-20170407>.

fronteras. Dicha externalización consiste, básicamente, en la delegación de una parte de la gestión fronteriza a un tercer Estado, no miembro de la Unión, el cual actúa como una especie de cordón sanitario en materia migratoria.

En el caso de España, el tercer país con el cual efectúa esta externalización del control migratorio, es Marruecos. Esta cooperación³, otrora, fue considerada como la “piedra de toque del éxito español en el control de flujos migratorios irregulares”⁴.

Considerando que, España al poseer dos ciudades autónomas en continente africano- Ceuta y Melilla, es la puerta de entrada a Europa a través de la cual muchas personas del continente africano intentan huir de la pobreza y la violencia allí reinante, dicha frontera hispano-marroquí soporta una gran presión migratoria desde hace años.

Es habitual que pequeños números de migrantes logren cruzar la frontera, pero, conforme fuera destacado por los medios españoles, la magnitud de los cruces acontecidos durante la noche del lunes 17 al martes 18 de mayo del año en curso, fue algo excepcional. Miles de personas pudieron llegar a la zona fronteriza sin que los detuvieran primero las autoridades marroquíes. Unas 8.000- de los cuales 2.000 serían menores- llegaron a Ceuta a nado o en pequeños botes esquivando los rompeolas entre los dos países.

El martes, España envió tropas y vehículos blindados a la frontera, acorraló a migrantes en una playa y obligó a muchos a regresar a través de un portón en la cerca fronteriza. Un joven murió ahogado y decenas de personas sufrieron hipotermia, según informó la Cruz Roja⁵.

³ La cooperación hispano-marroquí ha sido objeto de codificación a través del Tratado de amistad, buena vecindad y cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat, el 4 de julio de 1991 (BOE n. 49, de 26 de febrero de 1993). Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1993-5422>.

⁴ Consejo de Seguridad Nacional, Informe Anual de Seguridad Nacional 2013, p. 99. Accesible en: <https://www.dsn.gob.es/es/estrategias-publicaciones/informe-anual-seguridad-nacional/informe-anual-seguridad-nacional-2013>.

⁵ Accesible en: <https://apnews.com/article/noticias-3f9d303edbc3d6d6973b6565dd5c4866>

Ello supuso un récord, ya que, según se informó, el número de personas ingresando por minuto ascendía a treinta (30), siendo las imágenes tomadas sumamente impactantes. Dicho número fue incrementado a medida que pasaban las horas, alentado, según se indica en los medios españoles, por la permisividad de las fuerzas auxiliares de la frontera marroquí, existiendo incluso testimonios relativos a la facilitación estatal de transporte para llegar hasta la costa⁶.

En igual sentido, algunos de los niños que llegaron lo habrían hecho engañados, ya que se les dijo que en la ciudad autónoma española podrían ver a los futbolistas Lionel Messi y Cristiano Ronaldo, según relataron a los voluntarios que repartían comida en la frontera española⁷.

La situación supra descrita, aconteció en medio de –o propulsada por– una disputa diplomática entre Rabat –capital de Marruecos– y Madrid por la asistencia médica prestada por España al líder independentista del Sahara Occidental, un territorio que Marruecos considera propio⁸.

Algunos expertos dicen que el asunto trasciende dicha disputa, y que lo que se busca, es que España reconozca la soberanía de Marruecos sobre el Sahara Occidental, tal como hizo Estados Unidos durante la presidencia de Donald Trump.

III. Protección normativa

Los derechos humanos de las personas migrantes están incluidos, casi en su totalidad, en todos los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, los cuales reconocen y garantizan un amplio catálogo de derechos humanos a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción

⁶ Accesible en:

https://www.elconfidencial.com/mundo/2021-05-17/marruecos-castiga-a-espana-con-la-mayor-ola-migratoria-de-la-historia_3085184/.

⁷ Accesible en: https://as.com/diarios/2021/05/20/actualidad/1621518717_430990.html

⁸ Accesible en: <https://elpais.com/espana/2021-05-31/marruecos-reconoce-que-la-raiz-de-la-crisis-con-espana-es-el-sahara-occidental-y-lo-equipara-con-el-independentismo-catalan.html>

de un Estado, sin perjuicio de la nacionalidad de las mismas.

Si bien los Estados tienen la posibilidad de definir de manera discrecional su política migratoria y decidir sobre la entrada, permanencia y la expulsión de extranjeros de su territorio, ello no implica que puedan prescindir de las normas internacionales que establecen limitaciones a esa potestad, sino que por el contrario *“...su ámbito puede quedar restringido por convenios internacionales, como aquellos relativos a la entrada y expulsión de extranjeros en el territorio sobre el que un Estado ejerce su soberanía”* (SALCEDO, J. A. C., 2001: p. 41).

En el marco del Derecho Comunitario Europeo, el sistema de protección de los derechos fundamentales quedó consagrado con la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en vigor desde el 3/9/1993 y sus posteriores Protocolos Adicionales y la Carta Social Europea.

El mismo Tratado de la Unión Europea (versión consolidada al 2016) prevé en su artículo 6.2 que la Unión se adhiere a la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, y que los derechos fundamentales allí garantizados como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión, como principios generales (v. artículo 6.3).

Es decir, el sistema de derechos fundamentales en Europa se basa en una interrelación tripartita: el sistema de derechos de la Unión, el Consejo de Europa y el de las Constituciones de los Estados, siendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el encargado de hacer cumplir en última instancia esas garantías cuando en tal sentido no lo hagan los Estados parte.

Es dicho Tribunal quien, como se reseñará en el presente, con sus fallos ha dotado de contenido la garantía de la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros.

i. La prohibición de las expulsiones colectivas

Como fuera adelantado, hay normas del Derecho Internacional por las

que se rige el derecho de un Estado a expulsar a los extranjeros, cuyo cumplimiento condicionará la legalidad de esa expulsión.

Ello, toda vez que, sin perjuicio del principio fundamental de la soberanía del Estado en el orden internacional que los faculta a dictar normas internas en virtud de su competencia territorial, “...*todos los Estados deben respetar hoy en día los principios fundamentales que conforman el ordenamiento jurídico internacional y los derechos humanos*” (PÉREZ, O. M., 2013: p. 202-203).

La prohibición jurídica de las expulsiones colectivas se materializó en el año 1963 a través del Protocolo N° 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales- comúnmente llamado Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Si bien en el artículo 1 del CEDH⁹, los Estados se comprometieron a garantizar los derechos y libertades de cualquier persona, nacional o no, que se encuentre bajo su jurisdicción, no se hace referencia a la libertad de entrada, residencia y circulación.

Así, a través del artículo 4 del mencionado Protocolo N° 4 se prescribe expresamente: quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros, interpretándose por tales a “...*todos aquellos que no tienen derecho real a la nacionalidad en un estado, ya sea que estén de paso por un país o residan o estén domiciliados en él, sean refugiados o hayan ingresado al país por iniciativa propia, sean apátridas o posean otra nacionalidad*” (Council of Europe, 1976: p. 505, párr. 33).

De esta manera, el protocolo del año '63, se convirtió en el primer tratado internacional que se ocupó de las expulsiones colectivas, y surgió con el objeto de evitar que se repitieran expulsiones masivas, como las que a ese momento habían tenido lugar, o que se pudiera de modo alguno legitimar las mismas.

⁹ El artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece: “*Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio*”. Accesible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

Asimismo, su propósito fue evitar que los Estados expulsaran a los migrantes de su territorio sin antes examinar sus circunstancias personales, y sin que pudieran acceder a algún tipo de defensa o revisión contra las medidas adoptadas por la autoridad competente (European Court of Human Rights, 2020: p. 5).

Esta prohibición se trata, en la especie, de una verdadera garantía procesal para los migrantes. Ello, considerando que cuando un estado expulsa a un extranjero aún si éste ingresó de manera irregular-, su decisión sólo será legítima si reúne ciertos extremos: estar motivada; ser producto de un análisis previo de la circunstancia individual de la persona; haber evaluado si su devolución coloca a la persona en riesgo de ser sometida a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes; explicarle al migrante los motivos de dicha decisión; y otorgarle la oportunidad para ejercer su defensa.

Diversos instrumentos internacionales- en el ámbito regional- también recogen expresamente la prohibición de expulsión colectiva de extranjeros. En tal sentido, cabe destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la cual en su artículo 22.9 establece: “*Está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros*”, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981¹⁰ o la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994¹¹.

En cuanto al objeto de estudio del presente, en el marco del derecho de la Unión Europea las expulsiones colectivas están asimismo expresamente prohibidas en el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales y son contrarias al artículo 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que exige que el acervo comunitario en materia de asilo sea conforme a los demás tratados pertinentes.

¹⁰ El artículo 12.5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos establece: “*Está prohibida la expulsión en masa de extranjeros*”. Accesible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>.

¹¹ El artículo 26.2 in fine de la Carta Árabe de Derechos Humanos prohíbe las expulsiones colectivas en todos los casos. Accesible en: <https://aci.hl.org/res/documents/CARTA-%C3%81RABE-DE-DERECHOS-HUMANOS.2004.pdf>.

A escala universal, en el ámbito del sistema de las Naciones Unidas, se prohíben las expulsiones colectivas en el artículo 22.1 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990, por lo que parece limitarse únicamente a los trabajadores migratorios y sus familias.

Ahora bien, el alcance de la prohibición supra reseñada no se circunscribe únicamente al ámbito regional, sino que puede entenderse como un principio general del Derecho Internacional.

Respecto de ello, el Relator Especial sobre los derechos humanos, Jorge Bustamante indicó: *“Cabe decir que la prohibición de la expulsión colectiva de los no nacionales es un principio reconocido del derecho internacional consuetudinario. De hecho, la Convención Internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares es el instrumento de la legislación internacional de derechos humanos que otorga una mayor protección a los migrantes irregulares, además de prever derechos adicionales contra la expulsión, que en otros instrumentos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, está reservada a los migrantes que residen legalmente en el país”* (Bustamante, J., 2008: párr. 49, nota a pie 36).

En igual sentido, el Relator Especial Maurice Kamto expresó que *“podría sugerirse que en esta materia existe un principio general del derechos internacional reconocido por las naciones civilizadas”, argumentando que la prohibición de las expulsiones colectivas “está recogida en tres instrumentos regionales de derechos humanos de los que son partes la gran mayoría de los Estados miembros de la comunidad internacional”, y “a fin de cuentas, el artículo 38 del Estatuto de la CIJ no exige que el principio general esté reconocido por todas las naciones civilizadas”* (KAMTO, M., 2007: párr. 115).

ii. La prohibición de las expulsiones colectivas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

No obstante haberse presentado varias demandas, primero ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y después ante el TEDH, basadas en posibles vulneraciones del artículo 4 del Protocolo N° 4 al CEDH, ninguna logró prosperar hasta el año 2002, cuando el Tribunal condenó por primera vez a un Estado por haber efectuado expulsiones colectivas. Concretamente, ocurrió en la causa “Conka y otros v. Bélgica”, en la que el TEDH sentenció que Bélgica había infringido el citado precepto¹².

Desde ese entonces, el Tribunal de Estrasburgo ha interpretado en diferentes sentencias la prohibición de expulsiones colectivas de personas migrantes, observándose una tendencia en favor de la condena a los estados ejecutores de este tipo de expulsiones¹³.

En dichas oportunidades, el TEDH dejó claro que no todo es válido como manera de repeler la inmigración irregular, delimitando así su contenido y alcance, y consolidándose como el garante supremo de los derechos humanos en el continente europeo.

En cuanto al contenido de dicha prohibición, se observa que la Comisión Europea de Derechos Humanos ya en el caso “Becker v. Dinamarca” estableció que las expulsiones colectivas hacían referencia a cualquier medida de la autoridad competente que obligue a los extranjeros, como grupo, a abandonar un país, con independencia del elemento de unión entre los mismos¹⁴. Igual interpretación siguió el TEDH, que en los diversos asuntos que se le han planteado ha apreciado, o no, la existencia de expulsiones colectivas según si la medida de expulsión adoptada es resultado de un examen razonable y objetivo de la situación particular de cada uno de los extranjeros que forman el grupo, y en función de si cada uno de los afectados ha tenido la oportunidad de alegar, de forma individual, ante las autoridades competentes los argumentos en contra

¹² STEDH, *Conka y otros v. Bélgica*, 05/02/02, apartado 63.

¹³ Ver en STEDH, *Shioshvili y otros vs. Rusia*, 26/12/16, asunto n° 19356/07 y *Sharifi y otros vs. Italia y Grecia*, 21/10/14, asunto n° 16643/09, entre otras.

¹⁴ Decisión de la Comisión sobre admisibilidad de 3 de octubre de 1975, pág. 256. Accesible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75008>.

de su expulsión, es decir, de acceder a un recurso.

El número de personas afectadas por la medida de expulsión no es elemento central para llegar a la conclusión de si ha existido o no una expulsión colectiva, sino que lo determinante es la existencia o inexistencia de un examen verdaderamente individualizado de cada uno de los casos de todas aquellas personas que integren el grupo objeto de expulsión. Este requisito fundamental fue destacado por el TEDH en la primera sentencia en la que condenó a un Estado por llevar a cabo expulsiones colectivas (cit. asunto Conka v. Bélgica).

Dicho examen, cabe destacar, debe ser realizado por una autoridad con capacidad de valorar en su totalidad la argumentación ofrecida contra la expulsión, respetándose siempre las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos.

Aunque tradicionalmente se ha partido de la idea de que la expulsión se produce desde el territorio Estado, con la sentencia “Hirsi Jamaa y otros c. Italia”¹⁵, el TEDH indica que se puede hablar de expulsión colectiva, con independencia del lugar desde el que se produzca la acción, si los hechos se producen en una situación en la que las personas afectadas se encuentran bajo la jurisdicción del Estado, condenando al Estado Italiano por una expulsión que no se había producido desde su territorio nacional, sino desde alta mar, por sus agentes de seguridad. En cuanto a la aplicación del artículo 4° del Protocolo, relativa a su aplicación personal, el TEDH consideró que puede existir una expulsión colectiva con independencia de la situación administrativa en la que se encuentren las personas afectadas.

El TEDH ha expresado en tal sentido que el artículo 4 del Protocolo N° 4 no contiene ninguna referencia a la condición legal o no del extranjero, de tal forma que cabe su aplicación a los extranjeros que se encuentren en el territorio del Estado -o fuera del territorio, pero bajo la jurisdicción del Estado-, “*sin distinguir entre si están de paso o si son residentes, refugiados o apátridas*”

¹⁵ STEDH, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, 23 de febrero de 2012, apartados 81 y 174.

(SOLANES CORELLA, Á., 2017: p. 201).

En base a lo expuesto se destaca que dichos pronunciamientos han permitido dotar de contenido el artículo 4 del Protocolo N°4 que contiene la prohibición absoluta de las expulsiones colectivas, pudiendo concluirse que, en el sistema del Consejo de Europa, el TEDH cuenta con una jurisprudencia consolidada en la materia.

IV. El rechazo de extranjeros en las fronteras de Ceuta. Las llamadas “Devoluciones en caliente”

Se entiende por dicho término a *“la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega a las autoridades marroquíes por vía de hecho de ciudadanos extranjeros que han sido interceptado por dichos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en zona de soberanía española sin seguir el procedimiento establecido legalmente ni cumplir las garantías internacionalmente reconocidas”* (MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., & SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., 2015: p. 2).

Las primeras “devoluciones en caliente” en la frontera hispano-marroquí datan del año 2005, momento desde el cual, la práctica no ha cesado. Son llevadas a cabo sin autorización judicial, sin que medie asistencia letrada, y sin un examen individualizado que permita al individuo solicitar protección internacional, es decir, no cumplen la propia Ley Orgánica española 4/2000 (LOEX)¹⁶.

Esta práctica, hasta el año 2015, si bien como fuera señalado se daba en la realidad, no encontraba recepción normativa en la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), ya que la misma únicamente se refería a los procedimientos de

¹⁶ Arts. 20 a 22 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE n. 10, 12/01/2000). Accesible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4/con>.

denegación de entrada, de devolución y de expulsión, pero siempre siguiendo un procedimiento con garantías.

Respecto de los mismos, establece que, la denegación de entrada (artículo 26) exige “*resolución motivada e información de los recursos que caben contra ella*” para los casos en que “*al extranjero no se le permite el acceso al territorio nacional por los puestos fronterizos habilitados por no reunir los requisitos previstos en la legislación de extranjería*”. La expulsión (artículo 57), como medida sancionadora, solo cabe “*previa tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción*”. E incluso la devolución (artículo 58), para aquellos extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España, aunque no requiere de expediente de expulsión, exige que las personas interceptadas sean conducidas “*con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que se proceda a su identificación y, en su caso, a su devolución*”.

Ahora bien, a través de la reforma de la Ley de Extranjería, mediante la introducción de una disposición final en la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana 4/2015¹⁷, el Gobierno español trató de dotar de cobertura legal a esas prácticas contrarias a derecho. La mentada disposición adicional décima a la LOEX es relativa al “régimen especial de Ceuta y Melilla”, y establece: “*1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. 3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección*

¹⁷ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE n. 77, de 31/03/2015). Accesible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/4/con>.

internacional.”.

Es dable destacar que respecto de los indicado en 2.- y 3.- no se establecieron acciones concretas para garantizar la protección a los derechos humanos en el marco de estos “rechazos en frontera”.

La disposición adicional décima de la LOEX recoge un régimen especial de Ceuta y Melilla aplicable a los extranjeros que hayan sido detectados en la línea fronteriza intentando superar los elementos de contención fronterizos. Así, cuando se produce un “rechazo en frontera”, lo que está haciendo el Estado español es devolver a un extranjero sin respetar los derechos y garantías que tanto la normativa internacional como la legislación interna reconoce a todo extranjero.

Y es que la LOEX reconoce expresamente a todo extranjero objeto de una expulsión o devolución una serie de derechos, como son el derecho a la asistencia letrada, el derecho a un intérprete o el derecho a solicitar protección internacional, derechos que ante una “devolución en caliente” son vulnerados de manera flagrante.

Con esta reforma lo que se hizo fue tratar de idear un nuevo concepto de frontera “operativo”, según el cual, de las tres vallas del puesto fronterizo solo la interior es territorio español.

Este término se recoge tanto en el Protocolo de actuación de control fronterizo de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014¹⁸, como en la Orden de Servicio 6/2014 titulado “Dispositivo anti intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras”, firmado por el Coronel Jefe de

¹⁸ Extracto del Protocolo de actuación citado en STEDH, *N.D. y N.T c. España*, 13/02/20, apartado 37. El mismo en su parte pertinente establece: “*Con dicho sistema de vallado, existe la necesidad objetiva de determinar cuando la entrada ilegal ha fracasado o cuando se ha producido. Es necesario definir la línea que delimita, a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros, el territorio nacional: esta línea se materializa por la valla en cuestión. De esta forma, cuando los intentos de los inmigrantes en superar ilegalmente esta línea son contenidos y rechazados por las fuerzas de seguridad encargadas de la vigilancia de la frontera, se considera que no se ha producido ninguna entrada ilegal efectiva. No se considera que la entrada ha tenido lugar hasta que el inmigrante ha superado la citada valla interior, de modo que ha entrado en territorio nacional y que por tanto se le aplica el régimen relativo a los extranjeros (...)*”.

la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla el 11 de abril de 2014. En este último, el “concepto operativo de frontera” se describe del siguiente modo: *“en este sistema de vallas, la valla interna materializa la línea que delimita, a los solos efectos de extranjería, el territorio nacional. De tal forma que cuando los intentos de entrada ilegal llevados a cabo por los inmigrantes, a vanguardia de esta línea, son contenidos y rechazados por la fuerza encargada de la custodia y vigilancia de la frontera, no se produce ninguna entrada ilegal efectiva, la cual sólo se consuma definitivamente cuando el inmigrante rebasa la valla interna antes citada, en cuyo caso alcanza el territorio nacional y, a estos efectos, queda sujeto al régimen general de extranjería”*¹⁹.

Es decir, al no considerar que se encuentran en territorio español, por haber sido interceptados en los vallados anteriores, no les aplican las garantías previstas por la propia normativa española de extranjería.

Cuando la entrada de extranjeros se produce por mar, el “concepto operativo de frontera” aplicado en casos como el de la playa del Tarajal de Ceuta, se reduce a devolver o “rechazar” a aquellos extranjeros que no han conseguido traspasar la línea formada por los cuerpos de los guardias civiles que esperan en la arena de esa playa.

El “concepto operativo de frontera” se trata, por tanto, de una ficción o invención jurídica, a los solos efectos del régimen de extranjería, para evitar la aplicación del Convenio y, por ende, la competencia del TEDH pretendiendo con ello la creación de un limbo jurídico.

En definitiva, la regulación introducida en 2015 lo que hizo fue legitimar el modus operandi que la Guardia Civil venía empleando en las fronteras de Ceuta y Melilla, consistente en detener a aquellos extranjeros que trataban de acceder a España irregularmente y en su entrega automática a las autoridades

¹⁹ Orden de Servicio 6/2014 referenciada en autos del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n. 2 de Melilla, Diligencias Previa Procedimiento Abreviado 0000866 /2014, de 11 de septiembre de 2014, párr. 7. Accesible en: http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/JPIEI_Melilla_11_09_2014;jsessionid=87C5A2C89F3012C4141B0085823061C6.

marroquíes.

i. Las devoluciones en caliente son expulsiones colectivas

Como vemos, las devoluciones en caliente, por la forma en que se llevan a cabo, carentes de cualquier procedimiento o garantía legal para el migrante- dado por su propia naturaleza y carácter de inmediatez-, constituyen lisa y llanamente expulsiones colectivas.

Así, se observa que el concepto operativo de frontera inventado para eximir esta figura de las garantías debidas, realmente no supera un mínimo análisis jurídico.

En tal sentido, respecto de dicha frontera, cabe señalar que, a la luz de los diversos convenios entre España y Marruecos firmados durante el siglo XIX que fijaron los límites jurisdiccionales entre ambos países, las vallas y elementos divisorios están contruidos íntegramente en territorio español.

En tal sentido se expidió la Sala del TEDH en el caso N.D. y N.T al señalar que *“La línea fronteriza entre el Reino de Marruecos y las ciudades de Ceuta y Melilla ha sido delimitada por los tratados internacionales en los que son parte los Reinos de España y de Marruecos y que no puede ser modificada a instancia de uno de estos Estados por las necesidades de una situación concreta de hecho”*²⁰.

Asimismo, y sin perjuicio de ello, cabe recordar que esta “frontera operativa” igual caería frente al criterio sentado en el caso “Hirsi Jamaa y otros c. Italia” que fuera previamente reseñado. Ello, considerando que desde el momento en que son interceptados los migrantes se encuentran bajo el control continuo y exclusivo, al menos de facto, de las autoridades españolas, se encuentran bajo su jurisdicción estatal, debiendo reconocer los derechos de la Ley de Extranjería.

Finalmente, cabe recordar que la prohibición de expulsiones colectivas es

²⁰ STEDH, *N.D. y N.T c. España*, 03/10/17, apartado 53.

considerada un principio internacional, y debe aplicarse sin perjuicio del lugar o situación administrativa de las personas migrantes, con lo cual, negar sus derechos humanos por considerar que “no están en territorio español” es simplemente, a mi parecer, ilegítimo e inmoral.

En mérito de lo expuesto, estas devoluciones han sido intensamente criticadas desde que se pusieran en práctica en el año 2005, y con más ahínco, cuando se intentó dotarlas de legalidad con la Ley de Seguridad Ciudadana y la figura del “rechazo en frontera”²¹.

Sorprende en tal sentido el fallo de la Gran Sala del TEDH de fecha 17 de febrero de 2020²² que, al revertir el decisorio de la Sala – la cual había condenado a España, señalando que las devoluciones en caliente eran efectivamente expulsiones colectivas- declaró, por unanimidad, que el estado español no había violado el artículo 4 del Protocolo nro. 4 del Convenio, ello por considerar que los demandantes habían incurrido en una conducta culpable al eludir los procedimientos legales para entrar en su territorio.

En oportunidad de analizar si en el caso había existido una expulsión colectiva según lo dispuesto por el artículo 4 del Protocolo nro. 4, la Gran Sala incorporó al estudio lo que podría denominarse el test o examen de la conducta culpable del demandante. Al respecto, indicó lo siguiente: *“(l)a propia conducta del demandante es un factor relevante para evaluar la protección que se debe otorgar en virtud del artículo 4 del Protocolo n° 4. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal, no hay vulneración del artículo 4 del Protocolo n° 4 si la ausencia de una decisión individual de expulsión puede atribuirse a la propia conducta del demandante”,* e indicó que *“fue la falta de cooperación activa respecto al procedimiento disponible para evaluar individualmente las circunstancias de los demandantes lo que llevó al Tribunal a considerar que el Gobierno no podía ser considerado responsable de que no se llevara a cabo dicha evaluación”* (apartado 200 de la sentencia de la Gran Sala).

²¹ Al respecto, ver: Council of Europe (2015), párr. 18 y Council of Europe (2016).

²² STEDH, *N.D. y N.T c. España*, 13/02/20, apartado 242.

Así, la Gran Sala refirió que para evaluar la situación con arreglo al artículo 4 del Protocolo nro. 4, *“tendrá en cuenta esencialmente si, en las circunstancias del caso concreto, el Estado demandado proporcionó un acceso auténtico y efectivo a los medios legales de entrada, en particular procedimientos en la frontera. Siempre que el Estado demandado haya facilitado dicho acceso, pero un demandante no lo utilice, el Tribunal evaluará (...) si existen razones de peso para no hacerlo basadas en hechos objetivos de los que el Estado demandado sea responsable”* (apartado 201 de la sentencia de la Gran Sala).

En dicho caso, se argumentó que quienes saltaron la valla de Melilla optaron por entrar en territorio español violando el ordenamiento jurídico, aprovechándose de su gran número y empleando la fuerza. Se indicó que podían haber entrado en territorio español solicitando un visado o la protección internacional de acuerdo con los procedimientos legales y en los lugares previstos para ello, en particular en el puesto fronterizo de Beni Enzar (donde existe una oficina para solicitar el asilo abierta las 24 horas del día) o en las representaciones diplomáticas y consulares en los países de origen o de tránsito (apartado 222).

Por último, la Gran Sala subrayó que lo allí decidido no significa desconocer o aminorar la obligación y necesidad de que los Estados protejan sus fronteras de una forma compatible con los derechos humanos, especialmente la obligación de no devolver a los inmigrantes (apartado 232).

Sin perjuicio de dicha salvedad final, resulta cruel considerar que en la situación de carencia de todo tipo en que se encuentran dichas personas son asimismo culpables de desconocer los mecanismos legales para ingresar de manera legal al país, y entender como una “elección” llegar poniendo en peligro la propia vida en busca de un futuro.

En conclusión, y a entender de quien escribe, sin perjuicio de toda la protección normativa existente, se ha avalado esta ficción jurídica, que no es más que el endurecimiento de una política migratoria y de control fronterizo en claro desmedro de los derechos fundamentales de las personas migrantes y

solicitantes de asilo.

En tal sentido, cabe resaltar que, según las propias palabras del Presidente Español, Sánchez²³, luego del ingreso ocurrido entre el 17 y 18 de mayo de 2021, además de reforzar la seguridad en Ceuta, el gobierno aceleró la devolución de los migrantes, retornando inmediatamente a unos 4.800, lo cual deja en evidencia la flagrante violación a la prohibición supra analizada.

No sólo no se llevaron a cabo ninguno de los procedimientos correspondientes, sino que en un día resulta materialmente imposible que se haya efectuado el análisis “de culpabilidad” respecto de cada uno de los migrantes en los términos que indicó la Gran Sala en el caso supra referenciado.

Simplemente, y como siempre, se presume dicha culpabilidad, dejando a personas en condiciones extremadamente vulnerables en situaciones en las cuales su reparación ulterior puede llegar a ser de imposible cumplimiento, considerando que no se evalúa el riesgo de vida que puede implicar para muchos de ellos ser devueltos al país de procedencia.

V. Repatriaciones de menores no acompañados

Cuando se trata de retornar a menores de edad, como resulta lógico, la cuestión se torna aún más delicada porque entran en juego otros derechos y principios, como el interés superior del menor o la preservación de la vida familiar, con lo cual los procedimientos deben ser más intensos y estrictos.

Ahora bien, conforme fuera informado por medios europeos, a fin de manejar el caudal de menores ingresados a Ceuta el pasado 17 y 18 de mayo, en coordinación con la Delegación del Gobierno y el Ministerio del Interior, se produjeron devoluciones a Marruecos, a través del Puesto Fronterizo del Tarajal, de menores extranjeros no acompañados que se encontraban bajo la guarda de

²³ Accesible en: <https://www.20minutos.es/noticia/4701058/0/proceso-devolucion-inmigrantes-crisis-ceuta-devoluciones-menores/?autoref=true>.

la Ciudad Autónoma de Ceuta²⁴.

Ello, en el marco del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, suscrito en Rabat el 6 de marzo de 2007²⁵.

Dicho acuerdo exige que la situación de los menores no acompañados se gestione con el estricto respeto de la legislación española respectiva, de las normas y principios del Derecho internacional, en especial de las disposiciones pertinentes de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y de los protocolos facultativos de los que ambos Estados son partes.

Por otro lado, el artículo 35 de la citada Ley Orgánica 4/2000, de fecha 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone algunos requisitos importantes en caso de repatriación, destacando, en su apartado 5, el de haber oído al menor, y el informe de los servicios de protección y del Ministerio Fiscal.

El mismo Reglamento de la Ley Extranjería dispone la necesaria intervención del Ministerio Fiscal y de la entidad pública que ejerza la protección de menores en cualquier expediente de repatriación. Al llegar un menor migrante no acompañado, las autoridades deben realizar una evaluación individual del interés superior de cada niño o niña para determinar cuál es la solución duradera que mejor responde a sus necesidades y a su bienestar, sea la integración en el país de acogida, el reasentamiento en un tercer país o el retorno al país de origen.

En tal sentido, el retorno al país de origen sólo es una solución duradera

²⁴ Accesible en: <https://www.europapress.es/ceuta-y-melilla/noticia-repatrian-otros-15-menores-marroquies-solos-ceuta-mientras-piden-otra-vez-suspension-judicial-expulsiones-20210816123016.html>

²⁵ Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007 (BOE n. 70, de 22 de marzo de 2013, páginas 22750 a 22753) Accesible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/03/06/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2007/03/06/(1)).

aceptable cuando se cumplan tres requisitos: que ello sea en el interés superior del niño, se pueda asegurar el bienestar y la seguridad del menor en su país de origen y se respeten las garantías tanto la Ley de Extranjería y su Reglamento, así como la Ley de Protección Jurídica del Menor requieren. Es decir, debe examinarse en cada caso qué es lo mejor para ese menor en particular, atendiendo a su interés y bienestar en todo momento.

En este sentido, la reciente Ley Orgánica 8/2021²⁶, de fecha 4 de junio, de protección de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, dispone en su artículo 4, l) Evaluación y determinación formal del interés superior del menor en todas las decisiones que afecten a una persona menor de edad.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996²⁷ de Protección Jurídica del Menor no deja lugar a dudas en su artículo 2 cuando indica que primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

En todos los casos, debe respetarse el derecho de los y las menores a ser informados en un idioma que conozcan y de manera comprensible, a contar con asistencia letrada, y a ser escuchados en los procedimientos que les afectan. Dichos extremos no se han cumplimentado en Ceuta, toda vez que, sólo en el mes de agosto, al menos a 55 menores fueron devueltos²⁸ bajo esta figura de “común acuerdo” con Marruecos, pero contra la propia voluntad de los menores migrantes.

En tal sentido más de 25 Organizaciones no gubernamentales (ONG), han enviado una carta al presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, para solicitar su paralización inmediata, y destacando la preocupación por la forma en la que se

²⁶Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE n. 134, de 5 de junio de 2021, páginas 68657 a 68730). Accesible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2021/06/04/8>.

²⁷Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE n. 15, de 17/01/1996). Accesible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>.

²⁸Accesible en: <https://www.publico.es/sociedad/crisis-marruecos-interior-ceuta-preparan-segundo-repatriacion-menores-marroquies.html>.

realizaron estas expulsiones: de manera colectiva, sin aviso previo, sin trámite de audiencia de ningún tipo y sin cumplir las garantías establecidas legalmente, especialmente la asistencia letrada²⁹.

En igual sentido, a través de la Queja número: 21019792 de fecha: 13/08/2021³⁰, el Defensor del Pueblo español ha indicado que “...esta institución está en condiciones de afirmar que el procedimiento seguido en el día de hoy para devolver a Marruecos a un grupo de menores, cuyo número se desconoce, no cumple con los requisitos legalmente establecidos. Preocupa muy especialmente el incumplimiento de la obligación de escuchar al menor, y la ausencia de informe previo de los servicios de protección de menores y del ministerio fiscal.”, y concluye indicando que deben cesar de inmediato las devoluciones de menores no acompañados iniciadas en Ceuta, sin perjuicio de iniciar oportunamente el procedimiento previsto en la legislación para, de manera individual y con todas las garantías establecidas en la normativa, proceder a la repatriación o reagrupación familiar de los menores, en aquellos casos en los que sea procedente, de conformidad con su interés superior.

Por su parte, y ante dichas críticas, el Juzgado de lo Contencioso 1 de la Ciudad Autónoma, en funciones de guardia, emitió un auto suspendiendo la actuación material dirigida a la repatriación de los menores no acompañados que aún no habían sido devueltos a Marruecos. En el mismo día, el Juzgado de Instrucción 2 de Ceuta ordenó parar por al menos 72 horas la repatriación de otro grupo de menores hasta tanto el Gobierno ceutí aportara documentos que justificaran levantar la suspensión³¹.

Dichas intervenciones lograron que el Poder Ejecutivo suspendiera las repatriaciones, hasta tanto contratar mayor personal a efecto de estudiar cada

²⁹Al respecto, ver: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/ceuta-mas-de-25-ong-solicitan-a-pedro-sanchez-la-suspension-inmediata-de-las-repatriaciones-de-menores-no-acompanados/>.

³⁰Accesible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/devolucion-sin-procedimiento-de-menores%20extranjeros-no-acompanados-en-ceuta/>.

³¹Accesible en: <https://www.elperiodico.com/es/politica/20210816/juzgado-ceuta-para-devoluciones-ninos-migrantes-11994751>.

caso particular, esta vez, bajo los debidos procedimientos legales.

Como vemos, nuevamente, bajo otra figura jurídica, se llevaron a cabo devoluciones colectivas de menores no acompañados, sin ningún tipo de garantías, de manera contraria a la normativa internacional, regional, española y en clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en la propia Constitución española.

VI. Apreciaciones finales

La crisis migratoria existente en Europa, y en particular en la frontera hispano marroquí, más allá de otros factores en juego, parte de una simple base: *“las desigualdades de desarrollo que existen entre las naciones empujan a sectores cada vez más importantes de la población de los países pobres a llamar a las puertas de los países ricos con la esperanza de un porvenir mejor”* (KAMTO, M. 2005: párr. 5).

Ello ha redundado en que la gestión de las migraciones en el espacio Schengen y particularmente en España-, esté direccionada a una lógica securitaria y, como fuera reseñado en el presente trabajo, alejada de la protección de los derechos humanos.

Si bien no debe ser una tarea fácil gestionar los flujos migratorios en dicho espacio, lo cierto es que esta situación no es nueva o desconocida, motivo por el cual, la urgencia de la situación no resulta un argumento válido.

Se deberían haber reforzado los recursos humanos, técnicos y de infraestructuras que existen en Ceuta y el resto de España para atender a los mayores y los niños que llegaron a sus costas, no obviar las obligaciones asumidas por el Estado en pos de resolver con celeridad la crisis, en claro desmedro de los derechos humanos y garantías de las personas migrantes.

En atención al panorama mundial, la crisis económica y sanitaria derivada de la pandemia por el virus COVID-19, y con el antecedente reciente de lo acontecido en Ceuta, sólo resta esperar que- al menos por temor de incurrir en

responsabilidad internacional por su accionar-, el Estado Español revea su proceder y deje sin efecto la previsión normativa que autoriza el rechazo en frontera, puesto que, como la historia ha demostrado, las personas migrantes no dejarán de llegar a esa Ciudad Autónoma, ya que, muchas veces, de ello depende su vida.

VII. Bibliografía

AP EXPLICA: Cómo estalló la crisis migratoria en Ceuta (19 de mayo de 2021). Accesible en: <https://apnews.com/article/noticias-3f9d303edbc3d6d6973b6565dd5c4866>

BUSTAMANTE, J. (2008). *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Estados Unidos: ONU, Consejo de Derechos Humanos.

CEMBRERO, I. (17 de mayo de 2021). *Marruecos castiga a España con la mayor ola migratoria de la historia*. Accesible en: https://www.elconfidencial.com/mundo/2021-05-17/marruecos-castiga-a-espana-con-la-mayor-ola-migratoria-de-la-historia_3085184/

Council of Europe (1976). Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires' of Protocol nro. 4 to the Convention, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto. Strasbourg. Accesible en: <https://rm.coe.int/168006b65c>

Council of Europe (2015). Committee for the Prevention of Torture, Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 14 to 18 July 2014, 9 April 2015, CPT/Inf (2015) 19. Accesible en: <https://www.refworld.org/docid/553e4fbc4.html>

Council of Europe (2016). Commissioner for Human Rights, Annual Activity Report 2015 by Nils Muižnieks, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, 14 March 2016, CommDH(2016)7. Accesible en: <https://www.refworld.org/docid/57222f174.html>

DE LUCAS, J., & NAÏR, S. (2015). *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant humanidades.

El engaño para que grupos de niños cruzaran a Ceuta: "Están Messi y Ronaldo" (20 de mayo de 2021). Accesible en: https://as.com/diarioas/2021/05/20/actualidad/1621518717_430990.html

European Court of Human Rights. (2020). Guide on article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights. Prohibition of collective expulsions of aliens. Accesible en: https://echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_4_ENG.pdf

JAIRO VARGAS M. (18 de septiembre de 2021). *Interior y Ceuta se preparan para el segundo intento de repatriación de menores marroquíes*. Accesible en: <https://www.publico.es/sociedad/crisis-marruecos-interior-ceuta-preparan-segundo-repatriacion-menores-marroquies.html>

KAMTO, M. (2005). Informe preliminar sobre la expulsión de los extranjeros presentado por el Sr. Maurice Kamto, relator especial. A/CN.4(554), 4. Accesible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_554.pdf

KAMTO, M. (2007) Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial. A/CN.4/581. Accesible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_581.pdf

MÁRMORA, L., & CALCAGNO, A. E. (2002). *Las políticas de migraciones internacionales*. Buenos Aires: Paidós.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., & SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2015). *Devoluciones ilegales en la frontera sur: análisis jurídico de las denominadas "devoluciones en caliente"*. Accesible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/28256/1/E%20print.%20DEVOLUCIONES%20ILEGALES%20EN%20LA%20FRONTERA%20SUR..pdf>

OMEDES, E. (19 de mayo de 2021). *Interior devuelve a 4.800 inmigrantes de inmediato sin aclarar el protocolo: ¿es legal en caliente? ¿y con los menores?*. Accesible en: <https://www.20minutos.es/noticia/4701058/0/proceso-devolucion-inmigrantes-crisis-ceuta-devoluciones-menores/?autoref=true>

PAPA, S. A. (2020). *Las expulsiones colectivas en el caso “N. D. y N. T. Vs. España” de la Gran Sala ¿un giro inexplicable?*. Revista Integración Regional & Derechos Humanos, año VIII, nro. 2, p. 388-418. Accesible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica/003/las-expulsiones-colectivas-en-el-caso-ndynt-vs-espana-de-la-gran-sala.pdf>

PEREGIL, F. (31 de mayo 2021). *Marruecos reconoce que la raíz de la crisis con España es el Sáhara Occidental y lo equipara con el independentismo catalán*. Accesible en: <https://elpais.com/espana/2021-05-31/marruecos-reconoce-que-la-raiz-de-la-crisis-con-espana-es-el-sahara-occidental-y-lo-equipara-con-el-independentismo-catalan.html>

PÉREZ, O. M. (2013). *La expulsión de extranjeros y la labor de organismos internacionales al respecto: Comentarios cátedra*. Revista de Sociales y Jurídicas, (9), 14-238. Accesible en: <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2013/04/09-tl-08.pdf>

SALCEDO, J. A. C. (2001). *Soberanía de los Estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo*. Tecnos.

SEMPERE, A. (16 de agosto de 2021). *Repatrián a otros 15 menores marroquíes solos desde Ceuta mientras piden otra vez suspensión judicial de las expulsiones*. Accesible en: <https://www.europapress.es/ceuta-y-melilla/noticia-repatrian-otros-15-menores-marroquies-solos-ceuta-mientras-piden-otra-vez-suspension-judicial-expulsiones-20210816123016.html>

SEMPERE, A. (16 de agosto de 2021). *Dos juzgados de Ceuta ordenan parar las devoluciones de niños migrantes*. Accesible en: <https://www.elperiodico.com/es/politica/20210816/juzgado-ceuta-para-devoluciones-ninos-migrantes-11994751>

SOLANES CORELLA, Á. (2017). *Contra la normalización de la ilegalidad: la protección judicial de los extranjeros frente a las expulsiones colectivas y las devoluciones? en caliente?| Against the Normalization of Illegality: the Judicial Protection of Foreigners Facing Collective Expulsions and Police? Push-Backs?*. Accesible en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/11269>

TEXIDÓ, E., & GURRIERI, J. (2017). Panorama migratorio de América del Sur.
Accesible en: <https://repository.iom.int/handle/20.500.11788/1399>

TRANS-PASANDO FRONTERAS: MIGRANDO SIN IDENTIDAD

Emi Aureiliz Godos Pérez¹

Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2021

Fecha de aceptación: 22 de noviembre de 2021

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo visibilizar la problemática migratoria que enfrenta la población trans latinoamericana. En primer lugar, se describe el contexto general de la situación migratoria en la región. Posteriormente se aborda la temática vinculada con el género, donde las mujeres y cuerpos feminizados sufren mayor violencia al movilizarse fuera de sus países de origen. Finalmente, se describe la situación que enfrentan la población trans migrante mediante distintos mecanismos de discriminación y violencia institucional por parte de autoridades migratorias y estatales al no reconocer su derecho a la identidad de género autopercibida, la cual se encuentra plasmada en distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Palabras clave: Identidad de género – Migración, diversidad sexual y derechos humanos – Violencia institucional - Políticas inclusivas- Personas trans y de género diverso

Title: TRANS-CROSSING BORDERS: MIGRATING WITHOUT IDENTITY

Abstract

The present work aims to make visible the migratory problems faced by the trans people in Latin American. First, the general context of the migration situation in

¹ Comunicadora Social (Universidad Privada del Norte, Perú). Especialista en Comunicación Institucional (Universidad de Burgos, España). Magister en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe (Universidad Nacional de San Martín, Argentina). Activista trans. Ha participado en distintos espacios en favor de los derechos humanos de la comunidad LGTBIQ+. Actualmente dedicada a la investigación y consultoría en temas de género, diversidad sexual y políticas inclusivas.

the region is described. Subsequently, the issue related to gender will be addressed, where women and feminized bodies suffer greater violence when moving outside their countries of origin. Finally, the situation faced by the trans-migrant people is described through different mechanisms of discrimination and institutional violence by immigration and state authorities when they do not recognize their right to self-perceived gender identity, which is described in different international instruments of human rights.

Keywords: Gender identity - Migration, sexual diversity and human rights - Institutional violence – Inclusive policies - Trans and gender diverse people

I. Introducción

La problemática de la migración se ha intensificado en los últimos años en la región latinoamericana debido a múltiples factores, ya sean de índole político, económico, social entre otros.

Un claro ejemplo de ello se puede observar en la crisis humanitaria suscitada en la República Bolivariana de Venezuela, la cual cuenta con un gran número de ciudadanos que han tenido que inmigrar a distintos países de la región y el mundo.

De acuerdo con los últimos datos de la *Organización Internacional para las Migraciones (OIM)* a finales de 2018 alrededor de 3 millones de ciudadanos venezolanos abandonaron su país, siendo Colombia (1 millón) y Perú (500 mil) los mayores receptores de migrantes de esta nación.²

Las personas migrantes se ven expuestas a todo tipo de desafíos, sobre todo, para aquellas que no cuentan con una documentación en regla y se ven obligadas a dejar su país natal, exponiéndose a todo tipo de situaciones que vulneran sus derechos e incluso en ocasiones, terminan con un desenlace fatal

² Informe Sobre las Migraciones en el Mundo 2020, Organización Internacional para las Migraciones OIM, http://argentina.iom.int/co/sites/default/files/publicaciones/wmr_2020_es_0.pdf

al tratar de llegar a territorios donde piensan, pueden obtener una mejor calidad de vida (CEPAL, 2006).

Desde el campo de los derechos humanos, las personas tienen la libertad de desplazarse de su lugar de origen por los distintos países del globo. Como lo estipula los arts. 13, 14 y 15 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948)³, nadie puede ser impedido de migrar y establecerse, buscar asilo y obtener una nacionalidad distinta a su país de procedencia.

Además, existen otros instrumentos del derecho internacional que establecen parámetros sobre la condición de personas migrantes como la *Convención sobre los estatutos de refugiados* (1951) y la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (1990).

No obstante, las personas migrantes no disfrutan de estas condiciones, debido en gran parte a las políticas migratorias que cada país desarrolla. Además, existe un estigma para con las personas que migran, ya sea por huir de la violencia, pobreza o situación social de su país de origen a comparación de aquellas que migran por trabajo, este último más reconocido por los Estados y por la sociedad (DE LUCAS, 2002).

Dentro de este universo poblacional, existen grupos que, no solo cuentan con la condición de migrantes, sino que también las intersecciona otras categorías como: la etnia, el nivel socioeconómico, la edad, el género, entre otras, las cuales las expone a un mayor grado de vulneración de sus derechos, como es el caso de las mujeres y personas de la comunidad LGTBIQ+, quienes enfrentan diversas problemáticas y que se describirán en los apartados siguientes.

II. Género y migración

Durante muchos años las mujeres estuvieron subyugadas a las decisiones que recaían en los varones de su familia respecto al desarrollo de sus

³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, 2015, https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

vidas. Muchas de ellas debían ser “cuidadas” y “vigiladas” por lo que no contaban con una autonomía que les permitiera tomar sus propias decisiones.

Fue a partir de mediados de los años 50 y 60 del siglo XX cuando las mujeres dejaron de migrar solo y exclusivamente como parte de la reunificación familiar (madre, esposa) y empezaron a realizarlo como un proyecto personal para acceder a una mejor calidad de vida.

Como menciona la socióloga LAURA OSO CASAS:

(...) en la última década se han desarrollado, en gran medida, los estudios sobre inmigración femenina. Los movimientos migratorios protagonizados por mujeres son concebidos, ya no sólo en el marco de la reagrupación familiar, sino igualmente como parte de una migración laboral, poniéndose de relieve el papel de las inmigrantes en tanto actrices económicas y protagonistas del proceso migratorio (2008: p. 564).

De acuerdo con OSO CASAS, en estos últimos años la academia ha colocado en la palestra la visibilización de la migración femenina desde una perspectiva de índole laboral-económica.

Enfocándose en la feminización del trabajo y como muchas mujeres deben dejar su lugar de origen para buscar un mejor futuro, ejerciendo labores que por lo general no son remuneradas dentro de sus países (servicio doméstico, cuidado infantil o geriátrico) pero que en territorios como los de Europa o Estados Unidos si lo son, y de alguna u otra forma logran establecerse dentro de los mismos, a la vez que pueden apoyar a sus familias mediante el envío de remesas.

En este sentido, el sistema sexo/género, si bien ha evolucionado a través del tiempo, sigue colocando a las mujeres en un papel de subordinación a diferencia de los varones migrantes, ya que son ellas quienes enfrentan grandes desafíos al ser colocadas aún en espacios y bajo las etiquetas de esposas, trabajadoras domésticas e incluso víctimas de trata (MESTRE, 2005).

Debemos destacar que las legislaciones en temas migratorios tienden a favorecer más a los hombres, ya sea con permisos y residencias, a pesar de haber un mayor flujo de mujeres que migran para acceder al mercado laboral,

estas enfrentan aun una fuerte discriminación para acceder a una plaza de trabajo que no involucre el cuidado o servicio doméstico (PÉREZ OROZCO; PAIEWONSKY Y GARCÍA, 2008).

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su recomendación N.º 26, enfatiza la necesidad de que los Estados miembros hagan respetar los derechos humanos de las trabajadoras migrantes, y que toda política pública que se desarrolle para esta población se realice teniendo en cuenta un enfoque de género, así como las desigualdades que enfrentan las mujeres, combatiendo la discriminación y violencia de la que son objeto y promover su inclusión social y laboral dentro del país receptor⁴.

Por otro lado, existe una realidad que parte de esta violencia de género hacia mujeres y niñas migrantes, y es la trata de personas con fines de explotación sexual.

Esta no es una realidad reciente, sino que cuenta con una larga data dentro de la historia de la humanidad, donde el cuerpo femenino siempre ha sido considerado un territorio de conquista y que su posesión este sujeto, incluso, a través de una transacción monetaria.

En este sentido la investigadora HELGA FLAMTERMESKY plantea:

En el caso de las mujeres tratadas podemos decir que, por un lado, han experimentado la forma más extrema de colonización sobre sus cuerpos y, posteriormente, se han enfrentado también a la colonización de sus conocimientos y sus experiencias como mujeres y como inmigrantes. (...) En el caso de las víctimas de trata hemos comprobado que las experiencias de resistencia (no de victimización) de las mujeres-víctimas no es que no sean tomadas en cuenta, es que ni siquiera son imaginadas (2014: pp. 394-395).

Para FLAMTERNESKY, las mujeres migrantes víctimas de trata solo son visibilizadas por el delito cometido contra ellas, pero no se toman en cuenta sus

⁴ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Recomendación General N° 26, 2008, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_2009_WP-1_R_7138_S.pdf

propias vivencias de resistencia y como superaron la dificultad de encontrarse en un país ajeno, donde las políticas públicas no toma en consideración aún sus voces.

Como señala el último *Informe Mundial sobre la Trata de Personas* de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), el 46% de víctimas de trata son mujeres, seguidas por el 19% que son niñas y 15% niños, en contraste con el 20% que son varones adultos, lo que infiere que siguen siendo las mujeres y los menores de edad, poblaciones que de por sí se encuentran en situación de vulnerabilidad, las que continúan siendo captadas para la explotación sexual e infantil⁵.

En este inmenso grupo poblacional, existe una comunidad que sigue siendo invisibilizada, nos referimos a la población de la diversidad sexual, específicamente las personas trans, quienes también enfrentan este tipo de situaciones ya que muchas veces al ser echadas de sus hogares a temprana edad por ir en contra del mandato cis-heteronormativo, se ven involucradas en redes de trata de personas y prostitución.

Como se observa, la interseccionalidad del género sumado al factor migrante resulta en una doble vulneración de los derechos humanos para estas poblaciones, por ello es necesario fortalecer las instituciones gubernamentales en materia de migraciones mediante capacitaciones con enfoque de género y sensibilización sobre las realidades que estas personas enfrentan, al seguir una ruta de escape que les brinde una mejor calidad de vida.

III. Desafíos que enfrenta la población trans migrante

Como mencionamos con anterioridad, existen poblaciones en situación de vulnerabilidad que no encuentran la protección necesaria en cuanto a sus derechos más básicos dentro de su país de origen, por lo que deciden migrar,

⁵ Informe Mundial sobre la Trata de Personas, UNODC, 2020, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf

muchas veces de forma intempestiva, sin la logística adecuada y la documentación necesaria.

Este es el caso de las personas trans, quienes son la población que enfrenta mayor discriminación dentro de la comunidad LGTBQ+. Muchas personas de la comunidad trans deciden escapar de sus países de origen, debido a la fuerte violencia a la que son constantemente sometidas por expresar su autopercepción del género, la cual escapa de los parámetros dictaminados por la sociedad cis-heteronormativa.

Resumiendo, un poco la diferencia entre sexo y género, al hablar de sexo nos referimos a las características biológicas y genéticas con las que se clasifica a los seres humanos, ya sean con características del sexo masculino, femenino o en ocasiones, intersexuales, la cual es una combinación de ambas en un solo individuo.

Mientras, el género es una construcción sociocultural, es decir es lo que se espera del comportamiento de las personas de acuerdo con el género asignado al nacer por la forma de sus genitales: pene-varones (agresividad, competitividad, liderazgo); vulva-mujeres (pasividad, intuición, delicadeza).

En el caso de las personas trans, es todo lo contrario, ya que no se identifican con el género asignado al nacer y recrean su propia identidad de acuerdo con su autopercepción del cuerpo y su entorno. Estas se clasifican en personas transfemeninas, transmasculinas y personas de género no binario (PLATERO, 2014).

Debido a esta transgresión a la normativa social de la sexualidad humana, las personas trans han enfrentado y siguen enfrentando la violencia tanto desde el ámbito jurídico como el médico, ya que aún se sigue patologizando estas identidades.

Es por ello por lo que se hace necesario realizar un enfoque no patologizante sobre las identidades trans y desde una perspectiva en derechos humanos, entender que las vivencias y las corporalidades de las personas son

distintas, y que en ese sentido el personal médico acompañe la transición de esta población sin interferir en su normal desarrollo (MISSÉ Y COLL-PLANAS, 2010).

Teniendo en cuenta estos factores y sumado a la condición de migrante, las personas trans son doblemente violentadas, ya que deben enfrentar la exclusión social de su propio país y aventurarse al llegar a uno nuevo, donde no sabe si sus derechos serán realmente respetados.

Durante el año 2015 la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH) recibió informes sobre desplazamientos forzados de personas de la comunidad LGTBIQ+ provenientes de países centroamericanos como Nicaragua, Honduras y El Salvador. Asimismo, durante distintas audiencias se recabó información de que las personas LGTBIQ+ que solicitan asilo, no cuentan con un marco normativo adecuado que se amolde a sus realidades, lo que conlleva a que la mayoría ingresen de manera irregular y bajo el radar de las autoridades migratorias, debido a la falta de políticas públicas con un enfoque en la diversidad sexo-genérica.⁶

Cabe recordar que, en 2006 un grupo de expertos y activistas en la temática del derecho internacional, género y diversidad se dieron cita en un evento realizado en Indonesia, donde lograron desarrollar una guía que permita a los Estados crear marcos normativos en favor de los derechos de la comunidad LGTBIQ+.⁷

Los Principios de Yogyakarta, es un documento que cuenta con 29 artículos, y donde se especifica como debe aplicarse el derecho internacional de los derechos humanos a las poblaciones de la diversidad sexual.

Dentro de estos principios, se detalla que las personas LGTBIQ+ tienen derecho a la libertad de movimiento y libre tránsito dentro de los distintos países sin ningún tipo de discriminación o impedimento⁸, así como también, los Estados

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos- CIDH, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, 2015.

⁷ Principios de Yogyakarta (2007) Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

⁸ Principio 22.- EL DERECHO A LA LIBERTAD DE MOVIMIENTO

deben procurar el asilo a esta comunidad, cuando existen indicios de persecución, amenazas y falta de garantías para su integridad en su país de origen.⁹

De acuerdo con las investigadoras Lila García, Ana de los Ángeles y Elisa Sosa

La población trans migrante (entendiendo por “trans” una persona que se identifica con un género diferente al asignado, sea que opten o no por tratamientos de hormonización o cirugías de reasignación: lo fundamental es la autopercepción) cruza no solo fronteras geográficas sino también corporales, de género, de etnia, de clase. Así, se afirma que: De esta forma, a los factores tradicionales que moldean las decisiones de migrar de una persona migrante se suma la posibilidad de ejercicio y respeto de la identidad autopercebida, a la búsqueda de espacios de libertad (2020: pp.181-182).

Como se observa, para las autoras, la población trans al transgredir los mandatos sociales dictados por la sociedad, sufren constantes agresiones por su identidad y surge entonces la necesidad de migrar a espacios donde puedan ser ellas mismas, ser libres sin dar cuenta de su existencia a los demás.

En los últimos años la comunidad LGTBIQ+ ha venido realizando avances significativos respecto al reconocimiento de sus derechos. Dentro de la región latinoamericana, se han venido implementando marcos normativos que permiten a parejas del mismo sexo/género contraer matrimonio y a las personas trans, el reconocimiento de su identidad autopercebida dentro del documento nacional de identidad (DNI).

Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. La orientación sexual y la identidad de género nunca podrán ser invocadas para limitar o impedir el ingreso de una persona a un Estado, su salida de este o su retorno al mismo, incluyendo el Estado del cual la persona es ciudadana.

⁹ Principio 23.- EL DERECHO A PROCURAR ASILO

En caso de persecución, incluida la relacionada con la orientación sexual o la identidad de género, toda persona tiene derecho a procurar asilo, y a obtenerlo en cualquier país. Un Estado no podrá remover, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que esa persona pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a la orientación sexual o identidad de género.

Uno de los países pioneros en este tipo de legislación es Argentina, la cual viene implementando desde 2012 la ley N.º 26.743¹⁰ de identidad de género, una de las más completas para sus ciudadanos. También se han dado avances en otras naciones de la región como: Bolivia, Ecuador, Chile y Uruguay.

Este marco normativo ha provocado que Argentina sea uno de los países preferidos para la población trans latinoamericana al momento de migrar, ya que al no contar con ninguna política pública dentro de sus territorios de origen que reconozca sus derechos, buscan la oportunidad de comenzar una nueva vida donde se respeten los mismos.

Si bien es cierto, Argentina cuenta con una ley de identidad de género más completa que en la de otros países latinoamericanos, lamentablemente aún debe realizarse mejoras respecto a su implementación.

Uno de estos puntos es acerca de las personas trans migrantes, ya que de acuerdo a la ley solo pueden acceder a la rectificación de su nombre y sexo en el DNI, pasado los dos años dentro del territorio para ciudadanos que se encuentren dentro del tratado del MERCOSUR y tres para los demás ciudadanos extranjeros.

Esta situación genera, no solo una notable incomodidad dentro de la población trans, sino también las expone a distintos tipos de violencia, ya sea para realizar algún trámite, consulta médica, entre otras actividades donde deban presentar el documento de identidad.

Todo ello sumado a la falta de oportunidades laborales y a los costes que generan poder obtener el DNI y los trámites burocráticos que se deben realizar tanto en las oficinas de la Dirección Nacional de Migraciones, como en los consulados de los respectivos países de origen, estos procedimientos se hacen desgastantes tanto físico como emocionalmente.

Esta problemática fue plasmada dentro de la *Relatoría sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y*

¹⁰ Ley 26.743- Identidad de Género, promulgada 23 de mayo de 2012, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>

ambientales - REDESCA (2020)¹¹, donde además se visibiliza las distintas situaciones violentas que enfrentan las personas trans migrantes latinoamericanas, al momento de pasar por controles migratorios, puestos fronterizos, aeropuertos, entre otros espacios institucionales donde el cuestionamiento a su identidad es imperante.

Cabe resaltar que, hay poca data cuantitativa respecto a movilización internacional de población trans y comunidad LGTBIQ+ en general, lo poco que se viene avanzando han sido iniciativas por parte de organizaciones de la sociedad civil con el fin de dar visibilidad a esta problemática.

Como explica la socióloga ecuatoriana GIOCONDA HERRERA:

La experiencia migratoria de transexuales, transgéneros, gays y lesbianas ha sido todavía poco examinada desde los estudios de género a pesar de ser una comunidad importante de la migración latinoamericana. Quedan entonces todavía varios temas por explorar con el fin de que esta presencia selectiva se traduzca en una mirada inclusiva y más exhaustiva de las desigualdades de género presentes en la experiencia migratoria y su articulación con procesos globales de desigualdad estructural (2012: p. 44).

Lo que expone Herrera, forma parte de la violencia e invisibilización en la que se encuentran sometidas las personas trans, especialmente si su identidad de género se encuentra atravesada por otra condición de vulnerabilidad, en este caso la de ser migrante, sin poder acceder a un documento de identidad que las represente.

IV. Conclusiones

Teniendo en consideración lo anteriormente expuesto, es necesario que los Estados que han ratificado parte de los tratados internacionales en el tema de migraciones, implementen políticas públicas que permitan la inclusión de las

¹¹ Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA), Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (2020), <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>

personas trans, no solo con un documento de identidad, sino también con acceso a otros derechos como los laborales, educativos, sanitarios, entre otros.

Capacitar y sensibilizar al personal administrativo y a las fuerzas del orden que se encuentran en los distintos puntos de acceso al territorio nacional en materia de enfoque de género y diversidad, para evitar situaciones de discriminación y violencia hacia esta población.

Evitar la criminalización de la población trans migrante, por parte de los agentes de migraciones a través de estereotipos de género, como es el caso de las mujeres trans, quienes son inmediatamente vinculadas al trabajo sexual o comercialización de sustancias prohibidas.

Los países que cuenten con leyes o marcos normativos sobre identidad de género deberán facilitar la obtención de documentación, ya sea por estancias temporales o permanentes, lo importante es que reflejen la identidad de la persona trans migrante.

Finalmente, es necesario que los espacios de la academia y la jurisprudencia cuenten con datos que permitan visibilizar los flujos migratorios de la población trans, siempre desde un enfoque interseccional, despatologizante y con perspectiva en derechos humanos.

V. Bibliografía

Comisión Interamericana de Derechos Humanos- CIDH, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 2015, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Recomendación General N° 26, 2008, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_2009_WP-1_R_7138_S.pdf

DE LUCAS, JAVIER (2002) Por Qué no son Prioritarios los Derechos Humanos en las Políticas de Inmigración, VII Jornadas Comités Óscar Romero, Migraciones Y Solidaridad.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, 2015, https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

FLAMTERMESKY, HELGA (2014) Mujer Frontera. Experiencia De Investigación Acción Participativa Feminista (Iapf) Con Mujeres Víctimas De La Trata De Personas, Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social, Vol. 14, N°. 4, pp.389-400.

GARCÍA, L.; DE LOS ÁNGELES, A. Y SOSA, E (2020) Mujeres trans migrantes y trabajo sexual en la ciudad de Mar del Plata. Apuntes de una experiencia en el contexto del ASPO En. Nicolao, J. (Comp.) Migración regional, política migratoria y derechos sociales en el interior de la Provincia de Buenos Aires, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires- UNICEN, pp. 181-196.

HERRERA, GIOCONDA (2012) Género y migración internacional en la experiencia latinoamericana. De la visibilización del campo a una presencia selectiva, Política y Sociedad, Vol. 49, N.º. 1, pp. 35-46.

Informe Mundial sobre la Trata de Personas, UNODC, 2020, https://www.unodc.org/documents/data-andanalysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf

Informe Sobre las Migraciones en el Mundo 2020, Organización Internacional para las Migraciones OIM, http://argentina.iom.int/co/sites/default/files/publicaciones/wmr_2020_es_0.pdf

MESTRE, RUTH (2005) Trabajadoras de cuidado. Las mujeres de la ley de extranjería, en Checa, F. (ed) Mujeres en el camino, Icaria editorial.

MISSÉ, MIQUEL Y COLL-PLANAS, GERARD (2010) La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas, Revista Norte de Salud Mental, vol. VIII, n° 38, pp. 44-55.

OSO CASAS, LAURA (2008) Migración, Género Y Hogares Transnacionales, En García, J. y Lacomba, J. (coord.) La Inmigración en la Sociedad Española: una radiografía multidisciplinar, pp. 561-586.

PÉREZ OROZCO, A.; PAIEWONSKY, D. Y GARCÍA DOMÍNGUEZ, M. (2008) Cruzando fronteras II: Migración y desarrollo desde una perspectiva de género, Instituto

Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas para la Promoción de la Mujer (UN-INSTRAW).

PLATERO MÉNDEZ, LUCAS (2014) TRANS*exualidades Acompañamiento, factores de salud y recursos educativos, Editorial Edicions Bellaterra.

Principios de Yogyakarta (2007) Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf

Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA), Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (2020), <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>

ACUERDO UNIÓN EUROPEA- TURQUÍA, CINCO AÑOS DESPUÉS DE SU FIRMA ¿HA FUNCIONADO?

Josefina Latorre¹

Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2021

Fecha de aceptación: 27 de noviembre de 2021

Resumen

Desde hace ya algunos años, el desplazamiento de personas es uno de los temas de agenda que más preocupa y ocupa a diversos Estados. Este fenómeno tiene diversas causas de orígenes y consecuencias, por lo que es un asunto sumamente complejo de tratar. En el año 2015, la denominada “crisis de refugiados/ migrantes en Europa” desbordó el sistema de asilo, generó opiniones y sentimientos ambiguos, y una crisis institucional hacia el interior de la Unión Europea ante la imposibilidad de adoptar medidas tempranas y que no choquen con los intereses nacionales de cada miembro de la Unión. Ante esta situación el bloque optó por una estrategia de externalización de sus fronteras llegando a un acuerdo histórico con Turquía. Cinco años después de su firma, este ¿ha funcionado?

Palabras claves: Unión Europea, Turquía, Externalización de las fronteras, desplazamiento de personas.

TITLE: AGREEMENT BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND TURKEY: FIVE YEARS AFTER ITS SIGNING ¿HAS IT WORKED?

Abstract

For some years now, people displacement has been one of the issues on the agenda that most concerns and occupies various States. This phenomenon has

¹ Licenciada en Gobierno y Relaciones Internacionales (Universidad Argentina de la Empresa). Estudiante de la Maestría en Estudios Internacionales (Universidad Torcuato Di Tella).

diverse causes of origins and consequences, making it an extremely complex issue to deal with. In 2015, the so-called "refugee/migrant crisis in Europe" overwhelmed the asylum system, generated ambiguous opinions and feelings, and an institutional crisis within the European Union due to the impossibility of adopting early measures that do not clash with the national interests of each member of the Union. In this context, the bloc opted for a strategy of externalizing its borders by reaching a historic agreement with Turkey. Five years after its signing, has it worked?

Key words: *European Union, Turkey, externalization of frontiers, people displacement*

I. Introducción

El presente trabajo de investigación desarrollará un estudio descriptivo e inductivo que se aplicará para obtener un análisis comprensivo sobre el progreso del acuerdo Turquía-Unión Europea (UE) a cinco años de su firma. Por ello, el mismo se centrará en el campo de acción exterior de la Unión en materia de seguridad común y abarcará los acontecimientos ocurridos en el periodo entre 2016 y 2021, ya que estos años nos permiten observar el avance del acuerdo económico y político. Sin embargo, a partir del año 2020 se deberá tener en consideración que las circunstancias para la movilización de personas se restringieron completamente en el marco de la pandemia de COVID-19.

Los desplazamientos hacia Europa no son un fenómeno propio de la última década, sin embargo, fue principalmente a partir de la Primavera Árabe que se instaló con mayor firmeza en las agendas de los gobiernos a nivel nacional y regional. Las guerras, las persecuciones y las pésimas condiciones de vida en zonas de Oriente Medio y África, han hecho que cientos de miles de personas crucen el Mediterráneo y los Balcanes.

En consecuencia, durante el año 2015 se produjo la denominada "crisis de refugiados/ migrantes en Europa", cuando 1.014.836 de personas llegaron al viejo continente. Un flujo de tal magnitud que desbordó el sistema de asilo generó opiniones y sentimientos ambiguos, y una crisis político-institucional hacia el

interior de la UE ante la imposibilidad de adoptar medidas tempranas y que no choquen con los intereses nacionales de cada miembro de la Unión. Frente a esta situación, la Unión optó por una estrategia de externalización del control de sus fronteras a Estados como Turquía.

El presente trabajo buscará responder si a cinco años de su firma ¿Es realmente eficiente el acuerdo entre la UE y Turquía para frenar el flujo de refugiados?, entendiendo cuales fueron las circunstancias políticas e institucionales que llevaron a la Unión a la firma de este.

En pos de contestar tales incógnitas, este trabajo tiene como primer objetivo hacer un análisis que nos permita comprender si este acuerdo ha sido eficiente entre 2016 y 2021 para frenar el flujo de refugiados que buscan asilo en los países europeos. Así mismo, como objetivo secundario el estudio buscará brindar un marco teórico combinado con el marco legal de la UE en materia de asilo de personas, con el fin de facilitar la comprensión de la estrategia de externalización de control de las fronteras de la Unión.

II. Marco teórico

El presente trabajo de investigación tomara de referencia una de las perspectivas del paradigma liberal de las relaciones internacionales: la Teoría de Interdependencia Compleja propuesta por Robert Keohane y Joseph Nye. Estos autores plantean que interdependencia, en su definición más simple, significa dependencia mutua. “En política mundial, interdependencia se refiere a situaciones caracterizadas por efectos recíprocos entre países o entre actores en diferentes países” (KEOHANE & NYE, 2001: p. 8). En otras palabras, donde existen efectos de costo-beneficio recíproco en los intercambios - aunque no necesariamente simétricos- hay interdependencia.

De esta forma, las instituciones internacionales, los foros y otros ámbitos de dialogo, permiten a los actores del sistema internacional elaborar, cooperar y coordinar acciones y políticas en conjunto en pos de alcanzar objetivos comunes a partir de unir capacidades. Los Estados a través de la cooperación buscan obtener ganancias absolutas, donde todas las partes son beneficiadas.

Por otro lado, esta teoría postula 3 (tres) principios fundamentales, partiendo de la idea de que a través del proceso de globalización el sistema internacional queda conformado por múltiples actores y canales que los vinculan.

Asimismo, contrario a lo postulado por el realismo donde los Estados tienden a jerarquizar sus agendas poniendo en primer lugar a la cuestión militar, se sostiene que este proceso también ha generado una des-jerarquización de la agenda de los Estados tanto a nivel nacional como internacional, ampliando la misma y ocupándose de otras cuestiones más allá de la seguridad como la economía, la migración, etc. Esto se debe en parte al último punto que considera que el uso de la fuerza militar pierde relevancia cuando los conflictos se dan entre actores que son socios y comparten intereses, pero al mismo tiempo, esta puede ser relevante en lo que respecta a las relaciones políticas y militares de los miembros de un acuerdo con Estados terceros.

Al mismo tiempo, Keohane y Nye brindan dos conceptos interesantes a través de los cuales se debe observar la distribución de los costos y beneficios entre los actores que conforman la relación de interdependencia: la sensibilidad y la vulnerabilidad.

La *sensibilidad* de un Estado se relaciona con el grado de respuesta de este dentro una estructura sin cambiar su política. Es decir que no hay una adecuación de conductas por parte de los actores frente a un evento externo. Respecto del término de *vulnerabilidad*, a través de él “*se busca explicar el fenómeno de los costos reales que afectan a un actor por la acción de otro, teniendo en cuenta su relativa disponibilidad o carestía de recursos alternativos para responder*” (Tokatlian & Pardo, 1990). Así, dos actores igualmente sensibles al accionar de un tercero pueden tener diferentes grados de vulnerabilidad en la medida en que “*poseen mayores o menores opciones de política para acomodarse a la situación y revertir, inclusive, la debilidad de la posición inicial*” (TOKATLIAN & PARDO, 1990).

En lo que respecta a la teoría propiamente de integración, el estudio se nutrirá de dos teorías que permitirán comprender el actual funcionamiento de la UE, la cual “Institucionalmente, ha desarrollado una compleja estructura de

gobernanza en niveles múltiples, combinando supranacionalismo con intergubernamentalismo, unanimidad con regla de la mayoría, y supremacía de la ley comunitaria con el principio de subsidiariedad” (MALAMUD, 2011)

La teoría intergubernamental liberal, desarrollada por Moravcsik, considera como condición necesaria para la integración la interdependencia. De esta forma, si la liberalización comercial logrará aumentar la magnitud comercio exterior, las demandas por una mayor integración incrementarían. Esta teoría plantea que son los Estados los motores de la integración siendo que la misma sirve a sus intereses y necesidades. De esta forma, se entiende a los Estados como actores racionales que van a optar por integrarse y generar una mayor interdependencia en tanto esto le permita alcanzar objetivos domésticos que de manera individual no lograrían.

“En este marco, las instituciones regionales son concebidas como mecanismos que facilitan la implementación de acuerdos, antes que como actores autónomos o como arenas de acción colectiva” (MALAMUD, 2011). Según Moravcsik, las instituciones internacionales no disminuyen el poder de los Estados, sino que estos se ven potenciados a través de las mismas (Perrota, 2013).

El segundo enfoque que se utilizará es el de gobernanza supranacional *“este enfoque enfatiza la importancia de los actores supranacionales, que son creados por la asociación regional, pero se tornan luego sus impulsores al fomentar ciertos mecanismos latentes de retroalimentación”* (MALAMUD, 2011). En este sentido, la UE cuenta con instituciones que no responden a los Estados que lo conforman, como por ejemplo el Parlamento Europeo, el cual representa los intereses de los ciudadanos europeos.

III. Marco legal

El presente trabajo, se referirá al fenómeno producido por un gran flujo de refugiados y migrantes provenientes de África y Medio Oriente con destino en Europa a partir del 2015, por lo tanto, hablaremos de una “crisis mixta”. En este sentido, se debe tener en claro la distinción existente entre los términos

“refugiado” y “migrante”, ya que, a lo largo del año de la crisis, así como también en los años siguientes, estas definiciones, en reiteradas oportunidades, han sido confundidas ya sea con intencionalidad o por ignorancia, principalmente en los discursos de gobiernos populistas de derecha, politizando la crisis humanitaria de cientos de refugiados.

Según la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, se considera refugiado a aquella persona que

“debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él” (Naciones Unidas, 1950).

En cambio, las Naciones Unidas definen al migrante como *“alguien que ha residido en un país extranjero durante más de un año independientemente de las causas de su traslado, voluntario o involuntario, o de los medios utilizados, legales u otros”* (Naciones Unidas, 2020), sin embargo este término se suele utilizar vinculado al factor económico –migrante económico-, considerando que estos individuos eligen abandonar su país en pos de alcanzar un mejor estándar de vida en aquellos Estados “mejor posicionados” económicamente como lo son varias naciones europeas.

La crisis que se produce en las costas del Mediterráneo y a través del cruce de los Balcanes es mayoritariamente de refugiados ya que principalmente quienes lograron y/o intentaron entrar a las fronteras europeas fueron personas provenientes de Siria, Afganistán, Kosovo, Eritrea, Nigeria, entre otros países de África y Medio Oriente donde los derechos humanos y las condiciones de vida digna no están garantizados.

Asimismo, para poder comprender en mayor profundidad la falta de consenso y las controversias en el accionar de la Unión, se debe mencionar

algunos aspectos legales. Los artículos 67.2, 78 y 80 del TFUE establecen el compromiso de la UE para el desarrollo de política común en materia de asilo con el “*objeto ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional en uno de los Estados miembros y garantizar el respeto del principio de no devolución...*” (Parlamento Europeo, 2021b). Asimismo, en los artículos se expone que esta política debe estar basada en la solidaridad entre Estados miembros.

Por su parte, el art. 77 establece como objetivo el establecimiento de una política de control de fronteras en conjunto tanto internas –Espacio Schengen– como externas. En el marco de esta es que surge la “*Guardia Europea de Fronteras y Costas que es la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex) y las autoridades nacionales combinadas*” (Parlamento Europeo, 2021c).

Respecto de la ayuda humanitaria, el art. 214 del TFUE expresa en el apartado 1:

“Las acciones de la Unión en el ámbito de la ayuda humanitaria se llevarán a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión. Dichas acciones tendrán por objeto, en casos concretos, prestar asistencia y socorro a las poblaciones de los terceros países víctimas de catástrofes naturales o de origen humano, y protegerlas, para hacer frente a las necesidades humanitarias resultantes de esas diversas situaciones. Las acciones de la Unión y de los Estados miembros se complementarán y reforzarán mutuamente.”

Al mismo tiempo, el inciso 4 plantea la posibilidad de la Unión de llevar a cabo acuerdos con terceros países y organizaciones internacionales en pos de garantizar el cumplimiento de lo planteado anteriormente en el apartado 1 (TFUE, 2012).

Respecto del Reglamento de Dublín (III), este “*establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida*” (Eur-Lex, 2013). De esta forma, el país de entrada del solicitante de asilo es el que se debe encargarse

de examinar su solicitud, por lo que esta responsabilidad recae sobre los Estados fronterizos.

El Reglamento de Dublín y el mecanismo de EURODAC² se enmarcaron dentro del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), el cual surgió con el objetivo de armonizar el derecho de asilo entre los Estados miembros. El SECA tuvo dos periodos, finalizando en 2010. En 2009 el Tratado de Lisboa y el posterior surgimiento del TFUE complementaron al sistema.

“Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) deviene derecho primario de la Unión, lo que supone en materia del derecho de asilo que los artículos 18 y 19 relativos al mismo se convierten en derechos fundamentales que deben ser respetados en la aplicación del derecho de la Unión, subrayándose que el derecho de asilo se garantiza dentro del respeto a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y el reconocimiento del Principio de non refoulement” (Velazco, 2017).

IV. Consideraciones históricas

En pos de alcanzar un mayor entendimiento de las relaciones entre el bloque regional y Turquía, se considera necesario mencionar brevemente algunos aspectos históricos que le den contexto.

En este sentido, en primera instancia hay que mencionar que el desarrollo de integración de la UE como bloque regional no fue un proceso sencillo ni corto, sino que su evolución fue progresiva tanto en sus miembros como en las materias involucradas. Luego de dos guerras mundiales, con cientos de muertes y economías devastadas, los Estados comprendieron que la lucha armada no los llevaría a la resolución de los conflictos ni a la prosperidad. Con esto en mente las naciones europeas deciden comenzar a integrarse en un área clave como lo

² “El sistema EURODAC: regula el tratamiento y almacenamiento en una base de datos, compilando las huellas dactilares e identificación de las personas que solicitan protección internacional” (Velazco, 2017).

son el acero y el carbón; a partir de entonces sería la dependencia mutua la garantía de la paz.

El proceso de integración comienza en 1951 con la firma el Tratado de París entre 6 Estados –Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos- dando origen a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, una zona de comercio preferencial de estos minerales entre las partes. Luego, el mismo se profundiza con la firma del Tratado de Maastricht (1992), a partir del cual se crea la Unión Europea con el fin de alcanzar una unión económica y monetaria. Además, los Estados ahondan en el aspecto político a través de 3 pilares: las comunidades europeas; una política exterior y de seguridad común; y la cooperación policial y judicial en materia penal. Estos dos últimos ámbitos son elementales para entender el tema del trabajo.

Con la caída de la URSS y sus esferas de influencia, junto con la unificación de Alemania, en 1995 entra en vigor el Acuerdo de Schengen, por el cual varios países europeos deciden suprimir los controles en las fronteras internas y trasladar los controles a la frontera exterior en común. El espacio Schengen dio origen a una “Europa sin fronteras”. Dos años después con el Tratado de Ámsterdam y luego el Tratado de Niza (2001) profundizan la integración de la UE, se modifican las instituciones comunes y se incorporan nuevos aspectos en los que cooperar: como el empleo y el medioambiente (Unión Europea, 2021).

Finalmente, después de un intento fallido de establecer una Constitución Europea, el Tratado de Lisboa (2007) establece la UE tal como la conocemos hoy en día, para ello se incorporaron nuevas figuras como la del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y la Política de Seguridad, también se modifica el proceso de toma de decisiones poniendo al Parlamento Europeo en pie de igualdad con el Consejo de Ministros para decidir qué hace la UE y como se gasta el dinero. Por último, se le atribuye personalidad jurídica a la Unión, lo que significa que es actor y sujeto del Derecho Internacional, por lo que puede celebrar y negociar acuerdos internacionales (Parlamento Europeo, 2021d).

Actualmente la UE es el bloque regional más avanzado del mundo y el más próximo a transformarse en una unión política. Hoy en día está conformada por 27 países miembros de diversos tamaños y desarrollo económico y político; estas disparidades hacen que frente a crisis - como la de los migrantes y refugiados (2015)- algunos Estados sean más vulnerables que otros.

Por su parte, desde la fundación de la república en 1923, múltiples gobernantes de se han propuesto acercar Turquía a Europa y al mundo occidental haciendo hincapié en su doble continentalidad: de los 783.562 km² de su territorio, 23.169 km forman parte del continente europeo. La búsqueda por ser aceptados como europeos junto con el temprano interés turco para alcanzar un trato económico especial con el bloque europeo, hace que en 1963 se firme el “Acuerdo de Ankara” con la entonces CEE.

En 1987 Turquía presenta su candidatura como miembro de la CEE, 12 años después la ya conformada UE acepta oficialmente la candidatura. Con la llegada al poder de Recep Tayyip Erdogan en 2003, el país comenzó un proceso de reformas con el fin de cumplir los requisitos solicitados por la UE para integrarse al bloque; principalmente lo relativo a los derechos humanos, la garantía de democracia y el respeto a las minorías -como lo son los kurdos en el Este del territorio turco-. Finalmente, en 2004, la Comisión Europea aconseja al Consejo de la UE que inicie conversaciones con Ankara para negociar su ingreso (Fernández Cadavid, 2016).

En 2005, la UE acordó la apertura formal de las negociaciones de adhesión de Turquía a la UE, reconociendo el progreso decisivo realizado por Turquía en su ambicioso proceso de reformas y, especialmente, en relación con el cumplimiento de los criterios políticos de Copenhague establecidos en el Consejo Europeo de junio de 1993 como marco general para la adhesión de cualquier Estado candidato a la Unión (CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL, 2007: p.13). Sin embargo, 16 años después Turquía sigue siendo el eterno candidato, por ello las olas de migrantes y refugiados desplazándose hacia Europa en 2015, se presentaron como una nueva oportunidad para hacer avanzar las negociaciones.

i. Crisis de migrantes y refugiados en Europa – 2015

Si bien el movimiento de personas desde África y Medio Oriente no es un fenómeno reciente, en 2015 se produjo un flujo de tal magnitud que desbordó el sistema de asilo, generó opiniones y sentimientos ambiguos, y una crisis institucional hacia el interior de la UE ante la imposibilidad de adoptar medidas tempranas y que no choquen con los intereses nacionales de cada miembro de la Unión.

Es aquí donde toma relevancia la diferencia de conceptos que se realizó a comienzo del trabajo. Si bien mayoritariamente la crisis se trató de refugiados, es decir de individuos que escapan de sus hogares por miedo, persecución y/o ausencia de derechos civiles y políticos, una parte de las personas que llegaron a las costas europeas son consideradas migrantes en busca de trabajo y mejores condiciones económicas. Esta cuestión suele generar cierta confusión generada y potenciada en parte por gobiernos nacionalistas contrarios a brindar ayuda humanitaria fundamentándose en el peligro que representan para su economía, sus sociedades y sus valores.

Medio Oriente lleva años de inestabilidad política en muchos de sus países ya sea producida por la presencia de potencias extranjeras, grupos terroristas, y/o roces entre diferentes facciones religiosas. A partir de 2011, a esta situación se le suma el desarrollo de la “Primavera árabe”, que trajo consigo nuevas guerras civiles y el aumento de violencia no solo en el Cercano Oriente – Siria, Irak, Yemen- sino también en múltiples países de África como Egipto y Libia. Estos sucesos son claros antecedentes al posterior desplazamiento masivo hacia Europa³

Según la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) 1.014.836 de personas llegaron a Europa a lo largo del 2015, tanto por mar –cruzando el Mediterráneo- como por tierra a través de los Balcanes. El informe publicado por la agencia *“señala que 84% de los que*

³ Según datos de Eurostat las 10 nacionalidades de las que más presentaron solicitudes de asilo en la UE en 2015 fueron: 1. Siria, 2. Afganistán, 3. Irak, 4. Kosovo, 5. Albania, 6. Pakistán, 7. Eritrea, 8. Nigeria, 9. Irán y 10. Ucrania.

llegaron a Europa provienen de los 10 países del mundo que más refugiados generan, lo que refuerza la teoría de ACNUR de que la mayoría de los recién llegados a Europa huían de la guerra y la persecución” (Naciones Unidas, 2015).

En la siguiente imagen, se puede observar como el flujo de llegadas comenzó a aumentar a partir de marzo, alcanzando a su punto más alto en octubre. A pesar de que el crecimiento exponencial se dio a partir de abril, solo se le prestó verdadera atención a esta situación desde junio, no solo por lo incontrolable que se volvió la situación en los bordes de la Unión, sino también gracias a la prensa internacional que comenzó a mostrar imágenes ilustrando la cantidad de personas que fallecían en el intento de cruzar hacia Europa—se considera que el Mediterráneo es la frontera más peligrosa del mundo—, el hacinamiento en el que se movilizaban, las redes de tráfico de individuos y las caras de tristeza y miedo de cientos de ellos.

Gráfico 1: Arribo de migrantes mensual por mes por mar y tierra.

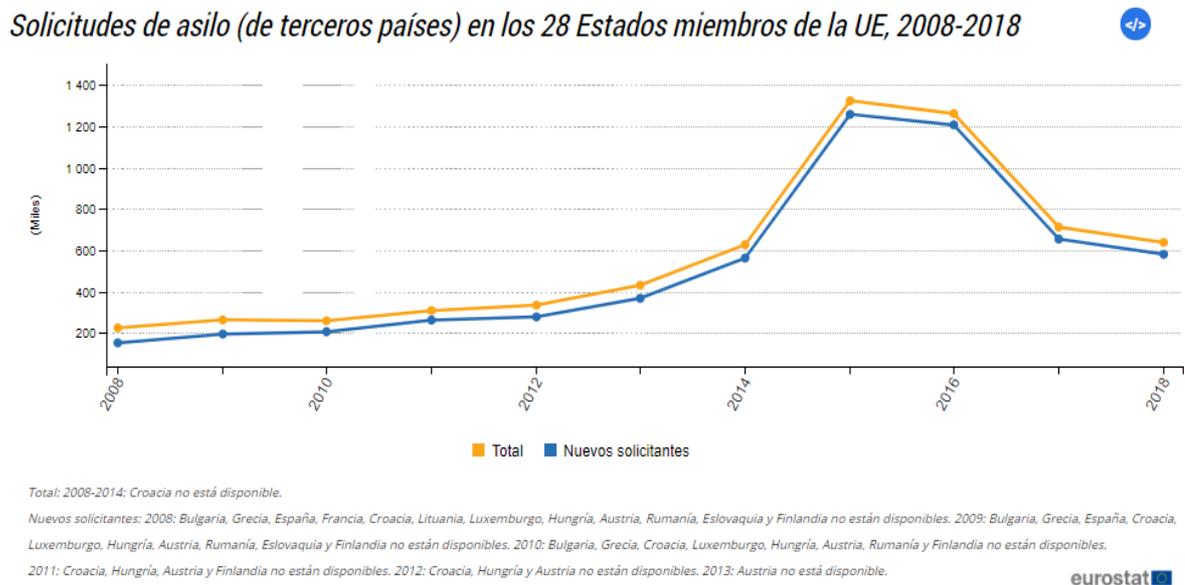


Fuente: UNHCR, 2018

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, esta crisis mixta se da a partir de que cientos de personas intentaron ingresar por medios legales e ilegales a Europa poniendo en riesgo sus vidas y cayendo en manos de traficantes de personas. En un primer momento, el mayor peso de esta situación cayó en los países que forman parte de la frontera exterior de la UE – Grecia, Italia, España- dado que estos son los responsables de recibir y analizar las solicitudes de asilos de acuerdo con las reglas comunitarias de asilo.

En la imagen 2 se observa como el número de solicitudes de asilo aumenta a partir de 2014, llegando al punto más alto en 2015 cuando los sistemas de asilo se encontraban colapsados.

Gráfico 2: Solicitudes de asilo en la UE.



Fuente: Eurostat, 2020

Por otro lado, cabe mencionar que, a pesar de llegar a las fronteras de la UE, no hay nada asegurado, ya que cuando los individuos presentan una reclamación se convierten en solicitantes de asilo, *“pero solo reciben el estatuto de refugiado o una forma diferente de protección internacional una vez que las autoridades nacionales hayan tomado una decisión positiva sobre su caso.”* (PARLAMENTO EUROPEO, 2021c). Mientras tanto, los recién llegados esperan una respuesta en las calles, en campos de acogida o cruzando ilegalmente a otro Estado perteneciente al Espacio Schengen. Según la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en 2015, 2,2 millones de personas se encontraban ilegalmente en la UE.

La UE tiene la obligación legal y moral de proteger aquellos en necesidad, sin embargo *“No todo el que llega a Europa necesita protección. (...) si no pueden*

legitimar su pedido de protección, entonces los gobiernos nacionales tienen la obligación de asegurar su regreso (ya sea voluntario o a través del uso de medidas coercitivas) a su país de origen o a otro país por el cual hayan atravesado” (COMISIÓN EUROPEA, 2017).

Esta cuestión presenta algunos problemas: puede ser muy difícil presentar pruebas para demostrar que su vida corre peligro en su tierra natal; casi el 90% de quienes llegaron a suelo europeo dijeron que para lograrlo tuvieron que pagar a organizaciones de crimen organizado, quienes suelen apropiarse de sus documentaciones; y, por último, la cuestión de hacer que una persona retorne a un país considerado por la UE como “seguro” no implica que verdaderamente lo sea para ese individuo.

Cuando comenzaron a llegar los desplazados *“Los países del norte de Europa, amparados en los Acuerdos de Dublín, (...) se desentendieron del tema.”* (Fernández Cadavid, 2016), de esta manera se observa como frente a un mismo evento externo, los Estados que integran la UE son afectados de diferentes formas y con distintas intensidades volviendo a unos más vulnerables que a otros. Si bien en primera instancia los más afectados fueron los países fronterizos, luego este “peso” se distribuyó en partes desiguales entre los miembros, siendo Alemania el país que mayor refugiados recibió -890.000-, mientras que otros como Hungría, sólo aceptaron menos de 2.000, desconociendo la cuota obligatoria impuesta por la UE y prevaleciendo los intereses nacionales por sobre los de la comunidad.

La falta de recursos para recibir a refugiados, junto con la saturación del mecanismo de asilo establecido por la UE y la sensación de que solo unos pocos países de la integración estaban pagando por la seguridad de todos, trajo una fuerte problemática hacía el interior del bloque. En el marco de buscar una solución efectiva para hacer frente al elevado flujo de entrada la Comisión Europea crea la “Agenda Europea de Migración” determinando pautas de actuación en conjunto. En este sentido, se decide poner a disposición de los gobiernos más afectados una mayor cantidad de recursos económicos; fortalecer la agencia FRONTEX extendiendo su zona de operaciones; buscar un

sistema de retorno más eficaz; y se fijan cuotas para la distribución de solicitantes de asilo entre los Estados miembros.

Asimismo, el Consejo Europeo planteó la importancia de cooperar con terceros Estados, principalmente aquellos de origen y tránsito a través de los Programas Regionales de Desarrollo y Protección y de la firma de acuerdos con el fin contener la movilización ilegal de individuos hacia la UE, cobrando una gran relevancia las relaciones con Turquía (PEÑA DÍAZ, 2017). De esta manera los órganos supranacionales como el Consejo Europeo brindan un alivio a los Estados miembros mediante estos medios.

En síntesis, la crisis de los migrantes y refugiados implicó no solo cambios en las prioridades de la agenda de la Unión Europea como bloque, sino que también a nivel doméstico cada Estado miembro debió darle un nuevo lugar de importancia a la migración y al asilo.

ii. Acuerdo Unión Europea- Turquía

Como se mencionó anteriormente, a modo de hacer frente a la crisis, Europa desarrollo una estrategia exterior principalmente financiera, en pos de mejorar la situación de los refugiados en los Estados que están en camino hacia la UE, y así asegurarse de que se asienten allí desalentando el sueño europeo. Dado que los principales protagonistas de la crisis fueron miles de sirios, al observar a sus vecinos- Turquía, el Líbano y Jordania- se ve que estos han absorbido un gran número de refugiados en los últimos años, pero sin garantizar buenas condiciones de vida, lo que hace que las personas decidan continuar su camino en pos de un lugar mejor.

Por ello, la bi-continentalidad de la república turca se vuelve elemental para lograr frenar el flujo, a partir de la externalización de las fronteras de la Unión. La Declaración Turquía- EU se enmarca en el art. 214 del TFUE sobre ayuda humanitaria que da el visto bueno para que la integración pueda desarrollar acuerdos con organizaciones internacionales y terceros países en pos *“de prestar asistencia y socorro a las poblaciones de los terceros países*

víctimas de catástrofes naturales o de origen humano, y protegerlas...” (TFUE, 2013).

En octubre de 2015 en una mini cumbre, los líderes europeos acordaron "revitalizar" la candidatura de Turquía como miembro a cambio de su cooperación para frenar el flujo de refugiados, transformándose en una especie de guardián de la UE. Dos meses después, la Comisión Europea abrió el capítulo 17 del proceso de adhesión sobre asuntos económicos y financieros, luego de cinco años sin avances.

Finalmente, en marzo de 2016 se firmó el Acuerdo entre Turquía y la UE con el fin de detener el flujo desbordado de individuos desde las costas turcas hasta Grecia a través del Mar Egeo. El mecanismo propuesto se centró en que Turquía aceptara nuevamente a aquellos inmigrantes ilegales y/o solicitantes de asilo, que hayan partido de sus puertos hacia europea, cuyas solicitudes no han sido presentadas o aprobadas. Asimismo, *“por cada sirio devuelto a Turquía desde las islas griegas después de una travesía irregular, la UE acogerá a un sirio de Turquía que no haya intentado hacer este viaje de manera irregular”*⁴ (WILDANGER, 2020).

A cambio de transformarse en un Estado “defensor” / “tapón” europeo, se acordó que Turquía recibiría 6.000 millones de euros no sólo para reforzar los controles fronterizos, sino también para mejorar las condiciones de vida de los desplazados. Al mismo tiempo, se reabrirían las negociaciones para la adhesión del país como miembro de la UE y se permitirían viajes sin visado para los ciudadanos turcos -tan pronto como Turquía cumpliera los 77 puntos de referencia, entre los cuales se plantea la necesidad del país de garantizar las libertades civiles y políticas-.

Si bien *“Turquía ha sido rápida en cumplir sus promesas. En menos de 24 horas después de que finalizara la cumbre, los guardacostas turcos detuvieron a unos 1.300 inmigrantes y a varios presuntos contrabandistas en una importante operación de represión en la costa del Egeo”* (AYDINTASBAS, 2015), el acuerdo

⁴ Si bien en la cita se especifica la nacionalidad siria, el acuerdo de refiere a los inmigrantes y refugiados de cualquier nacionalidad que crucen de forma ilegal.

generó controversia hacia el interior de la UE. El punto más cuestionado entre los Estados miembros fue quien se iba a hacer cargo de aportar el dinero para pagar a Ankara, si todos debían aportar a la causa o si en realidad solo los principales beneficiados de este- entre ellos Alemania-.

Además, los ciudadanos europeos cuestionaron la revitalización de su candidatura y la posibilidad de extender el Espacio Schengen, entendiendo que se estaba dejando de lado principios básicos morales de la Unión como la libertad de prensa, el respeto a las minorías y la democracia, con el mero objetivo de evitar los flujos de desplazados.

De esta forma, Turquía se vuelve nuevamente un "amigo especial" de la UE más que un potencial nuevo miembro. Similar al papel que Turquía desempeñó durante la Guerra Fría, como "nación fronteriza" que se enfrentaba a "la amenaza soviética". Hoy en día, la amenaza puede haber cambiado, pero una vez más Turquía se presenta como un aliado estratégico indispensable para Occidente, y de nuevo sin la necesidad de absorber sus valores y normas (AYDINTASBAS, 2015).

IV. ¿Qué tan efectivo ha sido el Acuerdo?

Más de cinco años después de la firma del Acuerdo entre la UE y Ankara, se puede considerar que, si bien el mismo sirvió para reducir el flujo de desplazados hacia las fronteras de la integración, su futuro constantemente es puesto a consideración dado las reiteradas amenazas del gobierno turno con incumplirlo al abrir las fronteras. Más que resolver el problema, lo que Bruselas logró es una relación de dependencia hacia Turquía, quien utiliza a los refugiados en pos de sus intereses nacionales.

En este tiempo, se han podido observar numerosas deficiencias en el Acuerdo. Hasta mayo de 2016, todo parecía ir por el camino correcto en el cumplimiento de lo negociado, sin embargo, la lucha de poder entre el Primer Ministro de turco Ahmet Davutoğlu y el Presidente Recep Tayyip Erdoğan concluye con este último forzando la renuncia de Davutoğlu, quien había cumplido un rol fundamental en la negociación.

Esta situación se produce un día después de que la Comisión Europea elogiara los esfuerzos de Turquía logrando cumplir 72 de los 77 criterios técnicos para obtener la entrada al Área Schengen. Dentro de los criterios pendientes, se encuentra la ley antiterrorista considerada controversial por su uso contra periodistas. Sin embargo, como analiza Aydintasbas (2015) en un artículo para “European Council on Foreign Relations”:

“desde el intento de golpe de Estado de julio, Ankara ha endurecido su posición sobre la misma, y el Presidente Erdoğan ha descartado un cambio o una enmienda basándose en que Turquía estaba luchando contra varios grupos terroristas simultáneamente -incluidos el Estado Islámico y el PKK. Los medios de comunicación progubernamentales describen las exigencias europeas de modificar la ley como un apoyo encubierto al terrorismo contra Turquía.” (AYDINTASBAS, 2015).

Además, el gobierno estableció la expansión de esta para que incluya a académicos y escritores que pudieran ser acusados de incitación al terrorismo. Estas actitudes chocan con los valores de libertad y Estado de derecho que la UE suele defender, esto no hace más que aumentar el cuestionamiento de Turquía como “tercer país seguro” y alejarlo de su incorporación como miembro pleno de la integración económica y política.

Otra cuestión por la cual el visado no se ha logrado, está relacionado con el contexto político interno de la UE, donde todos los Estados miembros tienen en sus parlamentos partidos nacionalistas de derecha, los cuales incluso son gobierno como en el caso de Hungría y Polonia. Estos suelen tener una visión xenófoba frente a la posibilidad de que Turquía tenga libre visado. Aproximadamente el 99%⁵ de la población turca es musulmana, y es allí donde entran en juego la percepción de un “ellos” frente a un “nosotros”, en el que el otro, al pensar diferente es rechazado. Asimismo, numerosos políticos utilizan la vinculación entre musulmanes y terrorismo, generando mayor miedo y rechazo infundado en la sociedad.

⁵ Datos del sitio web oficial de la Comisión Europea. Obtenida en: <https://bit.ly/3uuuwFY>

Desde que la política interna turca se basa en un “one-man-rule-system”, las negociaciones por entre las partes para lograr lo establecido en el acuerdo no han tenido grandes avances (Pierini, 2017). Por su parte, en 2018 Freedom House cambió el estatus de Turquía de “parcialmente libre” a “no libre” como consecuencia de la concentración del poder en el presidente, la falta de cumplimiento con los mecanismos de peso y contrapeso y la reducida libertad de expresión. (Freedom House, 2018)

Al mismo tiempo, Erdoğan cambió su discurso político doméstico a partir de adoptar una posición anti-europeísta, que lo ha llevado, junto con el deterioro democrático, al congelamiento de los diálogos de adhesión a la UE dado que Turquía se presenta como un “socio poco confiable”. Incluso hacía el interior de la sociedad turca comenzó a crecer el descontento respecto a la gran cantidad de solicitantes de asilo, refugiados y migrantes que el país alberga, vinculando los mismos con el delito, lo ilegal y el aumento del desempleo (Ülgen, 2016).

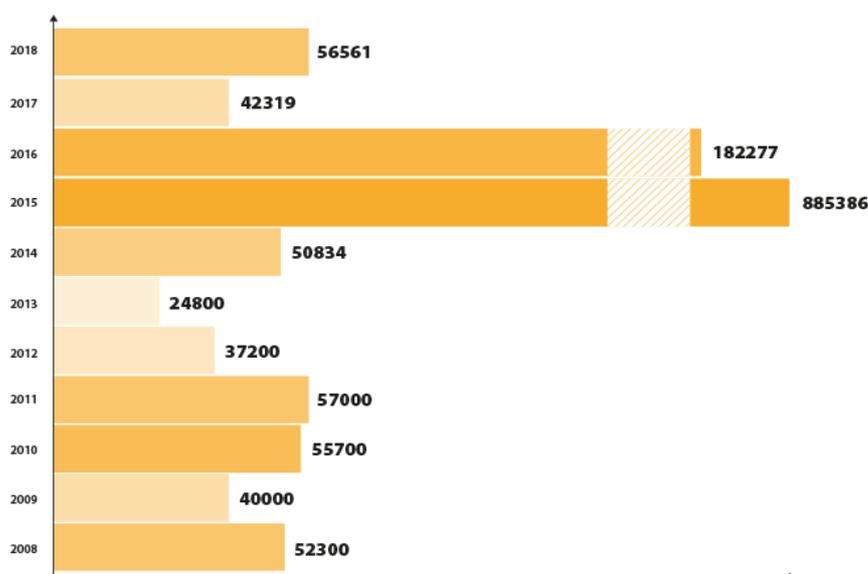
A pesar de todo lo explicado anteriormente, el Acuerdo ha logrado una disminución significativa en los cruces ilegales desde las costas turcas a Grecia. Según datos de FRONTEX, en 2016 se detectaron más de 182 000 individuos cruzando la ruta del Mediterráneo oriental, aunque la gran mayoría llegó en los tres primeros meses del año. A partir de la firma del Acuerdo, el número se redujo sustancialmente “*La declaración eliminó en gran medida el incentivo para que los migrantes tomaran rutas de migración irregular hacia Grecia y ha socavado el modelo comercial de las redes de tráfico de personas*” (FRONTEX, 2019).

En el siguiente gráfico se puede observar cómo en todo el año 2017 se detectaron cerca de 42.300 cruces ilegales de frontera, tanto por vías marítimas como terrestres, menos de la cuarta parte del total en 2016. Sin embargo, en 2018 el número vuelve a aumentar y en parte se debe a que no sólo llegan personas desplazadas de Medio Oriente, sino que con mayor frecuencia llegan turcos, “*El número de migrantes turcos registrados se triplicó con creces en 2018, con 7.918 llegadas, convirtiéndose así en la cuarta nacionalidad más común en esta ruta*”. Por su parte en 2019 han cruzado 82.000 migrantes irregulares por la ruta del Mediterráneo oriental (FRONTEX, 2019). Esto se relaciona

íntimamente el aumento de persecuciones en Turquía y su desvío del camino democrático.

Gráfico 3: Cruces ilegales a través de la ruta del Mediterráneo Oriental.

Illegal border crossings on the Eastern Mediterranean route in numbers.



Fuente: FRONTEX, 2021

Otro de los objetivos del acuerdo para garantizar la disminución del flujo estaba relacionado con la mejora de las condiciones de vida de los refugiados que viven en Turquía, con el fin de desalentar la movilización hacia Europa. Actualmente, según datos de la Comisión Europea se encuentran alrededor de 4 millones de refugiados, de los cuales 3,6 millones son sirios. (COMISIÓN EUROPEA, 2021)

A mayo de 2021, en el marco del acuerdo, la UE ha desembolsado 4.100 millones de dólares de los 6.000 prometidos. Gran parte de ese dinero ha sido destinado a programas de educación, salud y alimentos, mientras que el restante será destinado a infraestructura. Sin embargo, según ACNUR (2021), cerca del 90% de los refugiados vive fuera de los campamentos prácticamente sobreviviendo el día a día, además de que muchos de ellos aún no tienen el estatus de refugiado, por lo que son considerados “visitantes

temporales” sin el acceso a los beneficios que supone la asistencia humanitaria.

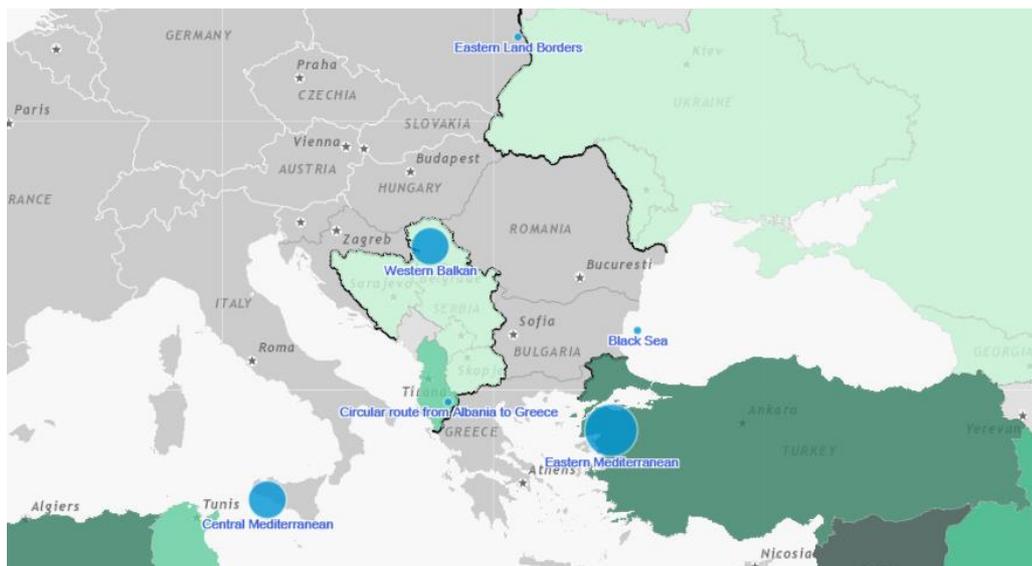
A pesar de ello, siguiendo los datos de provistos por el Consejo Europeo esta financiación ha permitido la “*escolarización de 685 000 niños refugiados; se han realizado más de nueve millones de consultas médicas de atención primaria; se ha vacunado a 650 000 niños refugiados; se está ayudando a 1 700 000 refugiados en sus necesidades básicas cotidianas.*” (Consejo EUROPEO , 2020) Más allá de estos esfuerzos, no se debe olvidar que el número de personas que necesitan ayuda es altamente superior.

En otro orden de cosas, una cuestión adicional que ha ocasionado gran tensión entre las partes ha sido el accionar de Turquía en la Guerra Civil de Siria, en donde por ejemplo ante el rechazo de la comunidad internacional por el avance y bombardeo en el norte sirio en octubre 2019, Erdoğan dijo “*Unión Europea, contrólense (...) Si ustedes tratan de etiquetar esta operación como una invasión, es muy sencillo, abriremos las puertas y enviaremos 3,6 millones de refugiados en su dirección*” (France 24, 2019).

En base a este asunto, es que se llega, a comienzos del 2020, al momento “más caliente” de la relación turca con la UE y el Acuerdo firmado en 2016: La apertura de las fronteras por parte de Turquía y el cruce de acusaciones entre los gobiernos turcos y griegos. Poniendo nuevamente el foco en la UE y su gestión del flujo de desplazados, dejando de lado sus responsabilidades internacionales en materia de asilo y derechos humanos. Asimismo, se destacó la utilización de los refugiados por parte de Turquía en pos de sus intereses geopolíticos.

Luego de casi cuatro años de acuerdo, en 2019 la ruta del Mediterráneo oriental siguió manteniéndose como la frontera por donde mayores cruces ilegales de personas se producían tal como lo ilustra el siguiente mapa de migraciones diseñado por Frontex en 2019.

Mapa 1: Ruta migratoria



Fuente: (FRONTEX, 2019)

En cuanto al acuerdo de intercambio de refugiados entre Turquía y Grecia, debido a que los procedimientos de retorno en este último son lentos, sólo 1.564 refugiados fueron enviados de vuelta a Turquía entre 2016 y 2018. Por lo que la posibilidad de un mecanismo legal de entrada parece estar distante de la realidad. (DW, 2018)

Los datos anteriormente explicados y analizados nos permiten comprender una de las mayores críticas que se hace al Acuerdo, el hecho de que se centra en ser más una respuesta militar que humanitaria a la crisis de migrantes y refugiados.

Como se puede observar en el gráfico 3, a pesar de que en 2018 y 2019 el número de cruces ha aumentado no tienen comparación en magnitud a las cifras alcanzadas en 2015, por lo que supone que la gestión de fronteras por parte de los órganos de seguridad ha sido eficaz. Sin embargo, al detenernos en los datos sobre los resultados de los programas financiados por la UE para mejorar las condiciones de vida de los individuos vemos que en esa materia aún queda mucho para trabajar. Dado que la asistencia que requieren estas personas no es meramente en servicios básicos, sino también la posibilidad de trabajar, integrarse a la sociedad y así poder comenzar una nueva etapa de sus vidas, y en todas estas áreas poco han hecho las partes. Por ejemplo, en 2016

el gobierno turco concedió cerca de 7.000 permisos para que los sirios puedan trabajar, cuando estos eran más de 2,5 millones. (DALOĞLU, 2016)

De esta forma, se puede considerar que el Acuerdo si ha sido eficiente a la hora de disminuir el flujo migratorio de Turquía a Europa, pero no ha logrado que la república turca se convierta en un lugar atractivo para los refugiados, quienes siguen a la espera de llegar a Europa. Además, la estabilidad de lo negociado en marzo 2016 constantemente tambalea al entrar en conflicto con la política interna de Ankara y sus intereses nacionales.

Finalmente, se debe mencionar que con la expansión del virus de COVID-19, los Estados de todo el mundo tomaron medidas para restringir la circulación de personas hacia el interior y exterior de sus territorios. Bajo este contexto singular, el flujo migratorio hacia la UE desde la ruta del mediterráneo se redujo e incluso detuvo. Por su parte, la última actualización sobre negociaciones entre la UE y Turquía –por fuera del acuerdo de 2016- fue la Cumbre realizada en junio de 2021 donde se acordó que la Unión destinará 3.500 millones de euros al país frente al hecho de que es el Estado en el que más refugiados a nivel mundial.

V. Conclusiones

En presente trabajo nos permite comprender como la Unión Europea a pesar de poseer regulaciones en materia de asilo y migración, frente a una crisis de tal magnitud como la vivida en 2015, no logró coordinar políticas comunes a tiempo. Entonces, ante la falta de consenso interno, el bloque optó por firmar un acuerdo con Ankara que resuelva parte del problema. Aun a pesar de que Turquía no debería ser la solución a la incapacidad de la UE de actuar de manera colectiva.

Por otro lado, respecto de lo propuesto en el Acuerdo lo único que funcionó correctamente ha sido el soporte financiero en programas destinados a los más vulnerables. Empero, la profundización de las relaciones políticas entre las partes no se ha logrado ya que no se avanzó con la liberación de las visas ni con las negociaciones de adhesión. Tampoco

se garantizó el correcto funcionamiento del mecanismo legal de entrada a la UE a través del uno-uno entre Grecia y Turquía.

Luego de cinco años, el Acuerdo deja mucho que desear. Si bien implica una dinámica de interdependencia, hay una parte que es más vulnerable (Europa) frente a la utilización política de los refugiados por parte de Erdoğan.

Asimismo, es sumamente cuestionable el manejo de la crisis por parte de Europa dejando de lado la moral y los derechos humanos, ya que aun a pesar de que el Estado de derecho y las libertades básicas no están garantizadas en Ankara, se lo sigue considerando un “país seguro” para los desplazados, el problema está en preguntarse ¿Seguro para quién es Turquía?

Por último, la crisis de los refugiados y migrantes del 2015 implicó un cambio en la configuración política de Europa, dificultando aún más las posibilidades de acuerdos hacia el interior de la UE y hacia el exterior. De esta forma, en tanto los líderes europeos no desarrollen una nueva política de asilo y migración que satisfaga a las partes, seguirán dependiendo del humor turco y de sus intereses nacionales e internacionales.

VI. Bibliografía

AYDINTAŞBAŞ, A. (2015, 2 diciembre). *Turkey: EU partner or buffer state?* ECFR. https://ecfr.eu/article/commentary_turkey_eu_partner_or_buffer_state/

CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL (España) (2007). *La adhesión de Turquía a la Unión Europea*. Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica.

COMISIÓN EUROPEA (2017). *The EU and the refugee crisis*. Publications Office of the European Union. Recuperado 2021, de <https://op.europa.eu/webpub/com/factsheets/migration-crisis/en/> –(2021). *The EU facility for refugees in Turkey*. Neighborhood enlargement. https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/frit_factsheet.pdf

CONSEJO EUROPEO (2021, septiembre 30). *Ruta del Mediterráneo oriental*. European Council. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/eastern-mediterranean-route/>

DALOGLU (2016). *Judy Asks: Will Turkey Help Europe on Refugees?* Carnegie Europe. <https://carnegieeurope.eu/strategieurope/62596>

Deutsche Welle (DW). (2018). *The EU-Turkey refugee agreement: A review*. DW.COM. <https://www.dw.com/en/the-eu-turkey-refugee-agreement-a-review/a-43028295>

EUROSTAT (2020). *Archive:Estadísticas de asilo - Statistics Explained*. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Asylum_statistics%2Fes&oldid=353137

FERNÁNDEZ CADAVID, J. L. (2016, mayo). *La crisis de migrantes y la UE: Turquía, el eterno candidato, ¿problema o solución?* (N.º 46). Instituto Español de Asuntos Estratégicos.

https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2016/DIEEEO49-2016_CrisisMigrantes_UE_Fdez.Cadavid.pdf

FRANCE 24 (2019). *Turquía: presidente Erdogan amenaza a Europa si continúa el rechazo a su ofensiva en Siria*. <https://www.france24.com/es/20191010-turquia-presidente-erdogan-amenaza-europa-si-continua-el-rechazo-su-ofensiva-en-siria>

FREEDOM HOUSE (2018). *Turkey*. <https://freedomhouse.org/country/turkey/freedom-world/2018>

FRONTEX. (2019). *Eastern Mediterranean Route*. Frontex- Migration Routes. <https://frontex.europa.eu/we-know/migratory-routes/eastern-mediterranean-route/>

KEOHANE, R., & NYE, J. (2001). Interdependence in World Politics. En *Power and Interdependence: World politics in transition* (p. 8). Longman.

Malamud, A. (2011). *Conceptos, teorías y debates sobre la integración regional*. Scielo. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-35502011000200008

NACIONES Unidas (30 de diciembre de 2015). *Según ACNUR, más de un millón de refugiados y migrantes llegaron a Europa por mar en 2015*. Noticias ONU. <https://news.un.org/es/story/2015/12/1347831>

–(2020). *Definiciones*. Refugiados y migrantes. <https://refugeesmigrants.un.org/es/definitions>

PARLAMENTO EUROPEO (2021c). *Asilo y migración en la UE: cifras y hechos*. Parlamento Europeo- Noticias- Sociedad. <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20170629STO78630/asilo-y-migracion-en-la-ue-cifras-y-hechos>

–(2021b). *La política de inmigración*. Parlamento Europeo- Fichas temáticas sobre la UE. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/152/la-politica-de-inmigracion>

–(2021c). *La política de asilo*. Parlamento Europeo- Fichas temáticas sobre la UE. <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/151/la-politica-de-asilo>

–(2021d). *El PE después del Tratado de Lisboa: un papel más importante en la construcción de Europa*. Parlamento Europeo - El tratamiento de Lisboa. <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/es/powers-and-procedures/the-lisbon-treaty>

PEÑA DÍAZ, F. D. A. (2017). La agenda europea de migración: Últimos desarrollos. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 33. <https://doi.org/10.17103/reei.33.10>

PERROTA, D. (2013). La integración regional como objeto de estudio. De las teorías tradicionales a los enfoques actuales. En *Teoría de las relaciones internacionales*. EUDEBA.

PIERINI, M. (2017). *Four Steps to an EU-Turkey Reset*. Carnegie Europe. <https://carnegieeurope.eu/2017/06/29/four-steps-to-eu-turkey-reset-pub-71389>
Eur-Lex. (2013). *Reglamento de Dublín*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32013R0604>

TOKATLIAN, & PARDO (1990). La teoría de la interdependencia: ¿Un paradigma alternativo al realismo? *Estudios Internacionales*, 339–382.

ULGEN, S. (2016, 14 abril). *Vulnerable to the Kurds, the Islamic State, and Refugees*. Carnegie Europe. <https://carnegieeurope.eu/2016/04/14/vulnerable-to-kurds-islamic-state-and-refugees-pub-63341>

UNIÓN EUROPEA (2021). *Historia de la UE*. European Union. https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu_es

WILDANGEL, R. (9 de marzo de 2020). *Wilful blindness: How the EU should revise its refugee deal with Turkey*. ECFR. https://ecfr.eu/article/commentary_wilful_blindness_how_the_eu_should_revise_its_refugee_deal_with/

O REGIME JURÍDICO DO ASILO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro¹

Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2021

Fecha de aceptación: 28 de noviembre de 2021

Resumen

Considerando-se a intensificação dos fluxos migratórios e a necessidade de proteger as pessoas deslocadas em consonância com os *standards* dos direitos humanos, o trabalho tem o objetivo geral de analisar o regime jurídico desenvolvido pela CTIDH sobre o direito ao asilo. Por sua vez, o objetivo específico do trabalho é estabelecer uma relação entre o instituto jurídico do refúgio com asilo. Optou-se pelo método dedutivo, com a técnica documental indireta e procedimento de análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial. O artigo pretende estabelecer, como resultado, o regime jurídico do asilo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Asilo. Refúgio. Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Title: The legal status of asylum in the Inter-American Human Rights System

Abstract

¹ Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direito em andamento pela Nova School of Law– Lisboa; Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direitos Humanos concluído pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Estágio de Pesquisa Pós-Doutoral em Direito Internacional e Comparado concluído pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora do Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Membro da Nova Refugee Legal Clinic – Lisboa; Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Biodireito e Direitos Humanos – UFU. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8808192737927290>. E-mail: crmloureiro@gmail.com.

Considering the intensification of migration flows and the need to protect displaced persons in line with human rights standards, the general objective of this paper is to analyze the legal regime developed by the CTIDH on the right to asylum. The specific objective is to establish a relationship between refugee and asylum. The deductive method was chosen, with the indirect documental technique and the doctrinal, legislative, and jurisprudential analysis procedure. The article intends to establish, as a result, the legal regime of asylum in the Inter-American System of Human Rights.

Keywords: Asylum, refuge, Human Rights, Inter-American Human Rights System.

I. Introdução

O objetivo geral do trabalho é analisar o regime jurídico do asilo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a partir da Opinião Consultiva nº 25/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por sua vez, o objetivo específico do trabalho é contextualizar o instituto jurídico do refúgio com o direito humano ao asilo.

O Estado do Equador solicitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos a emissão da Opinião Consultiva a respeito do instituto jurídico do asilo em suas diversas espécies e a legalidade do seu reconhecimento como direito humano de todas as pessoas, em conformidade com o princípio da igualdade e da não discriminação. As disposições normativas interpretadas pela CortelDH na opinião consultiva foram o artigo 22.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o artigo XXVII da Declaração Americana de Direitos Humanos, lidos em conjunto com o artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de Nova York de 1967, bem como as convenções latino-americanas em matéria de asilo e as normas relativas à

ordem interna dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA).

O parecer centrou-se em alguns questionamentos, destacando-se, para efeito deste trabalho, apenas dois deles: se seria possível entender que o artigo 22.7 da CADH e o artigo XXVII da Declaração Americana salvaguardam o direito humano de buscar e receber asilo nas suas diferentes modalidades, formas ou categorias desenvolvidas no direito internacional; e quais são as obrigações internacionais que derivam da CADH e da Declaração Americana em situação de asilo diplomático para o Estado asilante.

É importante esclarecer que o artigo 22.7 da CADH apresenta o termo asilo sem explicitar suas modalidades, ou seja, de forma ampla, o que deu ensejo à solicitação da opinião consultiva em análise.

Em seu parecer, a Corte IDH se valeu da interpretação evolutiva, a fim de justificar a necessidade de compreender o vocábulo asilo trazido pelo texto convencional em sua forma mais ampla, garantindo, assim, a mais abrangente proteção à pessoa humana, embora a Corte IDH tivesse se socorrido também dos métodos interpretativos tradicionais do direito internacional, fazendo remissões aos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Diante desse cenário, o estudo da opinião consultiva revela-se importante por trazer novos paradigmas ao direito internacional no que tange à proteção aos direitos humanos.

Na primeira parte do trabalho, será feito um breve resumo sobre os principais pontos abordados na opinião consultiva em análise. Na sequência, serão trazidos alguns entendimentos doutrinários sobre os institutos do asilo e do refúgio. Após, será dada atenção à discussão da Corte IDH que culminou no reconhecimento do asilo como direito humano e com o reconhecimento do refúgio como uma das acepções de asilo escrito na Convenção. Por fim, será estudado método hermenêutico evolutivo que guiou a Corte IDH durante os debates.

Optou-se pelo método dedutivo, com a técnica documental indireta e com o procedimento de análise da doutrina, da jurisprudência e dos documentos

normativos interamericanos e pertencentes ao Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos.

II. O parecer consultivo nº 25/18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em 12 de julho de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos divulgou o Parecer Consultivo nº 25 (CORTE IDH, 2018), como resultado de consulta apresentada àquele órgão pelo Estado do Equador. A opinião consultiva dirimiu dúvidas levantadas em torno do significado e da abrangência de proteção do asilo presente no artigo 22.7 do Pacto de San José da Costa Rica e no artigo XXVII da Declaração Americana de Direitos Humanos.

A opinião consultiva em análise diz respeito à instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, na qual a República do Equador provoca a competência consultiva da Cortel DH para se manifestar sobre a interpretação e o alcance dos artigos 5, 22.7 e 22.8 em relação ao artigo 1.1. da CADH.

Inicialmente, a Corte IDH analisou a interpretação e o alcance do artigo 22.7 da CADH que estabelece o direito de buscar e receber asilo, bem como do artigo XXVII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, realizando um apontamento teórico relevante a respeito do conceito de asilo e sua classificação concentrada em asilo em sentido estrito ou asilo político (asilo territorial e asilo diplomático) e asilo decorrente do Estatuto dos Refugiados, instituído pela Convenção de Viena de 1951.

Em outra passagem, a Corte IDH estabeleceu interessante interpretação a respeito do asilo diplomático, consagrando a ideia de que a natureza jurídica das funções diplomáticas e o fato de a embaixada se encontrar em território do Estado-receptor, introduz uma diferença significativa com o asilo territorial, uma vez que o primeiro tem implicações no contexto da soberania dos Estados, das relações diplomáticas e internacionais e na proteção dos direitos humanos.

A Corte IDH assentou que o direito de buscar e receber asilo no âmbito do sistema interamericano configura-se como um direito humano de buscar e

receber proteção internacional em território estrangeiro. A expressão asilo contida nos documentos internacionais mencionados acima abrange tanto o *status* de refugiado segundo os instrumentos pertinentes das Nações Unidas e leis correspondentes e o asilo político territorial, em conformidade com as convenções interamericanas sobre o assunto. No entanto, o termo asilo contido no artigo 22.7 da CADH e no artigo XXVII da Declaração Americana não engloba o asilo político diplomático. Contudo, a Corte consignou que existem normas imperativas de direito internacional que devem ser observadas e cumpridas pelo Estado também nessa última modalidade, em que pese a sua outorga ser faculdade do Estado.

Ainda é importante acrescentar que a Corte consignou o entendimento de que o princípio do *non refoulement* (TREVISANUT, 2008: p. 205-246), previsto no artigo 33 da Convenção de Viena relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, aplica-se a todas as modalidades de asilo, ou seja, político (territorial ou diplomático) e refúgio², estabelecendo que o princípio da proibição da devolução não tem aplicabilidade apenas nos casos de asilo, mas se estende a todas as situações em que haja a necessidade de sua incidência como meio de proteção de direitos humanos inderrogáveis, tais como vida, liberdade ou integridade da pessoa protegida.

O Parecer Consultivo em apreço contribui para a constituição do regime jurídico interamericano do asilo, conforme será analisado a seguir.

III. O regime jurídico do asilo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

O asilo político e o refúgio dizem respeito ao “o acolhimento daquele que sofre uma perseguição e que, portanto, não pode continuar vivendo no seu local de nacionalidade ou residência” (RAMOS, 2011: p. 15). Tais institutos compõem

² Art. 33 do Estatuto dos Refugiados de 1951 - Proibição de expulsão ou de rechaço 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas. 2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontra ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.

um quadro de proteção que circunscreve a categoria mais ampla, denominada asilo em sentido amplo, a qual se divide em asilo político (territorial ou diplomático) e refúgio.

No ordenamento jurídico brasileiro, o asilo político está previsto no artigo 4º da Constituição Federal de 1988, como um dos pilares que rege as relações internacionais do Brasil, não havendo uma lei específica para tratar os casos de asilo, sendo considerado como prerrogativa do Estado brasileiro ³, ideia de que é afastada pela Corte na referida Opinião Consultiva, mantida apenas para o asilo diplomático.

Na opinião consultiva objeto deste estudo, a Corte traçou os principais elementos distintivos entre as modalidades de asilo, sem deixar de sublinhar que são institutos de proteção internacional de pessoas forçadas a deixar seus países nacionalidade ou de residência habitual (CORTE IDH, 2018: parágrafo 65).

A Corte denominou o asilo político como asilo em sentido estrito, como a proteção que o Estado oferece a pessoas quando sua vida, integridade pessoal, segurança e/ou liberdade se encontram ou podem estar em perigo, devido à perseguição por crimes políticos ou comuns relacionados a eles, ou por razões políticas e, nesse sentido, asilo, em sentido estrito, coincide com a chamada "tradição do asilo latino-americana" (CORTE IDH, 2018: p. 67).

O asilo político pode se dividir em asilo territorial e asilo diplomático, sendo o territorial concedido dentro do território nacional e, o diplomático, concedido nas embaixadas, representações diplomáticas, navios de guerra, aviões militares e acampamentos (CORTE IDH, 2018: parágrafo 67). Por sua vez, o asilo, na modalidade refúgio, é aquele compreendido nas definições tradicional e ampliada trazidas pelos textos internacionais (CORTE IDH, 2018: parágrafo 68) ⁴.

³ Portal Consular. Ministério das Relações Exteriores. Asilo no Brasil. Disponível em: <<http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/asilo-no-brasil>>. Acesso em: mar. 2019.

⁴ Conferir: inclui a proteção da pessoa que, devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, filiação para um determinado grupo social ou opiniões políticas, está fora do país de sua nacionalidade e não pode ou, por causa de tais medos, não quer se beneficiar da proteção de seu país; ou se não tiver nacionalidade e ser um resultado de tais eventos fora do país de sua residência habitual, não possa ou, em virtude desse temor não

A interpretação sistemática e evolutiva das normas internacionais sobre os respectivos institutos permitiu à Corte IDH reconhecer que, embora as perseguições sejam motivadas por razões distintas, o direito ao acolhimento, à igualdade, à discriminação e ao *non-refoulement* devem ser garantidos em todas as situações (CANÇADO TRINDADE, 2002: p. 1077) ⁵.

Além disso, ficou consignado o entendimento de que não se pode conceber o asilo como uma questão exclusiva de soberania estatal, enquanto o refúgio como relacionado à normativa estabelecida pela comunidade internacional, sendo que apenas o asilo político diplomático ainda pode ser inserido no contexto da prerrogativa estatal, como um poder discricionário do Estado.

O asilo político territorial e o refúgio, por seu turno, foram considerados direito humano de buscar e receber proteção internacional em território estrangeiro no contexto da proteção do sistema interamericano de direitos humanos e, assim, a convergência de tais institutos, do asilo como gênero, que tem como espécie o refúgio e o asilo político territorial, permite uma proteção mais ampla às pessoas.

A consideração do refúgio como modalidade de asilo já havia sido mencionada pela Corte no Caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia (CORTE IDH, 2013). O caso dizia respeito à solicitação de refúgio dos integrantes da família em território boliviano e a Corte IDH analisou as garantias mínimas do devido processo em resposta aos pedidos de reconhecimento do estatuto dos refugiados, ou seja, o direito de buscar e receber asilo e o princípio da não

está disposto a voltar a ele. O termo "refugiado" também se aplica àqueles que fugiram de seus países de origem porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação maciça de direitos humanos ou outras circunstâncias que perturbaram seriamente a ordem pública. (tradução livre da autora).

⁵ Cançado Trindade dispõe: [...] Um novo cenário internacional passou a desvendar-se, em que não mais se sustentava o monopólio estatal da titularidade de direitos, e em que se figurava esgotado e superado o modelo Westphaliano do ordenamento internacional. De certo modo, a própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas única e inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista mostrou-se incapaz de explicar o processo de formação das normas de Direito Internacional geral, e se tornou evidente que só poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da ideia de uma justiça objetiva. O ordenamento internacional das soberanias cedeu efetivamente terreno ao da solidariedade.

repulsão. A Corte IDH, na oportunidade, esclareceu que “solicitante de asilo em sentido técnico equivale en el Derecho Internacional a ‘solicitante de reconocimiento de la condición de refugiado’, por lo cual se utilizan indistintamente” (CORTE IDH, 2013).

De outra feita, na Opinião Consultiva nº 25/18, a Corte IDH assentou que o asilo assumiu uma específica forma e modalidade em amplitude universal, o refúgio, tendo se tornado um dos mecanismos mais importantes para a proteção internacional dos refugiados, a partir da Convenção de 1951 e seu protocolo de 1967 (CORTE IDH, 2018: parágrafo 181).

Embora a CADH e a Declaração Americana não tragam o direito ao asilo de maneira expressa, o invocam implicitamente, ao elaborar um catálogo de direitos aos quais os refugiados devem ter acesso no país de acolhida e ao estabelecer o princípio da não-devolução, estabelecendo os princípios básicos sobre os quais se baseia a proteção internacional de refugiados, sua situação jurídica e seus direitos e deveres no país de asilo, bem como assuntos relacionados à implementação dos respectivos instrumentos.

A Corte IDH, inclusive, inaugurou o reconhecimento do caráter *erga omnes* do princípio da não-devolução e, pela primeira vez, reconheceu o caráter absoluto e imperativo desta norma consuetudinária de direito internacional (CORTE IDH, 2018: parágrafo 181).

Pela abordagem da interpretação evolutiva e do instrumento vivo, admite-se que os significados dos termos não são estáticos, portanto, estão sujeitos a mudanças ao longo do tempo e, dessa forma, a Corte IDH reconheceu o asilo como um direito humano, enfatizando que asilo e refúgio constituem institutos pertencentes ao mesmo gênero (CORTE IDH, 2018).

Assim, a Corte IDH assentou o direito de receber asilo entendendo que o Estado deve outorgar a proteção quando os requisitos e as condições estiverem presentes, sendo obrigação do Estado de acolhida outorgar a proteção internacional quando a pessoa estiver qualificada para ela, seja sob os critérios de definição tradicionais de refúgio ou pelos critérios ampliados pela Declaração de Cartagena de 1984.

Para a Corte IDH, portanto, asilo é figura que reconhece a totalidade das instituições vinculadas à proteção internacional das pessoas em situação de deslocamento forçado, seja ele o asilo político territorial, o asilo político diplomático ou o refúgio. No entanto, como será visto adiante, para efeitos de incidência da proteção do sistema interamericano, a Corte IDH admitiu apenas o asilo político territorial e o refúgio, como direito humano de buscar e receber proteção internacional em território estrangeiro.

1. O reconhecimento do asilo como direito humano

A Corte IDH considerou que a figura do asilo em sentido amplo está protegida pelo núcleo duro que se relaciona com a proteção que um Estado oferece a uma pessoa, que não é de sua nacionalidade ou que não reside habitualmente em seu território, bem como com a obrigação de não entregar uma pessoa a um Estado onde sua vida, segurança, liberdade e integridade se encontrem ou poderiam se encontrar em perigo ⁶.

Ficou estabelecido que tanto a CADH, quanto a Declaração Americana cristalizaram o direito subjetivo de todas as pessoas de buscar e de receber asilo, superando o entendimento histórico do instituto como uma mera prerrogativa estatal, consagrando o direito como um marco do sistema interamericano, uma vez que os tratados internacionais de direitos humanos comportam a interpretação evolutiva, ressaltando, ainda, o princípio *pro personae* (BERBERA, 2017: P 1-27), como um marco na realização da interpretação em apreço.

A Corte IDH sublinhou que a chamada tradição latino-americana do asilo assentava-se sobre os conceitos de soberania e ficava restrito à ideia da prerrogativa estatal (LOUREIRO, 2018: p. 112) ⁷. No entanto, a inclusão do direito

⁶ Para saber mais sobre os interesses da humanidade, consultar: LUBAN, D. (2004). *A theory of crimes against humanity*. *Yale of International Law*, vol. 29, pp. 85-167. Disponível em <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1165&context=facpub>.; BASSIOUNI, C. (2001-2002). *Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice*. *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, n. 1, pp. 81-162. Disponível em <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf>; BIRD, A. (2011). *Third state responsibility for human rights violations*. *The European Journal of International Law*, vol. 21, nº 4, pp. 883-900. Disponível em <http://www.ejil.org/pdfs/21/4/2118.pdf>.

⁷ “O direito ao asilo não é um direito do Estado, mas sim da pessoa, do ser humano, decorrente do dever geral de proteção aos direitos humanos *erga omnes*. É um direito humano fundamental

ao asilo na Declaração Americana de Direitos Humanos de 1948, no seu artigo XXVII, expressa seu reconhecimento como um direito fundamental individual de buscar e receber asilo nas Américas, deixando de ser uma faculdade estatal, para ser considerado um dever, um direito humano a ser assegurado pelo Estado (CORTE IDH, 2018: parágrafo 112).

A Corte IDH acrescentou, ainda, que o âmbito de atuação do Estado em relação ao direito de asilo deve considerar, de maneira interseccional, as obrigações gerais de respeito, de garantia e de não-discriminação (CORTE IDH, 2018: parágrafo 121).

Conforme já foi salientado, o asilo político, em sentido estrito, é aquele outorgado por um Estado para a proteção de pessoas que não são seus nacionais, quando sua vida, integridade pessoal, segurança ou liberdade se encontram ou poderiam se encontrar em perigo, por motivo de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com eles, ou por motivos políticos, o que se denomina tradição latino-americana do asilo.

Ainda é importante salientar que o asilo político se desdobra em territorial ou diplomático, sendo que o territorial consiste na proteção que um Estado confere, em seu território, a pessoas não nacionais ou a residentes habituais em outro Estado, onde são perseguidos por motivos políticos, crenças, religião, opinião política estando intrinsecamente ligado à ideia da proibição da extradição. O asilo diplomático, por sua vez, é a proteção, pelos mesmos motivos, que o Estado outorga em suas embaixadas, navios de guerra, aeronaves militares e acampamentos (CORTE IDH, 2018: parágrafos 67 e 147).

Embora a Corte IDH tivesse manifestado entendimento de que o asilo diplomático deve ser outorgado de acordo com a faculdade dos Estados, como expressão de sua soberania, na lógica da tradição latino-americana, também consignou que existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e de garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade e o da não-discriminação.

e, de acordo com a tese, um direito da personalidade do refugiado e do apátrida, cidadãos universais (...).”

A Corte IDH considerou que a natureza das funções diplomáticas e o fato de a embaixada se encontrar no território do Estado receptor introduzem uma diferença significativa em relação ao asilo territorial, uma vez que o asilo diplomático não pode ser concebido apenas sob sua dimensão jurídica, pois possui outras implicações como as que dizem respeito à soberania do Estado, as relações diplomáticas e internacionais e a proteção dos direitos humanos (CORTE IDH, 2018).

A propósito, é relevante ressaltar que, em decisão de 1951, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) introduziu importante reflexão acerca do asilo diplomático no caso Haya de La Torre, tendo se manifestado sobre o mérito da concessão ou não de asilo político a Victor Raul Haya de la Torre, fundador da Aliança Revolucionária do Povo Americano, grupo de centro-esquerda, cujo objetivo autodeclarado era trazer igualdade ao Peru. Após a derrota de seu grupo armado em uma guerra civil peruana em 1949, de la Torre pediu asilo na embaixada colombiana em Lima. A Colômbia aceitou o pedido de asilo diplomático, e, por conseguinte, encaminhou ao governo peruano solicitação de salvo conduto para transferi-lo efetivamente ao território colombiano, afirmando também que o Peru tinha a obrigação de permitir que o asilado deixasse o país em segurança. Por sua vez, o Peru negou o salvo-conduto sob a alegação de que de la Torre era um criminoso comum e que não era vítima de perseguição política, o que descaracterizaria o asilo (LOUREIRO, 2020).

Na oportunidade, a CIJ, baseando-se na Convenção de Havana de 1928, assentou dois entendimentos. Primeiramente, consignou que não caberia ao Estado que estabelece uma embaixada em outro país classificar de maneira unilateral o traço político ou não do crime pelo qual o indivíduo está sendo processado, devendo os Estados, em comum acordo, definir a classificação do crime. Ainda, referido tribunal entendeu que o asilo não está vinculado à obrigação de entrega da pessoa asilada ao país territorial, ou seja, o Estado da embaixada na qual a pessoa protegida se encontra pode cessar o asilo sem precisar entregá-lo; podendo, inclusive, através de salvo-conduto, levá-lo a outro país. Por fim, a CIJ estabeleceu que o asilo diplomático decorre de um costume regional aplicado apenas no continente americano.

A Corte IDH, no Parecer Consultivo em estudo, por sua vez, em que pese ter compreendido o asilo diplomático no contexto da tradição do asilo latino-americana, afastou a obrigatoriedade da sua outorga e a incidência da CADH sobre ele, restando excluído da proteção do sistema interamericano. Sendo assim, o asilo diplomático permanece sendo uma prerrogativa, um direito estatal, sob a perspectiva da soberania estatal.

Desta forma, no caso do asilo diplomático, ao contrário do asilo político territorial e do refúgio, o Estado não precisa declarar as razões pelas quais nega a outorga de tal proteção (CORTE IDH, 2018: parágrafo 108).

Como consequência do entendimento acima explicitado, a Corte IDH salientou que as obrigações gerais estabelecidas pela CADH, a exemplo do artigo 1.1, são aplicáveis às atuações dos agentes diplomáticos em territórios de terceiros Estados, sempre que se estabeleça um vínculo pessoal de jurisdição com a pessoa ⁸.

Nesse contexto, a Corte IDH entendeu que o princípio *non-refoulement* é pedra angular da proteção internacional das pessoas refugiadas e solicitantes de asilo, vinculante para todos os Estados, sejam ou não parte da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967, não sendo um princípio exclusivo da proteção aos refugiados, mas também fundamental para o direito de asilo, com a finalidade de preservar a vida, a liberdade ou a integridade da pessoa protegida, alcançando tanto o território como a jurisdição.

A Corte IDH consolidou, portanto, a interpretação de que o princípio da não-devolução aplica-se ao estado de acolhida, que tem sob sua jurisdição a pessoa que solicitou a proteção em sede diplomática. Logo, embora o asilo diplomático esteja pautado pelas regras da soberania estatal, na interpretação evolutiva do instituto, bem como de acordo com o princípio *pro personae*, o princípio *non refoulement* (TREVISANUT, 2008: p. 205-246) deve ser aplicado ao caso como uma norma de natureza *jus cogens*, norma imperativa,

⁸ Sobre o conceito amplo de jurisdição, consultar o caso *Hirsi Jamaa v. Itália*, apreciado pela Corte Europeia de Direitos Humanos, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{"itemid":\["001-109231"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{). Acesso: 29 set. 2019.

expressamente prevista no artigo 22.8 da CADH, aplicável a todas as espécies de asilo.

A esse respeito, é oportuno acrescentar que, recentemente, o Estado do Equador cessou a outorga do asilo diplomático, após sete anos, a Julian Assange, criador do WikiLeaks, fundado na Suécia e responsável pelo vazamento de documentos e informações confidenciais do governo norte-americano. No entanto, tal atividade não foi alvo do pedido de extradição formulado pela Suécia ao Reino Unido, país de residência de Assange, que se fundou nos casos de crimes sexuais, em razão dos quais foi expedido mandado de detenção europeu, que motivou a prisão de Assange por policiais britânicos. No entanto, durante o período de graça concedido pelo governo britânico, antes da sua extradição, Assange solicitou asilo a embaixada equatoriana em Londres, que foi concedido em 15 de agosto de 2012, alegando que se fosse entregue à Suécia, o país poderia enviá-lo aos Estados Unidos da América, onde responderia criminalmente pelo vazamento dos documentos feito pelo WikiLeaks, pelo qual estaria sujeito à prisão perpétua ou mesmo à pena capital. (PEREIRA DA SILVA, 2016: pp. 34-54).

O governo britânico, no entanto, jamais concordou com a concessão do asilo, alegando que o asilo diplomático não é instituto reconhecido pelo Reino Unido, tratando-se de tradição latino-americana, retomando o posicionamento da CIJ no caso de la Torre, conforme exposto acima. Por tal razão, o Estado britânico declarou-se não obrigado a qualquer convenção internacional que reconhecesse o asilo diplomático ou que garantisse salvo-conduto, estando, portanto, obrigado a extraditar Assange. No entanto, o Estado britânico estava impedido de cumprir a extradição, em razão de não poder adentrar na embaixada equatoriana em razão da imunidade da missão diplomática (LOUREIRO, 2020).

No entanto, em 11 de abril de 2019, Assange foi preso pela polícia britânica, na embaixada equatoriana, em razão de novo presidente do Equador,

Lenín Moreno, ter revogado o asilo, sob a alegação de que Assange teria violado repetidamente os termos de seu asilo⁹.

Percebe-se pelo caso, portanto, a fragilidade do instituto do asilo diplomático, mesmo no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, embora referido instrumento seja reconhecido como um costume, não fora admitido como um direito humano previsto pela CADH, ao contrário do asilo político territorial e do refúgio. Além disso, o princípio da não-devolução, reconhecido como norma de *jus cogens* pela Corte IDH, inclusive para o asilo diplomático, também não foi respeitado pelo governo britânico, uma vez que, mesmo sob fundado temor à vida, à liberdade e à integridade pessoal de Assange, o Reino Unido parece estar em vias de entregá-lo aos Estados Unidos, onde há o risco de cumprimento de pena de prisão perpétua ou de pena de morte, mesmo sob os protestos da Suécia, que quer investigar, primeiramente, os casos de crimes sexuais¹⁰.

Superada a análise do asilo diplomático no Sistema Interamericano, passa-se ao estudo da consideração do refúgio como espécie de asilo.

2. Refúgio como espécie de asilo

Segundo a definição tradicional e a definição regional ampliada pela Declaração de Cartagena¹¹, refúgio é a proteção da pessoa que, devido a

⁹ Sobre o caso: Do início do Wikileaks à prisão em Londres. O caso de Assange. Diário de notícias. Portugal, 11 de abril de 2019.. Disponível em: <<https://www.dn.pt/mundo/interior/do-inicio-do-wikileaks-a-prisao-em-londres-o-caso-de-assange-10785135.html>>. Acesso em: abr. 2019.

¹⁰ Parlamentares britânicos pedem extradição de Assange para a Suécia. Agência Brasil. Brasil, 13 de abril de 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2019-04/parlamentares-britanicos-pedem-extradicao-de-assange-para-suecia>>. Acesso em abr. 2019.

¹¹ III – Conclusão Terceira: Terceira - Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os

fundado temor de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, por pertencer a determinado grupo social ou por opinião política, se encontra fora de seu país de nacionalidade e não pode ou não quer receber a proteção de seu Estado. Além disso, o refúgio também se refere à proteção da pessoa que, sem nacionalidade, não pode ou não quer a ele regressar, bem como as pessoas que saíram de seus países devido à violência generalizada, conflitos, agressão estrangeira ou violação massiva de direitos humanos.

A esse respeito, é oportuno salientar que Loureiro (2018: p. 104 e ss.) reconhece o refugiado como titular do direito humano universal de receber asilo, partindo do raciocínio de que o gozo do exercício da cidadania universal está intrinsecamente ligado ao efetivo direito à identidade pessoal, constituindo um dever do Estado de acolhida, devendo-se garantir, portanto, o exercício dos direitos fundamentais da personalidade perante qualquer Estado. Atualmente, o deslocamento forçado pode resultar da condição de refugiado “ou pode decorrer de alterações climáticas que ocasionam as tragédias naturais e ambientais, de dificuldades econômicas, guerras, terrorismo, violência, narcotráfico, movimentos ético-religiosos, movimentos decorrentes de safras agrícolas, grandes projetos de construção civil” (LOUREIRO, 2018: p. 104 e 105).

Sendo assim, diante desse cenário, o refugiado possui o direito de exigir de qualquer Estado os meios para o gozo de tais direitos, uma vez que o conceito de cidadania universal, fundado na universalização dos direitos humanos, parte do entendimento de que “existe uma cidadania, vinculada à aptidão de exercer direitos, que é universal”, independentemente da nacionalidade, sem qualquer referência a ela (LOUREIRO, 2018). Assim, o *status* de cidadão universal outorga aos refugiados “a prerrogativa para o exercício de direitos fundamentais, sem qualquer referência a nacionalidade” (LOUREIRO, 2018: p. 111).

A Corte IDH, inclusive, entende que, além de abranger o refúgio, o termo asilo trazido pela Convenção Americana e pela Declaração Americana deve ser compreendido de acordo com a interpretação mais ampla de refúgio trazida pela Declaração de Cartagena (CORTE IDH, 2018: parágrafo 96) amoldando-se,

conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

assim, às novas dinâmicas de deslocamento forçado, bem como aos novos desafios de proteção que derivam de outros padrões de deslocamento que ocorrem atualmente.

Ainda, sob a definição ampliada de Cartagena, a Corte IDH considerou que o direito de buscar e receber asilo, no âmbito do Sistema Interamericano, configura-se como um direito humano individual de buscar e receber proteção internacional em território estrangeiro o que compreende o *status* de refugiado, de acordo com a proteção internacional dos direitos humanos e, assim, o direito ao refúgio está inserido no contexto e na amplitude do artigo 22.7 da CADH (CORTE IDH, 2018: parágrafo 131-2).

A consideração de refúgio como modalidade de asilo também decorre da interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos, conforme será analisado a seguir.

IV. Interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos

A interpretação e a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos demanda a consolidação de critérios hermenêuticos que têm como fundamento o princípio *pro personae* e que preconiza a aplicação das regras gerais de interpretação dos tratados previstas na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969 (artigos 31 e 32) e às pautas interpretativas do próprio sistema interamericano.

A CADH, que possui regras específicas de interpretação em seu artigo 29¹², consigna que o objetivo e fim do tratado é a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, uma vez que foi cunhada para proteger os

¹² Artigo 29 da CADH. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso: 30 set. 2021.

direitos humanos das pessoas independentemente de sua nacionalidade, inclusive em face de seu próprio Estado.

A esse respeito, André de Carvalho Ramos (2016: pp. 148-149), ao discutir a interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos, manifesta o entendimento firmando pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos de que a Convenção Europeia de Direitos Humanos deve ser entendida como um instrumento vivo, a ser interpretado de acordo com o momento presente. Além disso, de acordo com a hermenêutica promovida pela Corte IDH, a interpretação dos instrumentos de direitos humanos deve refletir a evolução dos tempos e das condições de vida atuais. Sendo assim, a interpretação internacional de tais normas deve estar em consonância com os novos parâmetros sociais, os quais afetam diretamente o entendimento do que vem a ser a dignidade da pessoa humana, fundamento da proteção aos direitos humanos.

A propósito, a Convenção de Viena sobre os Tratados, de 1969, prevê em seu artigo 31.1, que "um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade" ¹³. Tal dispositivo, aplicado em conjunto com o supramencionado artigo 29 da CADH, autoriza a interpretação evolutiva dos documentos internacionais de direitos humanos.

É nesse sentido que a interpretação evolutiva permitiu que a Corte IDH estendesse a compreensão do termo asilo inserido no artigo 22.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o XXVII da Declaração Americana de Direitos Humanos, para alcançar o instituto do refúgio nestas previsões normativas.

A Corte também se valeu do princípio *pro personae* para fundamentar a necessidade e a possibilidade de se realizar a interpretação evolutiva dos tratados internacionais de direitos humanos, de modo que se possa concretizar, com a máxima amplitude possível, a dignidade humana.

¹³ Conferir o documento disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso: 30 set. 2021.

A necessidade de se realizar a interpretação mais favorável ao ser humano também está expressa no artigo 29 da CADH que prevê que nenhuma disposição de referido diploma legal pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que esteja previsto pelas leis dos Estados e de acordo com outra convenção de que seja parte um dos Estados. Além disso, nenhuma interpretação pode ser realizada no sentido de excluir ou de limitar os efeitos que podem ser produzidos a partir da Declaração Americana e de outros documentos internacionais da mesma natureza.

V. Considerações finais

Com a Opinião Consultiva 25 de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos consignou o regime jurídico do asilo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um direito humano, sob a égide do princípio da não-devolução, do princípio *pro personae* e da interpretação evolutiva dos tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, considera-se que o asilo político territorial e o refúgio são espécies do gênero asilo e comportam da carga principiológica acima explicitada.

Por sua vez, embora o asilo diplomático não esteja sob a proteção da Convenção Americana de Direitos Humanos, é regido pelo princípio da não-devolução, que é considerado norma de natureza *jus cogens* no direito internacional dos direitos humanos.

Além disso, importante contribuição de referido regime jurídico consolidado pela Corte foi a necessidade de se interpretar de maneira evolutiva os tratados internacionais de direitos humanos, o que permite aplicar a Convenção Americana em consonância com o estado da arte no que diz respeito ao deslocamento forçado de seres humanos no mundo.

Ademais, a consolidação da interpretação *pro personae* consigna a incidência do princípio da dignidade humana na interpretação e na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos em relação ao instituto jurídico do asilo.

Assim, com o Parecer Consultivo em apreço, a Corte avança na construção do regime jurídico sobre o asilo, alcançando o refúgio, embora não tenha contemplado no mesmo contexto o asilo político diplomático, o que ainda pode gerar desdobramentos no contexto do direito humano ao asilo.

VI. Referências

- ACNUR, (2018). *Dados sobre refúgio*. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>
- BASSIOUNI, C. (2001-2002). *Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice*. *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, n. 1, pp. 81-162. Disponível em <https://www.legal-tools.org/doc/052301/pdf/>.
- BERBERA, H. R. (2017). *The pro personae principle and its application by Mexican courts*. *QMHR*, vol. 4, n. 1, pp. 1-27. Disponível em <https://www.qmul.ac.uk/law/humanrights/media/humanrights/news/hrlr/2018/Hayde-Rodarte-Berbera.pdf>.
- BIRD, A. (2011). *Third state responsibility for human rights violations*. *The European Journal of International Law*, vol. 21, nº 4, pp. 883-900. Acesso em <http://www.ejil.org/pdfs/21/4/2118.pdf>.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. (2002). *Os rumos do direito internacional contemporâneo: de um jus inter gentes a um novo jus gentium no século XXI*. In: Antonio Augusto Cançado Trindade. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar.
- CARVALHO RAMOS, A. (2011). *Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas*. In: André de Carvalho Ramos e Gilberto Rodrigues (Org.). (pp. 148-149). *60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora CL-A Cultural.
- (2016). *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. (6ª ed.). São Paulo: Saraiva.
- CASTAÑEDA, F. A. C. (2013). *A Call for rethinking the sources of international law: soft law and the other side of the coin*. *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, p. 335-403. Disponível em

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1870-46542013000100008&lng=es&nrm=iso&tlng=em.

CEDH, sentença de 29 de setembro de 2019, *Caso Hirsi Jamaa v. Itália*. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{"itemid":\["001-109231"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{).

Corte IDH, *Caso Família Pacheco Tineo v. Bolívia*. Sentença de 2013, Série C Nº 272. Disponível em

https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=376.

–*Opinião Consultiva* 21. 1991. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_12_ing.pdf. Acesso em: jan. 2019.

–*Parecer Consultivo* nº 25. 2018. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf. Acesso: 30 set. 2021.

ESCUADERO, C. N. (2016). *El acuerdo de París. Predominio del soft law en el régimen climático. Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie*, año XLIX, núm. 147, septiembre-diciembre, pp. 99-135. Disponível em <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0041863318300929?token=A460F5FC2FD9C594615C34B88F683F8A19B3470FD2B3D085BFF54A3EBBA377B95CE11C8D0EDDD23C021BF93C07B3BEE8>.

ICJ. *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. Asylum Case (Colombia/Peru)*. Sentença de 20 de novembro de 1950. Disponível em <https://www.icj-cij.org/en/case/13>.

LEGALE, SIDDHARTA. (2020). *Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional*. (2. ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LOUREIRO, C. R. O. M. S. (2020). *O direito ao asilo na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Derechos Humanos – Análise comparativa entre os casos Haya de La Torre, Hirsi Jamaa e Opinião Consultiva da CTIDH*. In: Sidney Guerra; Tatiana Squeff. *Novos olhares sobre as migrações internacionais*. Curitiba: Instituto Memória.

–(2018). *Refugiados e Apátridas no Direito Internacional*. Belo Horizonte: Arraes.

LUBAN, D. (2004). *A theory of crimes against humanity*. *Yale of International Law*, vol. 29, pp. 85-167. Disponível em <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1165&context=facpub>.

NEGISHI, Y. (2017). *The pro homine principle's role in regulating the relationship between conventionality control and constitutionality control*. *European Journal of International Law*, vol. 28, n. 2, pp. 457-481. Disponível em <http://www.ejil.org/pdfs/28/2/2764.pdf>.

NIKKEN, P. *La función consultiva de la Corte Interamericana de derechos humanos*. Disponível em <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2454/10.pdf>. Acesso em: 01 ag. 2021.

ONU. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados* (1951). Adotada em 28 de julho de 1951. Disponível em https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf.

PEREIRA DA SILVA, A. (2016). *O caso do asilo diplomático de Julian Assange: três anos depois*. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, n. 30, p. 34-54. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/18388>.

ROA, J. E. (2015). *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Temas de derecho público* n.o 94. Universidad Externado de Colombia. Disponível em https://www.academia.edu/7112689/La_función_consultiva_de_la_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos.

TREVISANUT, S. (2008). *The Principe of non-refoulement at sea and the effectiveness of asilem protection*. *Max Plank Yearbook of United Nations Law*, vol. 12,, p. 205-246. Disponível em https://www.mpil.de/files/pdf3/mpunyb_05_trevisanut_12.pdf.

**COMENTARIOS EN EL MARCO DE LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE SITUACIONES DE “DISCRIMINACIÓN
ESTRUCTURAL” EN FUNCIÓN DE LA CONDICIÓN DE POBREZA DE LAS VÍCTIMAS**

Manuel Roig¹

Fecha de recepción: 9 de noviembre de 2021

Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2021

Resumen

En los últimos tiempos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos viene expandiendo su jurisprudencia sobre situaciones de “discriminación estructural” que sufren quienes se encuentran en condiciones de marginación y pobreza. Estos casos se insertan en un creciente desarrollo jurisprudencial de nuevas especificidades y de una dimensión estructural y sistémica de la igualdad, que considera que los Estados están obligados a eliminar aquellas barreras y estructuras que impiden el goce de los derechos humanos.

Palabras clave: pobreza, igualdad estructural, desigualdad, discriminación, posición económica.

Title: Comments regarding situations of “structural discrimination” towards victims of poverty within the most recent case law of the Inter American court of human rights.

Abstract

Lately, the Inter-American Court of human rights has been expanding its case law about situations of “structural discrimination” suffered by those who live under conditions of marginalization and poverty. These cases are inserted into a

¹Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Magister en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (*Università di Bologna*, Italia); Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Procesal y diplomado en Igualdad y no discriminación (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Auxiliar docente de Derecho Humanos en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, Argentina.

growing jurisprudential development of new specificities and within a dimension of structural and systemic equality, which considers that States must remove the barriers and structures that hinder the enjoyment of human rights.

Keywords: poverty, structural equality, inequality, discrimination, economic position.

I. Introducción.

La pandemia de COVID- 19 ha ocasionado una nueva crisis económica y social de gran envergadura que prevé un crecimiento de la pobreza extrema muy significativo y un agudizamiento de las desigualdades estructurales. En este preocupante contexto de pandemia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha manifestado, en la declaración 1/20 de 09 de abril de 2020, la necesidad de que los Estados garanticen a toda persona bajo su jurisdicción y sin discriminación los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante, DESCAs), “en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad”, incluyendo dentro de estos grupos vulnerables a “la población de barrios o zonas de habitación precaria”, “las personas en situación de calle” y a “las personas en situación de pobreza” (párr. 6).

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) recomienda a los Estados, en su comunicado de prensa n°124/20 (de 02 de junio de 2020), complementario de la declaración 1/20 de la Corte IDH, adoptar medidas de emergencia que estén encaminadas a mitigar los riesgos desproporcionales que padecen en el disfrute de sus derechos aquellas personas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y pobreza, en situación de calle o que viven en asentamientos informales (párr. 23).

Estas comunicaciones y declaraciones se encuentran estrechamente relacionadas con la más reciente jurisprudencia interamericana que incluye a la pobreza como un componente de la prohibición de discriminación por la “posición económica” en el caso “Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio

de Jesus y sus familiares Vs. Brasil”², reiterando lo dicho en el caso “Trabajadores de la Hacienda verde Vs. Brasil”³ de 2016 y en el caso “Ramirez Escobar y otros vs. Guatemala”⁴ de 2018, cuestión que abre una gran cantidad de interrogantes en torno a la judicialización de la pobreza.

Así, resulta de suma relevancia abordar el camino que ha seguido la Corte IDH hacia el reconocimiento de la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real respecto de la pobreza extrema, como grupo históricamente excluido y en riesgo estructural de ser discriminado.

II. Consideraciones preliminares

i. Pobreza y derechos humanos

Uno de los problemas del tratamiento jurídico de la pobreza es que estamos ante una definición abstracta, ya que existen una gran cantidad de causas diferentes que la provocan. Sin embargo, desde ya, estamos ante un concepto que nos permite dar cuenta de un conjunto de carencias que son consideradas intolerables en una sociedad determinada y en un momento dado del tiempo. Es un “estado” en que se encuentra una persona o un grupo, fundamentalmente, por cuestiones ajenas a su voluntad. En otras palabras, “es una condición social ajena a la voluntad y elección de las personas y a la responsabilidad directa de las personas pobres, al menos en la intencionalidad concreta de encontrarse en esa situación” (MUÑOZ, 2016: p. 1201).

Ahora bien, el abordaje *unidimensional* de la pobreza identificará que una persona se encuentra por debajo de la línea de la pobreza si su ingreso no supera ese umbral mínimo. Este enfoque relaciona a la pobreza con la insuficiencia de recursos esenciales, ya sea ingresos mínimos como también algunos servicios comunitarios. En este abordaje, la insuficiencia monetaria es

² Corte IDH, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407.

³ Corte IDH, caso Trabajadores de la Hacienda verde Vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20 de octubre de 2016, serie C, nro. 318.

⁴ Corte IDH, caso Ramirez Escobar y otros vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

el principal indicador de medición de la pobreza (GAUDIN YANNICK Y PAREYÓN NOGUEZ, 2020: p. 14).

Sin embargo, interesa en este trabajo el enfoque *multidimensional* de la pobreza, el cual no sólo se relaciona con la falta de recursos económicos, sino que tendrá en cuenta factores como la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, la alimentación, el acceso a la justicia, etc. Además, se relaciona con la discriminación y exclusión que afecta a determinados grupos (GAUDIN YANNICK Y PAREYÓN NOGUEZ, 2020: p. 15 y 16).

Este enfoque *multidimensional* se relaciona, a su vez, con los derechos humanos. Por ello, el Consejo de Derechos Humanos (2012) ha establecido una serie de principios rectores sobre la pobreza extrema y los derechos humanos. En este documento, se señala que “[la pobreza extrema] es una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social” (párr. 2°) y se destaca que “la pobreza en sí misma es un problema de derechos humanos urgente (...) causa y consecuencia de violaciones de derechos humanos” (párr. 3°).

Asimismo, la pobreza extrema afecta a la totalidad de los derechos humanos, ya que “se caracteriza por vulneraciones múltiples e interconexas de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y las personas que viven en la pobreza se ven expuestas regularmente a la denegación de su dignidad e igualdad” (Consejo de Derechos Humanos, 2012: párr. 3). Por su lado, la CIDH (2017) ha señalado, teniendo en cuenta el principio de indivisibilidad de los derechos humanos, que “la pobreza extrema constituye una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos, como sociales, económicos y culturales” (párr. 89), por lo que las instituciones democráticas pueden verse afectadas de sobremanera.

Más allá del enfoque que adoptemos o de la definición que ensayemos sobre pobreza o pobreza extrema, interesa, a los fines de este trabajo, lo que se ha denominado pobreza estructural. Interesan aquellas situaciones de pobreza insertas en una desigualdad estructural, material, real o sustantiva. Aquella pobreza que tiene “un carácter inevitable por quien la padece” (SABA, 2012: p. 46). Es decir, que su situación no tiene que ver con malas decisiones, falta de

esfuerzo o mala suerte, sino con el mero hecho de haber nacido en ese contexto de vulnerabilidad, con factores que no pueden controlar y que se producen por prácticas sociales, regulaciones, políticas (o la falta de éstas). Puede entenderse como una pobreza extrema, sistemática, perpetua e intergeneracional.

Así lo destaca Saba, quien establece tres situaciones concretas que identifican a los pobres estructurales como grupo sojuzgado o subordinado al resto de la sociedad. Tres situaciones que, como veremos, fueron utilizadas por la Corte IDH para identificar que las presuntas víctimas se encontraban bajo una situación de discriminación estructural por su situación de pobreza. Estas son: 1) la concentración geográfica del grupo en zonas donde habitan personas igualmente pobres; 2) la imposibilidad de acceder a servicios básicos que les permita desarrollar un plan de vida; y 3) la transmisión intergeneracional a lo largo del tiempo de una situación de pobreza inevitable (SABA, 2012: p. 52). Estas situaciones requieren acciones afirmativas del Estado para dismantelar aquellas estructuras que perpetúan la situación de grupo sometido por su “posición económica”.

ii. Del enfoque formal de la igualdad al enfoque estructural

Para entender cómo se llegó a este concepto de pobreza estructural, debemos abocarnos a la cuestión de las distintas concepciones de igualdad, hasta llegar a la idea de igualdad estructural. En primer lugar, encontramos el concepto de igualdad formal. Desde un enfoque tradicional o formal de la igualdad, la igualdad ante la ley implica la igualdad de trato en igualdad de circunstancias. La fórmula clásica que distingue esta concepción es la siguiente: “si la categoría alcanza a todas las x, entonces sólo se viola si una x no es tratada como una de las x de la categoría” (CLÉRICO, ALDAO Y RONCONI, 2016: p. 222). Sin embargo, debemos establecer cuándo una distinción tiene una justificación objetiva y razonable, lo cual significa que persigue una finalidad legítima o relevante.

Por ello, en segundo lugar, surge el concepto de igualdad como no discriminación. Desde esta óptica, las distinciones deben ser relevantes y no

arbitrarias, es decir, que se encuentra implícita la idea de igualdad como razonabilidad. No se puede establecer cualquier distinción, sino que el fin de la distinción debe ser razonable, debe existir “una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el fin buscado por la norma y el criterio o categoría escogido para justificar el trato diferente” (SABA, 2007: p. 9).

Podemos observar este desarrollo en la Constitución argentina. Su art. 16 consagra un principio general, señalando que: “todos son iguales ante la ley”. Sin embargo, está claro que las leyes que regulan el ejercicio de los derechos (art. 14 de la Constitución argentina) pueden establecer distinciones o tratos diferentes siempre que sean razonables, es decir, no arbitrarias (art. 28 de la Constitución argentina).

Pero, además, dentro del concepto de igualdad como no discriminación existen criterios que *a priori* se presumen inconstitucionales o inconvencionales por ser discriminatorios, que se suelen denominar: “categorías sospechosas”, “categorías prohibidas”, “criterios prohibidos”, etc. Generalmente, las “categorías sospechosas” implican características de las personas que éstas no pueden elegir o que se vinculan con la identidad de las personas (raza, sexo, color, nacimiento, religión, opiniones políticas, origen social, posición económica, etc.).

Cuando una distinción se basa en alguno de estos criterios prohibidos, se somete a la norma a un “escrutinio estricto”, según el cual una distinción sólo será razonable cuando los fines sean sustanciales, es decir, que debe existir, según ha manifestado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, un interés estatal “urgente” o “insoslayable”⁵, o según ha manifestado la Corte IDH: un interés “imperioso”⁶, siendo quien defiende su validez quien tiene la carga de la argumentación. Además, debe constatarse que no existan medidas menos restrictivas para alcanzar el fin perseguido.

Análogamente, el carácter abierto y no taxativo en que las normas de igualdad de los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante,

⁵ Véase, CSJN, 8 de noviembre de 1988, “Repetto, Inés María c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de normas legales”, fallos 311:2272, votos Petracchi y Bacqué, considerando 7.

⁶ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 268.

CADH), establecieron los distintos criterios prohibidos de discriminación, permite la expansión y el desarrollo de nuevas especificidades. Criterios que hasta hace pocos años parecían neutrales, hoy se han tornado sospechosos. En este sentido, la Corte IDH ha reconocido al VIH⁷, al origen étnico⁸, a la orientación sexual⁹ e identidad de género y a la edad¹⁰ como criterios prohibidos de discriminación comprendidos en el término “cualquier otra condición social”; del mismo modo que reconoció a la pobreza como un componente de la no discriminación comprendida en el término “posición económica”¹¹.

Sin embargo, la dimensión de la igualdad como no discriminación debe ser complementada, ya que no toma en cuenta la situación de hecho o fáctica que sufren algunos grupos que han sido histórica y sistemáticamente excluidos de todos los ámbitos sociales. Es una visión que no tiene presente lo que se denomina como “discriminación indirecta”, que refiere a situaciones y regulaciones que sólo son neutrales de forma aparente, ya que tienen por resultado un trato desigual, es decir, que pueden tener un impacto o un efecto discriminatorio sobre los grupos desaventajados (SABA, 2012: pp. 17 y 18).

La reforma constitucional argentina de 1994 viene, en este país, a complementar las concepciones clásicas de la igualdad formal ante la ley y de la igualdad como no discriminación. Como es sabido, el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha provocado una expansión en el alcance del principio de igualdad y no discriminación. Así, se ha dicho que:

⁷ Véase, Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298; y Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

⁸ Véase, Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

⁹ Véase, Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

¹⁰ Véase, Corte IDH. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

¹¹ Véase, Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318; Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351; y Corte IDH, caso “Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407.

... la visión tradicional de la igualdad se ve complementada (y a veces en tensión) con otra más moderna que advierte que la mera supresión de ciertos obstáculos normativos no se traduce necesariamente en un resultado igualitario, sino que es necesario realizar acciones positivas a fin de asegurar la igualdad real. (TREACY, 2011: p. 184)

Saba (2016), si bien concuerda con la idea de implementar otra concepción de la igualdad, superadora de la igualdad como no discriminación, que denomina “igualdad como no sometimiento”, entiende que las reformas constitucionales introducidas en la Argentina no hicieron más que incorporar expresamente la visión del “constitucionalismo liberal igualitario” (pp. 252 y 253). La diferencia radica en que mientras algunos autores señalan que el llamado “Estado Social de Derecho” y la idea de igualdad real o igualdad estructural inicia con el advenimiento del constitucionalismo social en las primeras décadas del siglo XX, a partir de la incorporación del art. 14bis en la reforma constitucional de 1957, y, especialmente, con la reforma de 1994; como explica el autor:

... los principios liberales de 1853 pueden interpretarse en clave de liberalismo igualitario. Eso lleva a reconocer que el Estado tiene obligaciones tanto negativas como positivas en cuanto a la protección de derechos desde el comienzo de la vida constitucional argentina en el siglo XIX (SABA, 2016: pp. 252 y 253).

De una forma u otra, concepciones como la igualdad real, material, sustancial o estructural quedaron expresamente incorporadas a la Carta Magna argentina mediante la introducción del art. 75, inc. 23, en donde se establece que el legislador podrá promover medidas de acción positiva en protección de algunos grupos identificados como vulnerables, con el fin de eliminar aquellas estructuras que impiden el goce de los derechos en condiciones de igualdad real. El legislador debe buscar mejorar el estatus de aquellos grupos identificados como vulnerables o sojuzgados (RONCONI, 2015: p. 159). Como puede verse, en esta concepción de la igualdad, la idea de “categoría sospechosa”, típica de la igualdad como no discriminación, le deja su lugar a la idea de grupo vulnerable, subordinado o sojuzgado.

La diferencia es significativa. Las categorías sospechosas desde una concepción de la igualdad como no discriminación no se corresponden necesariamente con la protección de un grupo excluido en forma sistémica o estructural a lo largo de la historia, sino que son criterios de no discriminación que se aplican universalmente. Como explica Saba:

... la consecuencia práctica de este razonamiento [de la igualdad como no discriminación] es que la categoría “ser mujer” resultaría tan sospechosa como la categoría “ser varón” (...). En cambio, si lo que hace a una categoría sospechosa es su identificación con un grupo o clase históricamente sojuzgado con miras a protegerlo, entonces “ser varón” o “ser mujer” serán categorías sospechosas sólo en la medida en que se las utilice para perpetuar la subordinación de la mujer. (SABA, 2016: p.123)

De aquí la importancia, como veremos más adelante, de que la Corte IDH no se haya limitado a señalar en el caso “Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil” que la pobreza es un componente de la prohibición de discriminar, sino que haya puesto énfasis en la situación de discriminación estructural histórica y de discriminación multisectorial en la que se encontraban las víctimas y la necesidad de que el Estado realice acciones afirmativas o tratos preferenciales en su protección.

Desde esta perspectiva, resulta importante en aras de defender un concepto estructural de igualdad, lo dispuesto en el art. 43, segundo párrafo, de la Constitución argentina, en cuanto prevé al amparo colectivo como un medio idóneo para remediar situaciones de discriminación y afectaciones a derechos de incidencia colectiva. Así, se ha señalado que “el amparo colectivo introducido en la Constitución argentina en 1994 no fue sólo una variante más del amparo tradicional, sino que expresa un cambio radical en la concepción de los derechos e introduce implícitamente la noción de afectación estructural” (SABA, 2016: p. 251).

Es importante destacar que la noción de afectación estructural se encuentra relacionada con el surgimiento de una orientación no individualista del derecho. Los derechos humanos contienen una dimensión individual y una dimensión colectiva, es decir, que conforman un conjunto de obligaciones

negativas y positivas para el Estado. Por lo tanto, debemos reiterar que en muchas situaciones no alcanza con enfocar problemas de igualdad desde una visión individualista, característica de la igualdad como no discriminación, sino que debemos analizar la cuestión desde una perspectiva estructural de la igualdad.

Por su lado, el Sistema Interamericano de Derecho Humanos (en adelante, SIDH) ha identificado al principio de igualdad y no discriminación como un principio básico y general de protección de los derechos humanos que ha ingresado al dominio del *ius cogens*¹² y, a su vez, se ocupó en los últimos tiempos de mejorar las condiciones estructurales que garantizan los derechos humanos en el ámbito nacional. La jurisprudencia del SIDH ha evolucionado de un enfoque formal a un enfoque estructural de la igualdad, demandando de los Estados acciones positivas y afirmativas que aseguren el efectivo ejercicio de los derechos por los grupos vulnerables (ABRAMOVICH, 2009: p. 18).

En este sentido, tal como veremos en breve, la Corte IDH ha señalado que en algunos casos las reparaciones deben tener una “vocación transformadora”¹³, es decir, que deben enfocarse en los grupos más vulnerables y buscar reformas estructurales en los Estados. Es importante señalar que “la igualdad de todos ante la ley (...) no impide reconocer que la desigualdad de hecho puede y debe ser compensada con medidas especiales -correctoras, igualadoras o compensadoras- al abrigo (...) del ‘principio de especificidad’” (GARCÍA RAMÍREZ Y MORALES SÁNCHEZ, 2020: p. 11).

III. La Corte IDH y la relación indirecta entre pobreza y derechos humanos.

En un marco de desarrollo de nuevas especificidades, la Corte IDH, en el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil” de 2016, considerará

¹² La CIDH se refiere al *ius cogens* como “la designación de ciertas protecciones relacionadas con la persona como normas perentorias (*ius cogens*) y obligaciones *erga omnes*, en un vasto conjunto de derecho de los tratados, en principios de derecho internacional consuetudinario, y en la doctrina y la práctica de los órganos de derechos humanos” (CIDH, 2019, párr. 26).

¹³ Véase, Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

por primera vez a la pobreza como una de las causales de la prohibición de discriminar dentro del término: “posición económica” (art. 1.1. de la CADH), doctrina que, como dijimos, reiterará en los casos: “Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala” y “Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil”.

Sin embargo, hasta ese entonces, la Corte IDH había tratado la cuestión de la pobreza de forma indirecta en una gran cantidad de casos. Es decir, que en un primer momento la Corte IDH identificó a la pobreza como una condición social que profundizaba el impacto de las violaciones a los derechos humanos.

Uno de los puntos de partida fueron los casos: “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”¹⁴ y “Servellón García y otros vs. Honduras”¹⁵ referidos a la ejecución extrajudicial de “niños de la calle”. Haciendo una interpretación amplia del derecho a la vida, la Corte IDH señaló en el primer caso que “[el] derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna”¹⁶.

Yendo aún más lejos, en el caso “Servellón García y otros vs. Honduras”, la Corte IDH constató que los niños que fueron víctimas se encontraban en condiciones de extrema marginalidad y riesgo social, lo que facilitarían la violación de derechos humanos. Así, destacó que Honduras faltó a su obligación de proteger a los niños y niñas afectados por la pobreza, de proporcionarles “un ambiente que les protegiera de la violencia y del abuso y no permitió su acceso a servicios y bienes esenciales”. Esta omisión, “privó definitivamente a los menores de su posibilidad de emanciparse, desarrollarse y de tornarse en adultos que pudieran determinar su propio futuro”¹⁷.

¹⁴ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63.

¹⁵ Corte IDH, Caso Servellón García y otros vs. Honduras, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C No. 152.

¹⁶ Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 144.

¹⁷ Véase, Corte IDH, Caso Servellón García y otros vs. Honduras, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C No. 152, párr. 116 y 117.

Por otro lado, en el caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”¹⁸ de 2006 se trató la cuestión de la discapacidad en un contexto de pobreza extrema. Con citas a otras convenciones, como la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Corte IDH señaló que:

Los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales. (...) Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y exclusión social, por otro (...) ¹⁹.

Posteriormente, en el caso “Furlan y otros vs. Argentina”²⁰, la Corte IDH señaló que existen dos concepciones de la igualdad. La primera concepción es negativa, relacionada con la prohibición de discriminación. La segunda concepción es positiva, ya que se relaciona con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. El caso refería a un niño que había sufrido un accidente en un predio perteneciente al ejército argentino, lo cual le produjo una discapacidad severa y permanente. La Corte IDH constató violaciones al derecho a la integridad personal, al derecho a la propiedad y al acceso a la justicia, en relación con los derechos del niño, los derechos de las personas con discapacidad y el derecho a la igualdad. Para ello, tuvo en cuenta los factores de desigualdad real que afectaban a Sebastián Furlán, como el hecho de ser menor de edad con discapacidad y vivir en una familia de muy bajos recursos. La falta de celeridad en el proceso, la falta de notificación a un asesor de menores, entre otras cuestiones, ocasionó que la

¹⁸ Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.

¹⁹ Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párr. 104.

²⁰ Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C nro 246.

pobreza de su entorno tuviera un impacto desproporcionado en su condición de menor de edad con discapacidad²¹.

Respecto de otras importantes afectaciones, encontramos casos como “Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana”²² o “Gonzalez Lluy vs. Ecuador”²³. En el caso de las niñas Yean y Bosico la Corte IDH analiza la situación de extrema exclusión y pobreza de la población haitiana y de los dominicanos de ascendencia haitiana en la República Dominicana. Las niñas, pese haber nacido en la República Dominicana, se vieron impedidas de acceder a un certificado de nacimiento, lo que las privó del derecho a la nacionalidad, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho a un nombre. A partir de un trato discriminatorio se las dejó apátridas, lo que las impulsó a un contexto de extrema vulnerabilidad, ya que al no obtener un documento de identidad se vieron impedidas de acceder al derecho a la educación.

Como puede verse, lo más relevante del caso en relación con la pobreza es la cuestión del impacto discriminatorio que tienen sobre los grupos desaventajados ciertas regulaciones, políticas o prácticas de los Estados, esto es, la manera en que ciertas violaciones de derechos humanos empujan a las víctimas a situaciones de pobreza y vulnerabilidad.

En el caso “Gonzalez Lluy vs. Ecuador” la Corte IDH establece, por primera vez en su historia, la vulneración del derecho a la educación en el marco del “Protocolo de San Salvador”²⁴. Se trataba de una niña que fue infectada por el VIH en una clínica privada y discriminada en el acceso a la educación pública y a una atención de salud adecuada. La Corte IDH constató, en el caso, una discriminación “múltiple” e “inter-seccional”, concepto que se emplea en aquellos casos en donde se produce una “intersección de identidades y riesgos” que

²¹ Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C nro 246, párr. 267 a 269 y párr. 243.

²² Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

²³ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

²⁴ Protocolo facultativo adicional a la Convención Americana de Derecho Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, San Salvador, noviembre de 1988, véase art. 19, inc. 6.

acentúan violaciones a los derechos humanos en grupos en situación de vulnerabilidad (CIDH, 2019: párr. 42 y 43), al señalar que: “en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH”²⁵. He de advertir que este tipo de discriminación no implica una acumulación de factores, sino que envuelve una nueva situación particular de discriminación.

En este sentido, refiriéndose expresamente a situaciones de pobreza, la CIDH (2017) ha mencionado que:

... en contextos de pobreza y pobreza extrema, las violaciones de derechos humanos se van sumando, y cada una de ellas incide en forma negativa sobre las otras, causando un círculo vicioso de afectaciones y violaciones inter conexas sobre la base de la discriminación multisectorial, con gravísimas consecuencias en la dignidad de las personas (párr. 96).

Por su lado, volviendo al caso, la Corte IDH destacó, expresamente, respecto de la situación de pobreza extrema que sufría la niña y su familia, que esta situación impactó en el acceso a servicios de calidad en materia de salud, educación y vivienda, y concluyó que “la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas”²⁶, sino que impacta en forma desproporcionada a los grupos vulnerables.

Asimismo, siguiendo con las personas infectadas por el VIH, encontramos el caso “Cuscul Pivaral vs. Guatemala”²⁷ en donde la Corte IDH concluyó que el Estado era responsable por violar, entre otros, el deber de garantía del derecho a la salud y el principio de progresividad de 49 personas infectadas y en situación de pobreza, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26 de la CADH. La Corte IDH señaló que las personas con VIH son un componente de la prohibición de discriminación en el marco del término: “otra condición social” y destacó las

²⁵ Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 6.

²⁶ Corte IDH. Caso “Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1/09/2015. Serie C No. 298, párr. 290.

²⁷ Corte IDH, Caso “Cuscul Pivaral vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.

diferencias entre la igualdad como no discriminación e igualdad real²⁸, así, como también, determinó que algunas de las víctimas sufrían una discriminación interseccional²⁹.

A su vez, destacó la obligación del Estado de adoptar medidas positivas y “crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados”. En cuanto a la personas en situación de pobreza, señaló que éstas “a menudo tienen un acceso inequitativo a los servicios e información en materia de salud, lo que los expone a un mayor riesgo de infección y de recibir una atención médica inadecuada e incompleta”³⁰.

Con respecto a las comunidades indígenas, en el caso “Xákmok Kásek vs. Paraguay”³¹, la Corte IDH señalará que se evidencia una “discriminación de facto” en contra de los miembros de la comunidad, “debido a la falta de recursos adecuados y efectivos que en los hechos proteja los derechos de los indígenas”³², y establecerá la necesidad de acciones afirmativas que reviertan la exclusión que sufren estos grupos.

IV. Pobreza y discriminación estructural en la Corte IDH

En el SIDH se utiliza el término igualdad material, real o sustancial para referirse a la concepción de la igualdad que reconoce que existen sectores de la población que se encuentran subordinados, por lo que su situación implica la necesidad de un trato diferenciado cuando “la igualdad de trato suponga suspender o limitar el acceso a un servicio, bien o al ejercicio de un derecho” (CIDH, 2019: párr. 37 y 38), lo que obliga a los Estados a adoptar medidas de

²⁸ Corte IDH, Caso “Cuscul Pivaral vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 130.

²⁹ Corte IDH, Caso “Cuscul Pivaral vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 138.

³⁰ Corte IDH, Caso “Cuscul Pivaral vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 131.

³¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

³² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 273 y 274.

acción afirmativa que permitan el efectivo ejercicio de los derechos humanos por todos los sectores.

Por otro lado, el SIDH se va a referir a “situaciones de discriminación estructural o sistémica” como aquellas en las que se observan patrones de discriminación que surgen de un contexto histórico, temporal y geográfico. La CIDH (2019) señala que:

La discriminación estructural o sistémica se refiere al conjunto de normas, reglas, rutinas, patrones, actitudes y pautas de comportamiento, tanto de *jure* como de *facto*, que dan paso a una situación de inferioridad y exclusión contra un grupo de personas de forma generalizada, las cuales son perpetuadas a lo largo del tiempo e incluso por generaciones, es decir, no se trata de casos aislados, esporádicos o episódicos, sino que es una discriminación que surge como consecuencia de un contexto histórico, socioeconómico y cultural (párr. 40).

En los últimos tiempos, los casos en donde la Corte IDH ha evidenciado una situación de discriminación estructural han ido en aumento. Podría decirse que el puntapié inicial fue el caso “Gonzalez y otras (Campo Algodonero) vs. México” de 2009 en donde la Corte IDH se refirió a la discriminación estructural y violencia que sufren las mujeres. Otro caso relevante fue “Atala Riffo y niñas vs. Chile” de 2012 en donde la Corte IDH se refirió a la discriminación estructural que sufren ciertos grupos por su orientación sexual. En ambos casos, la Corte IDH señaló que estos grupos se encuentran subordinados o dependientes debido a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan en políticas y prácticas³³.

Un punto sumamente relevante que se verifica en estos casos es lo que determina la Corte IDH respecto de las reparaciones. La Corte IDH señala que no es admisible una restitución a la misma situación de violencia y discriminación

³³ Véase, Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 401; Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 267. Asimismo, puede verse, Corte IDH, Caso I.V. vs Bolivia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2016, serie C. No. 329, párr. 186.

estructural. Por ello, señala que “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales”³⁴.

Ahora bien, con respecto a situaciones de discriminación estructural por motivo de la pobreza, debemos enfocarnos en los casos: “trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil”, “Ramirez Escobar y otros vs. Guatemala” y “Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil”, en los cuales se aborda el vínculo de la pobreza con los derechos humanos de manera directa. En estos casos se destacó que si bien las personas que se encuentran en condiciones de pobreza pueden pertenecer o no a otros sectores vulnerables “las personas que viven en pobreza son objeto de discriminación por la propia pobreza”³⁵.

En el primer caso, la Corte IDH señaló que a pesar de la abolición de la esclavitud en Brasil:

... la pobreza y la concentración de la propiedad de las tierras fueron causas estructurales que provocaron la continuación del trabajo esclavo en Brasil y al no tener tierras propias ni situaciones laborales estables muchos trabajadores en Brasil se sometían a situaciones de explotación aceptando el riesgo de caer en condiciones de trabajo inhumanas y degradantes³⁶.

De esta manera, la Corte IDH constató que las víctimas compartían ciertas características comunes que colocaban a las víctimas en una situación de discriminación estructural: 1) se encontraban en situación de pobreza, ya que provenían de las regiones más pobres del país, sin perspectivas de trabajo, empleo o desarrollo humano; y 2) eran analfabetas o de nula escolarización.

³⁴ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450. Y Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 267.

³⁵ Corte IDH, caso Trabajadores de la Hacienda verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 23.

³⁶ Corte IDH, caso Trabajadores de la Hacienda verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016, serie C, nro. 318, párr. 81.

Ambas características tienen, para la Corte IDH, un origen histórico que era conocido por el Estado³⁷.

Así, la Corte IDH concluye que “la posición económica de la persona es una de las causales de discriminación prohibidas por el art. 1.1 de la Convención Americana (...)”; que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *jure* o de *facto* (...)”³⁸; y que éstos están obligados a adoptar medidas positivas para revertir la situación de discriminación que padecen determinados grupos de personas.

En su voto razonado, Ferrer Mac Gregor menciona una serie de elementos claves de la doctrina de la discriminación estructural. En primer lugar, señala el elemento colectivo de la discriminación estructural, en el sentido de que se exige la presencia de un grupo de personas o grupos de personas. Estos grupos tienen características inmutables o inmodificables por su propia voluntad, pueden sufrir una discriminación que tiene un origen histórico y pueden ser una minoría o una mayoría. En segundo lugar, señala el elemento de la sistematicidad, al señalar que estos grupos se encuentran en una situación sistemática e histórica de exclusión, marginación o subordinación, que les impide desarrollarse. El tercer elemento, es el geográfico, que se refiere a que la situación de exclusión se centra en un área geográfica determinada. Por último, el cuarto elemento, es el de la discriminación indirecta o de facto que sufren determinados grupos en la actuación o aplicación de medidas o acciones aparentemente neutrales de los Estados (FERRER MAC GREGOR, como se citó en SAGÜÉS, 2018: pp. 137 y 138)³⁹.

En este sentido, concluye Ferrer Mac Gregor que en el caso se produce la configuración de una discriminación estructural por la situación de pobreza

³⁷ Corte IDH, caso Trabajadores de la Hacienda verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016, serie C, nro. 318, párr. 339.

³⁸ Véase, Corte IDH, caso Trabajadores de la Hacienda verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016, serie C, nro. 318, párr. 335 y 336. Véase, asimismo, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 104.

³⁹ Véase, a su vez, Corte IDH, caso Trabajadores de la Hacienda verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016, serie C, nro. 318. Voto Razonado de Ferrer Mac Gregor, párr. 80.

extrema en que se encontraban las víctimas, toda vez que el fenómeno del trabajo esclavo y de la servidumbre se daba en un área geográfica específica y tenía razones históricas, que dejaban a las víctimas imposibilitadas de desarrollarse mediante su trabajo (FERRER MAC GREGOR, 2017: pp. 314 y 315).

Por otro lado, en lo que respecta a la trata de niños y niñas con fines de adopción, la Corte IDH sostuvo en el caso “Ramirez Escobar y otros vs. Guatemala” que las víctimas fueron objeto de discriminación por su “posición económica”. La Corte IDH constató que la situación de pobreza o pobreza extrema de una gran cantidad de familias guatemaltecas influyó en el contexto de adopciones irregulares que se produjo en el país. La falta de recursos era un factor predominante para incluir a niños y niñas en programas de adopción y separarlos de sus familias.

Finalmente, el 15 de julio de 2020, la Corte IDH interpretó nuevamente que la pobreza es un componente de la prohibición de discriminación por su “posición económica” en el caso “Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesús y sus familiares vs. Brasil”.

Expresamente, señaló:

... en relación con la discriminación por razón de la pobreza en la que se encontraban las trabajadoras de la fábrica de fuegos, lo primero que se debe señalar es que esta no es considerada una categoría especial de protección al tenor literal del artículo 1.1 de la Convención Americana. Sin embargo, ello no es un obstáculo para considerar que la discriminación por esta razón está prohibida por las normas convencionales. Primero, porque el listado contenido en el artículo 1.1 de la Convención no es taxativo sino enunciativo y segundo, porque la pobreza bien puede entenderse dentro de la categoría de “posición económica” a la que se refiere expresamente el referido artículo, o en relación con otras categorías de protección como el “origen [...] social” u “otra condición social”, en función de su carácter multidimensional⁴⁰.

⁴⁰ Corte IDH, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407, párr. 185.

El caso llega a los tribunales a raíz de una explosión que se produjo en una fábrica de fuegos artificiales en el Municipio de Santo Antônio de Jesus, en el Estado de Bahía, en donde murieron 60 personas, de las cuales 59 eran mujeres (entre ellas diecinueve niñas) y la restante era un niño. Todas ellas se encontraban en una situación de discriminación estructural por su condición de pobreza y marginación, pero ésta no era la única discriminación que afectaba a las víctimas, sino que confluían “distintas desventajas estructurales”, económicas y sociales, que impactaron negativamente en las víctimas, configurando una “discriminación inter-seccional”⁴¹.

Al igual que en el caso “trabajadores de la Hacienda Brasil verde vs. Brasil”, la Corte IDH encontró al Estado responsable de la situación de discriminación estructural por motivo de la pobreza que padecían las víctimas, las cuales se veían impedidas de acceder a otras fuentes de ingresos, por lo que debieron aceptar un trabajo en condiciones insalubres, inseguras y degradantes, no teniendo otras opciones laborales. Además, también coincide con el caso de los trabajadores de la “Hacienda Brasil Verde” en que las víctimas eran personas analfabetas o de muy baja escolarización y que pertenecían a una región muy pobre.

Otra cuestión relevante del caso es el desarrollo jurisprudencial en torno a los DESCAs. La Corte IDH ensancha la protección de estos derechos al interpretar que se vulneró el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias que garanticen la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo. Para ello, identificó una violación directa al art. 26 de la CADH, al destacar que el derecho en cuestión se deriva e identifica de los principios y objetivos en materia de derechos laborales de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (puntualmente, artículos 45.b y c, 46 y 34.g de)⁴².

Por último, ante la falta de políticas de fiscalización de la situación de estas fábricas y ante la omisión de medidas afirmativas que tengan como propósito

⁴¹ Corte IDH, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407, párr. 190 y 191.

⁴² Corte IDH, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407, párr. 155 y 156.

revertir la situación de pobreza estructural de las trabajadoras de la fábrica, la Corte IDH estableció algunas garantías de no repetición. Así, ordenó al Estado a que “diseñe y ejecute un programa de desarrollo socioeconómico especialmente destinado a la población de Santo Antônio de Jesus en coordinación con las víctimas y sus representantes”⁴³, que tenga como fin contrarrestar la falta de alternativas laborales y capacitar a la población en las principales actividades económicas de la región. En cuanto a la temática de “empresas y derechos humanos”, la corte IDH ordenó al Estado a que brinde un informe sobre el diseño e implementación de “Directrices Nacionales” que promuevan en las empresas medidas de inclusión, no discriminación e incentivación en la contratación de grupos vulnerables⁴⁴.

No podemos dejar de mencionar a la Opinión Consultiva n° 27/21⁴⁵, en donde la Corte IDH se expide respecto de los derechos laborales y sindicales de las mujeres, como la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho a huelga. En esta opinión consultiva, la Corte IDH destaca la necesidad de respetar y garantizar estos derechos respecto de aquellas mujeres que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad, por lo que sostiene que:

... los Estados deben adoptar medidas específicas que permitan revertir la situación de pobreza y marginación estructural que son una causa que se suma a la discriminación que sufren las mujeres por razón de género en el ejercicio de sus derechos laborales y sindicales. Estas medidas deben incluir una protección adecuada a la estabilidad laboral, el combate a la violencia y el acoso en el lugar de trabajo, la atención adecuada de la salud, y las condiciones para mantener a su familia, para que de esta

⁴³ Corte IDH, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407, párr. 289.

⁴⁴ Corte IDH, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407, párr. 291.

⁴⁵ Corte IDH. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. Opinión Consultiva OC-27/21, 5 de mayo de 2021, Serie A No. 27.

forma gocen de condiciones adecuadas para defender sus derechos laborales a través de la acción colectiva⁴⁶.

V. Conclusión

Si entendemos a la pobreza o a la pobreza extrema desde un enfoque *multidimensional* como causa y consecuencia de violaciones a los derechos humanos, pero que, a su vez, posicionándonos en la idea de igualdad real, material, sustancial o estructural, se trata de un grupo vulnerable o sojuzgado que se encuentra en una situación de discriminación estructural o sistémica por su condición de pobreza, debemos concluir que los Estados están obligados convencionalmente a dismantelar todas aquellas condiciones o afectaciones estructurales, ya sean producto de prácticas sociales o públicas (o la falta de éstas), que provocan la perpetuación de la pobreza extrema.

A la difícil realidad que sufren los grupos vulnerables que son dejados fuera de diversos ámbitos sociales, se les suma la crisis económica, social y sanitaria que resulta de la pandemia de COVID-19 en todo el mundo y un contexto de restricciones y limitaciones a los derechos humanos. Por ello, resulta fundamental poner el foco de atención en aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada por encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad.

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte IDH viene ampliando su jurisprudencia sobre “discriminación estructural” y el enfoque directo entre pobreza y derechos humanos, por lo que no se ha limitado a señalar que la pobreza es uno de criterios prohibidos de discriminación del art. 1.1 de la CADH, sino que remarcó que estos grupos se encuentran subordinados al sufrir una discriminación sistémica e histórica, a partir de comportamientos arraigados en la sociedad, que deben corregirse por los Estados mediante acciones afirmativas.

⁴⁶ Corte IDH. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. Opinión Consultiva OC-27/21, 5 de mayo de 2021, Serie A No. 27, párr. 187.

Así, de los principales casos reseñados y de la doctrina analizada, podemos distinguir una serie de requisitos o situaciones que se deben dar para que podamos identificar que las presuntas víctimas se encuentran en una situación de discriminación estructural o sistémica por su situación de pobreza. Estas son: 1) la concentración geográfica del grupo en una zona determinada donde habitan otras personas bajo su misma situación; 2) la imposibilidad de acceder a servicios básicos y de desarrollar un plan de vida; y 3) la transmisión intergeneracional o perpetuación histórica de la situación de vulnerabilidad por la propia pobreza.

VI. Bibliografía.

ABRAMOVICH, V. (2009), *De las Violaciones Masivas a los Patrones Estructurales*, Sur, tv. 6, tn. 11, pp. 7-39.

Carta de la OEA, Bogotá, Colombia, 30 de abril de 1948. Accesible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp.

CLÉRICO L., ALDAO M. Y RONCONI, L., (2016) *Igualdad*, en R. Gargarella, y S. Guidi, Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria, Tomo II, (pp. 211-255), Buenos Aires, La Ley.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Informe sobre pobreza y Derechos Humanos en las Américas*. Accesible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/pobrezaddhh2017.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Compendio igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos*. Accesible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2020). *CIDH y su REDESCA urgen a los Estados a proteger con efectividad a las personas que viven en situación de pobreza y pobreza extrema en las Américas frente a la pandemia del COVID-19*. Comunicado de prensa 124/20. Accesible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/124.asp>

Consejo de Derechos Humanos (2012). *Principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*. Resolución 21/11. Accesible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_SP.pdf.

Constitución Nacional de la República Argentina, 15 de diciembre de 1994, Accesible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Accesible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). *Covid – 19 y Derecho Humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derecho humanos y respetando las obligaciones internacionales*. Declaración 1/20. Accesible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf.

FERRER MAC-GREGOR, E. (2017), *Acerca de la 'discriminación estructural histórica' en razón de la posición económica (pobreza) de los trabajadores sometidos a trabajo esclavo*. En A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi y E. Ferrer Mac Gregor, (coord.) *Ius constitutionale commune en América Latina* (pp. 267-321), Querétaro, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Accesible en https://www.academia.edu/31370276/Ius_Constitutionale_Commune_en_Am%C3%A9rica_Latina_Armin_von_Bogdandy.

GARCIA RAMIREZ, S. Y MORALES SANCHEZ, J., (2020) *Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, no. 24. (pp. 11-49). Accesible en <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.01>.

GAUDIN, Y. Y PAREYÓN NOGUEZ, R. (2020), *Brechas estructurales en América Latina y el Caribe: una perspectiva conceptual-metodológica*, Documentos de Proyectos (LC/TS.2020/139; LC/MEX/TS.2020/36), Ciudad de México, Comisión

Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Accesible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46435/1/S2000836_es.pdf.

MUÑOZ, R. A. (h) (2016), *Pobreza extrema y su tratamiento constitucional y convencional*, Revista Jurídica Argentina, Buenos Aires, La Ley.

Protocolo facultativo adicional a la Convención Americana de Derecho Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, San Salvador, 17 de noviembre de 1988. Accesible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>.

RONCONI, L., (2015) *Igualdad y Derechos Sociales: su efectivización a través del litigio. Una primera aproximación*, Universidad de Palermo, Facultad de Derecho, Revista jurídica, año 14, n ° 2 ,11-2015 (pp. 153-176). Accesible en: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_05.pdf.

SABA, R. (2007) *(Des)igualdad estructural*. En M. Alegre y R. Gargarella, coordinadores, *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis.

SABA, R. (2012) *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*, Colección Equidad de género y democracia, vol. 3, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal. (pp. 1-59). Accesible en https://www.academia.edu/11690533/Pobreza_y_Desigualdad_Estructural.

SABA, R. (2016), *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, (1° ed.) Buenos Aires, Editorial Siglo XXI.

SAGÜÉS, M. S. (2018), *Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico*. En E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, y R. Flores Pantoja, coordinadores, *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Colección Constitución y Derechos, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Accesible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4817/11.pdf>

TREACY, G. F., (2011) *Categorías sospechosas y control de constitucionalidad*, Lecciones y Ensayos, nro. 89, pp. 181-216.

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