

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

Año X – Nº 2 – 2º semestre 2022



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 X – N° 2 – Segundo semestre 2022

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 /

Análisis jurisprudencial de los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos: la pena de muerte y el diálogo interjurisdiccional MARÍA CANDELARIA VITO FARRAPEIRA	7
---	---

El alcance de la actividad cuasijurisdiccional de los comités de derechos humanos en Argentina y España FLORENCIA FINKELSTEIN	19
--	----

Acerca de la (no) adopción de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre gestación por sustitución GONZALO G. CARRANZA	47
---	----

La relación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A vueltas con una historia de (des)avenencias MIGUEL ÁNGEL SEVILLA DURO	79
---	----

Descripción del Derecho Interno de las Relaciones Exteriores (DIRE) en el Mercosur CARLOS A. SÁNCHEZ MAS	109
---	-----

Algoritmos predictivos en Derecho Penal MARÍA GABRIELA MINAGGIA	125
--	-----

Gobernabilidad migratoria europea: la deshumanización del enfoque securitario MARÍA VICTORIA OLIVIERI	145
--	-----

Editorial/ Palabras del Director

Estimadas/os lectores:

Les presentamos el número de la Revista IR&DH correspondiente al segundo semestre 2022.

El presente número inicia con un análisis jurisprudencial de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, enfocado en la pena de muerte y el diálogo interjurisdiccional, a cargo de María Candelaria Vito Ferrapeira. Le sigue un estudio sobre el alcance de la “actividad cuasijurisdiccional” de los Comités de Derechos Humanos en Argentina y España, desarrollado por Florencia Finkelstein. Junto a artículos de investigación acerca de la “(no) adopción” de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre gestación por sustitución de Gonzalo G. Carranza; y la relación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “A vueltas con una historia de (des)avenencias” de Miguel Ángel Sevilla Duro. Estos dos últimos artículos fueron desarrollados durante una estancia de investigación de profesores visitantes durante el presente semestre en nuestro Centro de Excelencia.

A las colaboraciones anteriores, se suma una descripción del Derecho Interno de las Relaciones Exteriores (DIRE) en el Mercosur, desarrollada por Carlos A. Sánchez Mas, y un análisis sobre un tema innovador: los “algoritmos predictivos” en derecho penal de María Gabriela Minaggia.

Finalmente, se presenta un estudio sobre la gobernabilidad migratoria europea y la “deshumanización del enfoque securitario” de María Victoria Olivieri, el que fue desarrollado en el ámbito de nuestros Seminarios de posgrados.

Como siempre, agradeciendo el tiempo dispensado a la lectura de estas páginas, reciban un cordial saludo en las festividades que se avecinan.

Dr. Calogero Pizzolo



Doctrina/

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA PENA DE MUERTE Y EL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL

María Candelaria Vito Farrapeira¹

Fecha de recepción: 28 de abril de 2022

Fecha de aceptación: 15 de septiembre de 2022

Resumen

El presente artículo tiene por objetivo analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, así como también las decisiones de otros organismos internacionales de Derechos Humanos. En particular, se comparará el tratamiento de la pena de muerte por estos sujetos de derecho internacional. A su vez se expondrá sobre el fenómeno de la fragmentación y sus efectos en el ordenamiento jurídico internacional.

Palabras clave: Derechos Humanos – Pena de Muerte – Sistemas Regionales de Protección – Diálogo Interjurisdiccional – Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Title: JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF THE REGIONAL SYSTEMS FOR HUMAN RIGHTS PROTECTION: THE DEATH PENALTY AND THE INTERJURISDICTIONAL DIALOGUE

Abstract

The aim of this article is to analyze the jurisprudence of the Interamerican Court of Human Rights, the European Court of Human Rights and the African Court on Human and Peoples Rights, as well as the decisions of other international organizations of Human Rights. Particularly, the article compares the treatment of the death penalty given by these subjects of international law. At the same

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Ayudante en la Cátedra de Derechos Humanos del profesor Calogero Pizzolo, comisión de la profesora Andrea Mensa González correspondiente a la asignatura Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

time, the phenomenon of fragmentation and its effects on the international legal system will be discussed.

Keywords: Human Rights – Death Penalty – Regional Protection Systems – Interjurisdictional dialogue – African Court on Human and Peoples' Rights – Interamerican Court of Human Rights – European Court of Human Rights

I. Introducción

Al leer el 2019 Joint Law Report² –publicado el pasado año en conjunto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”) y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante “CADHP”)– es posible observar que cada uno de los tribunales, en distintos momentos, se ha expedido respecto de temas similares. Si se examinan dichos casos, es notable el diálogo que existe entre las judicaturas, que queda cristalizado en su jurisprudencia.

En ese sentido, al analizar el derecho a la vida se puede ver en el compendio que los tribunales han resuelto sobre sus distintos aspectos, lo cual es de sumo interés y denota la complejidad de su tratamiento. A los fines de limitar este artículo, se explorarán sentencias en las que se han abordado casos en los que las presuntas víctimas habían sido sentenciadas a la pena de muerte.

Previo a proceder con el análisis del tema de estudio es necesario efectuar una aclaración. Los tres tribunales regionales, a la hora de expedirse sobre los casos seleccionados, valoran dictámenes del Comité de Derechos Humanos (en adelante “OACDH”). Ciertamente es que el OACDH no se trata de un órgano jurisdiccional. Sin embargo, es una de las instituciones más activas e

² African Court on Human and Peoples' Rights – European Court of Human Rights – Inter-American Court of Human Rights (2020). *2019 Joint Law Report*. Accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Joint_Report_2019_AfCHPR_ECHR_IACHR_ENG.pdf

innovativas del aparato de protección de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas (BUERGENTHAL, 2001: p. 342).

Dentro de sus funciones cuenta con la resolución de peticiones individuales, de forma similar a un mecanismo cuasi-judicial de resolución de disputas. El OACDH ha dicho que sus decisiones revisten “espíritu judicial”, ya que las opiniones suscriptas por los expertos que conforman el OACDH, cuentan con la autoridad de una voz singularmente experta en la materia³. Dadas estas singularidades, resulta interesante también incluir al OACDH en este estudio, ya que, aunque no se trate de un tribunal compuesto por magistrados, sus dictámenes son frecuentemente tenidos en cuenta tanto por el TEDH como por la Corte IDH y la CADHP.

II. Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: el Caso Ally Rajabu

La pena de muerte no se encuentra explícitamente prohibida en los tratados constitutivos de los tres tribunales⁴, si no que se consagra el derecho a la vida y se prohíbe su privación arbitraria. A su vez, incluyen cláusulas respecto de los países que al suscribir los instrumentos contaban con regulaciones vigentes que admitían la pena capital. Estos artículos buscan limitar al máximo su imposición, con el objeto de eventualmente lograr su erradicación. Uno de los recursos para lograr este objetivo es la obligación de que sólo sea impuesta en casos de los delitos más graves, se prohíbe su imposición en el caso de delitos políticos, así como también la expansión de su aplicación. Posteriormente, tanto

³ OACDH, Observación general nro. 33, sobre las obligaciones de los Estados partes con arreglo al Prestados partitivo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/GC/33, adoptada el 25 de junio de 2009.

⁴ Arts. 1-4 del Protocolo Nro. 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, firmado el 28 de abril de 1983 en Estrasburgo, Francia. Art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica. Art. 4 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981 en Nairobi, Kenya.

el Sistema Europeo como el Interamericano adoptaron protocolos relativos a la pena de muerte, en los cuales se prohíbe explícitamente su aplicación.⁵

Nuestro punto de partida será el caso *Ally Rajabu and others v. United Republic of Tanzania*⁶. Esta sentencia es particularmente relevante por ser la última novedad jurisprudencial en el ámbito internacional sobre la pena de muerte y el primer caso en el que la CADHP se expidió al respecto.

En el caso, los solicitantes son nacionales de la República de Tanzania y habían sido condenados a la pena de muerte por encontrarlos culpables del delito de homicidio⁷. Si bien el castigo capital era válido en la República de Tanzania, alegaron ante la CADHP que el hecho de que el Código Penal estipulara su imposición obligatoria, vulneraba su derecho a la vida. Por otro lado, la ejecución iba a ser llevada a cabo a través de ahorcamiento, lo cual entendieron que constituía a su vez una violación al derecho de dignidad.

El 28 de noviembre de 2019 la CADHP concluyó que la República de Tanzania violó el derecho a la vida en virtud de la imposición obligatoria de la pena de muerte por el Código Penal. Entendió que esta regulación eliminaba la discreción judicial y también se determinó que se vulneró el derecho a la dignidad personal de las víctimas debido a la forma de ejecución de la sentencia de muerte.

Ahora bien, lo interesante para nuestro análisis se encuentra en los considerandos avocados a estudiar el mérito de la alegada violación del derecho a la vida. Antes de adentrarse sobre la aplicabilidad al caso, la CADHP especifica que ya existe “extensiva y bien establecida” (traducción de la autora)

⁵ Protocolo Nro. 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, firmado el 28 de abril de 1983 en Estrasburgo, Francia. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, adoptado el 8 de junio de 1990 en Asunción, Paraguay.

⁶ CADHP, Caso Ally Rajabu and Others v. United Republic of Tanzania, sentencia del 28 de noviembre de 2019.

⁷ High Court of the Republic of Tanzania, 25/11/2011, “Criminal Case No. 30 of 2008”

jurisprudencia sobre derecho internacional de los derechos humanos relativa al criterio a aplicar cuando se analiza la arbitrariedad de una condena a muerte.⁸

Si bien en primer momento trae a colación informes de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, luego toma como estándares aplicables una comunicación efectuada por el OACDH y dos sentencias de la Corte IDH y el TEDH.

En el primero de estos documentos mencionados se sostenía que un sistema de imposición obligatoria de la pena de muerte privaba a los sujetos de uno de sus derechos más fundamentales, el derecho a la vida, sin ni si quiera considerar si su aplicación – que debería ser excepcional – era adecuada a las circunstancias del caso y que por ello aplicarla de esta manera implicaría una privación arbitraria del derecho a la vida⁹.

Luego, trae a colación el caso Hilaire, Constantine & Benjamin v. Trinidad & Tobago de la Corte IDH, para establecer que en estos casos es necesario hacer énfasis en las obligaciones procesales y la afectación al derecho a la vida. En el caso, el tribunal entendió que si bien la Carta Americana de los Derechos Humanos permitía la aplicación de la pena de muerte en los estados que la contemplaban en sus códigos penales, existían limitaciones que regían su aplicación. Éstas incluyen exigencias procedimentales, así como de fondo, como que aplicar la pena de muerte de manera obligatoria es considerado como arbitrario y, por ende, una afectación de los derechos humanos¹⁰.

A raíz de estos dos casos de los organismos internacionales y del razonamiento de sus colegas, la CADHP entendió que existía una doctrina internacional que impone que, a la hora de analizar si la imposición de la pena de muerte es arbitraria o no, es necesario contemplar tres criterios: su regulación legislativa, el carácter del tribunal que la impuso y si se cumplió con el debido proceso. Concluyó que este último criterio no fue cumplido, ya que la pena

⁸ CADHP, Caso Ally Rajabu and Others v. United Republic of Tanzania, sentencia del 28 de noviembre de 2019, párr. 99.

⁹ OACDH, Eversley Thompson v. St. Vincent & the Grenadines, Comm. No. 806/1998, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/806/1998 (2000), apartado 8.2.

¹⁰ Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine & Benjamin v. Trinidad & Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 100/103.

debería ser impuesta por un tribunal que mantenga su completa discreción. Es que, entendió que el tribunal fue privado de su capacidad de discreción al tratarse de una aplicación automática y mecánica, conforme lo dispuesto por el código penal¹¹.

Posteriormente, al expedirse respecto de la afectación de la dignidad de los solicitantes de ser ejecutados por ahorcamiento, la CADHP en primer lugar recurrió a la jurisprudencia del TEDH¹² y el OACDH¹³ en anteriores casos. Asentó que, conforme ya fue establecido por estos organismos, distintos métodos utilizados para llevar a cabo la ejecución de la pena de muerte tienen el potencial de poder alcanzar el estatus de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes. En ese sentido, concluyó que, en efecto, el ahorcamiento “inevitablemente toma posesión de la dignidad” (traducción de la autora)¹⁴.

III. Corte Interamericana de Derechos Humanos: el Caso Hilaire, Constantine & Benjamin

Si nos adentramos en el estudio de la sentencia dispuesta por la Corte IDH en el ya mencionado *Hilaire, Constantine & Benjamin v. Trinidad & Tobago*¹⁵, podemos encontrar allí otro ejemplo de aplicación de la pena de muerte y de cómo el tribunal recurre al diálogo interjurisdiccional para su resolución.

En este caso, las presuntas víctimas habían sido declaradas culpables de homicidio intencional en Trinidad y Tobago y condenadas a morir conforme a la *Ley de Delitos contra la Persona*¹⁶, vigente en el Estado de Trinidad y Tobago

¹¹ CADHP, Caso Ally Rajabu and Others v. United Republic of Tanzania, sentencia del 28 de noviembre de 2019, párr. 109/114.

¹² STEDH, *Jabari c. Turquía*, 11/07/2000, apartados 40/42.

¹³ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Chitat Ng v. Canada*, Comm. No. 469/1991, 49th Sess., U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (Nov. 5 1993), apartado 16.2 & 16.4.

¹⁴ CADHP, caso *Ally Rajabu and Others v. United Republic of Tanzania*, sentencia del 28 de noviembre de 2019, párr. 118/119.

¹⁵ Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine & Benjamin v. Trinidad & Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 100/103.

¹⁶ Ley de Delitos contra la Persona de Trinidad y Tobago, promulgada el 3 de abril de 1925. Legislación de Trinidad y Tobago.

desde el 3 de abril de 1925. Esta legislación prescribía la pena de muerte como única condena aplicable al delito de homicidio intencional. Es decir, no permitía al juez o al jurado considerar, para efectos de graduar la pena, las circunstancias particulares del delito o del acusado, una vez que éste ha sido encontrado culpable de homicidio intencional.

Asimismo, los demandantes denunciaron las precarias condiciones de detención en las que se encontraban previo a la sentencia e incluso luego de su dictado. Así, alegaron la violación de su derecho a la vida, a la integridad personal y de ciertas garantías procesales.

En su análisis, la Corte IDH se sustentó en distintas decisiones del OACDH y TEDH. En primer lugar, al estudiar la aplicación de la pena de muerte, la Corte IDH se expidió en el sentido ya mencionado en el acápite anterior. Es decir, concluyó que la *Ley de Delitos contra la Persona* violaba lo dispuesto por el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte IDH considera arbitraria la aplicación obligatoria de la condena capital, dado que no tiene en cuenta las circunstancias particulares del acusado ni las específicas del delito.¹⁷

Para arribar a esta conclusión, denotó la importancia de que la autoridad judicial considere las “circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena”, la que acrecienta al tratarse de casos en los que se encuentra en riesgo la vida humana¹⁸. Así, mencionó un caso del OACDH en el que se destacó que quien dicta un resolutorio de este tipo debe contar con poder de discreción y que la pena de muerte deberá ser aplicada únicamente en los casos de ilícitos “más graves”.¹⁹

Por otro lado, procede a abordar la alegada vulneración del derecho a la integridad personal de las víctimas, en relación con sus condiciones de detención. Cuando se profundiza en el estadio post sentencia, en el que las víctimas esperaban la concreción de la pena capital, se incorpora la valoración

¹⁷ Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine & Benjamin v. Trinidad & Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 116.

¹⁸ Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine & Benjamin v. Trinidad & Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 103.

¹⁹ OACDH, *Lubuto v. Zambia*, Comm. No. 390/1990, U.N. Doc. CCPR/C/55/D/390/1990 (1995), apartado 7.2.

efectuado por el TEDH en el Caso *Soering vs. Reino Unido* en el que se concluyó que “el llamado fenómeno del corredor de la muerte” (*death row phenomenon*) es un trato cruel, inhumano y degradante, y está constituido por un periodo de detención prolongado en espera y previo a ejecución”²⁰. Así, la Corte IDH sostiene que “en el presente Caso, todos los detenidos se encuentran bajo una constante amenaza de que en cualquier momento pueden ser llevados a la horca como consecuencia de una legislación y proceso judicial contrarios a la Convención Americana”²¹. Basándose en dicho análisis, concluye que la situación expuesta violó las disposiciones del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención.²²

IV. Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el Caso *Al-Saadoon y Mufdhi*

La principal cuestión planteada en el Caso *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*²³ del TEDH es el traslado de los solicitantes, que se encontraban bajo la custodia de las tropas del Reino Unido, al ámbito de control de las fuerzas armadas de Iraq. Se planteaba que esta acción del Reino Unido violaba los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “Convenio Europeo”). En particular, las presuntas víctimas sostenían que se trataba de una violación al principio de no devolución²⁴, ya que existía un riesgo de que se les aplicara la pena de muerte.

El TEDH dictaminó que la pena de muerte (es decir, que el Estado termine de manera premeditada la vida de un ser humano) da lugar a un cierto “grado de dolor físico” y que en el caso el condenado sufrió un intenso sufrimiento psíquico, por lo que, puede catalogarse como inhumano y degradante (contrario al artículo 3 del Convenio Europeo).

²⁰ STEDH, *Soering c. Reino Unido*, 7/7/1989.

²¹ Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine & Benjamin v. Trinidad & Toba*, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 168.

²² Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine & Benjamin v. Trinidad & Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 172.

²³ STEDH, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, 2/3/2010.

²⁴ Establecido por el STEDH en el caso *Soering c. Reino Unido*, 7/7/1989.

Para arribar a dicha decisión valoró distintos tipos de documentos jurídicos vinculantes, entre los cuales, en el acápite “Casos relativos a la obligación del Estado que envía de hacer manifestaciones contra el uso de la pena de muerte por parte de Estado de recepción después del traslado de una persona desde su jurisdicción”, se analizó lo dispuesto por el OACDH en las resoluciones *Chitat Ng v. Canada*²⁵ y *Roger Judge v. Canada*²⁶. Ambos casos en los que el OACDH se opuso a extradiciones a países en los que los sujetos corrían riesgo de que se les aplicara la pena de muerte²⁷.

V. La fragmentación y el diálogo interjurisdiccional

Actualmente nos encontramos ante un espacio jurídico fragmentado, es decir que ya no existe una unidad consolidada si no que contamos con múltiples organismos que dan lugar a distintos ordenamientos jurídicos, afirmación que comparten diversos autores (PIZZOLO, 2016: p. 250). Esta postura, a la que adhiero, es desarrollada por diversos juristas que entienden que es posible sostener que el derecho internacional se ha expandido “más allá de sus límites tradicionales” y así se han creado distintos sistemas de normas (LUTERSTEIN, 2016a: p.125). La Comisión de Derecho Internacional por su parte, al investigar este fenómeno revela entre otras cosas de fragmentación institucional, en virtud de la proliferación de instituciones.

Esta nueva realidad conlleva sus problemas y potenciales beneficios. Es que, entre estos ordenamientos independientes surgen tensiones que pueden dar lugar a crisis en la interpretación de las normas. Particularmente, al estudiar los sistemas de protección de derechos humanos actualmente se cuenta con las tres Cortes regionales que hemos analizado, así como también el Sistema Universal. Realísticamente, es sumamente probable que estas instituciones produzcan resoluciones incompatibles con interpretaciones opuestas de la misma temática.

²⁵ OACDH, *Chitat Ng v. Canada*, Comm. No. 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994), apartado 18.

²⁶ OACDH, *Roger Judge v. Canada*, Comm. No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998, apartado 12.

²⁷ STEDH, *Al-Saadoon y Mufdhi c. Reino Unido*, 2/3/2010, parr. 97/98.

Cuando analizamos los casos mencionados en este trabajo, es posible ver que existe cierta unidad entre los distintos sistemas regionales al tratar la pena de muerte. Naturalmente, al ser el tribunal más “joven”, la CADHP es la institución que tiene los casos más recientes en esta materia. Al observar su sentencia en el Caso *Ally Rajabu*, es claro cómo toma provecho de los análisis ya efectuados por la CIDH y el TEDH, así también por el OACDH y los aplica directamente. Asimismo, es notorio como sus sentencias son más concretas y que la Corte toma como propios argumentos de los otros sistemas para arribar a su decisión final. Esta tendencia de las Cortes regionales de remitirse a decisiones anteriores de sus Cortes “hermanas” es visible también en la jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH, lo que es de extrema significancia en el mundo globalizado de hoy en día.

Ahora bien, como se dijo, las tres Cortes estudiadas potencialmente podrían avanzar en direcciones opuestas, vulnerando así la protección universal de los derechos humanos. Sin embargo, existe una manera de fomentar un consenso y colaboración en nuestra materia y es el diálogo interjurisdiccional. Tal como sostuvo JACQUÉ es imprescindible “la tolerancia y (...) la apertura recíproca de las jurisdicciones” (2007: p. 7).

El diálogo es una herramienta imprescindible en este mundo fragmentado, que permite “ir creando un camino común y un piso mínimo en la protección de los derechos humanos para todas las personas, independientemente del lugar donde se encuentren” (MAC-GREGOR POISOT, 2018: p. 1).

VI. Conclusiones

Al observar las sentencias traídas a colación en los acápites anteriores podemos observar una fertilización mutua entre las jurisdicciones, una influencia que enriquece los análisis de las Cortes (JACOBS, 2003: P. 548).

El entonces presidente de la Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot al dar apertura al primer “Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos” destacó en primer lugar el impacto positivo que han tenido los razonamientos de las otras “Cortes hermanas”. Particularmente, al hablar del

Sistema Europeo, hizo hincapié en el hecho de que había influenciado en gran manera el diseño institucional y el sistema normativo interamericano. Expuso: “Actualmente, no hay decisión que adopte la Corte IDH sin que previamente se estudien los precedentes de Estrasburgo en la materia”. En ese sentido, manifestó que, ante la realidad actual mundial, en la que se pone en crisis la protección de los derechos humanos, resultaba imperioso fortalecer el diálogo entre las Cortes²⁸.

Este diálogo claramente visible en los casos analizados se interpreta como una tendencia extremadamente positiva de las Cortes regionales. Cristaliza la intención de lograr un avance uniforme en la protección de los derechos humanos, con el principio *pro homine* como guía indiscutible.

Para finalizar, es indiscutiblemente de vital importancia evitar potenciar las posibles tensiones entre los organismos, dado que se carece de un “intérprete final”, y esperamos que el diálogo jurisprudencial continúe vigente y siga enriqueciendo los análisis de las Cortes.

VII. Bibliografía

AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS – EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS – INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2020). *2019 Joint Law Report*. Accesible en https://www.echr.coe.int/Documents/Joint_Report_2019_AfCHPR_ECHR_IACHR_ENG.pdf

BUERGENTHAL, T. (2001), “*The U.N. Human Rights Committee*”. En Frowein, J. (Ed.), Wolfrum, R. (Ed.), *United Nations Law Year Book 5* (pp. 341-398). Max Planck Foundation, Leiden/Boston.

LUTERSTEIN, N. (2016a), *¿Una casa tomada? Un análisis de las fuentes del derecho internacional penal y su relación con el derecho internacional público*. Buenos Aires: Académica SEMPITHIDIA.

²⁸ MAC-GREGOR POISOT, E. F. (2018, Julio). Discurso de Apertura. Ponencia presentada en I Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

LUTERSTEIN, N. (2016b), *La Guerra ante la Fragmentación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Académica SEMPITHIDIA.

PIZZOLO, C. (2016), *Una comunidad de intérpretes finales en materia de derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

JACOBS, F.G. (2003), *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*. Revista Texas International Law Journal, num. 38. Accesible en <http://www.iahr.org.ua/wp-content/uploads/2021/02/Jacobs547.pdf>

JACQUÉ, J. P. (2007). "*Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies*". *L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques*". Revista Francesa de Derecho Constitucional, volumen 2007/1 n° 69. Accesible en <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2007-1-page-3.htm>.

EL ALCANCE DE LA ACTIVIDAD CUASIJURISDICCIONAL DE LOS COMITÉS DE DERECHOS
HUMANOS EN ARGENTINA Y ESPAÑA

Florencia Finkelstein¹

Fecha de recepción: 31 de octubre de 2022

Fecha de aceptación: 27 de noviembre de 2022

Resumen

Este artículo procura estudiar si existe o no un carácter vinculante de los dictámenes emitidos por los comités de Naciones Unidas. Para ello, se parte de un breve análisis comparativo y descriptivo sobre la eficacia de la actividad cuasi-jurisdiccional de estos órganos en Argentina y España.

Palabras clave: Derecho internacional – comités de Naciones Unidas – eficacia – carácter vinculante – dictámenes.

Title: THE SCOPE OF THE QUASI-JURISDICTIONAL ACTIVITY OF HUMAN RIGHTS COMMITTEES IN ARGENTINA AND SPAIN.

Abstract

This article seeks to study whether the opinions issued by the United Nations committees have a binding nature. To this end, a brief comparative and descriptive analysis is made of the effectiveness of the quasi-jurisdictional activity of these bodies in Argentina and Spain.

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires). Magíster en Gobernanza y Derechos Humanos (Universidad Autónoma de Madrid). Experta en aplicación del Derecho Internacional en perspectiva comparada (Universidad Autónoma de Madrid y Universidad de Mendoza). Becaria de Investigación en el Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional de España.

Keywords: International law – United Nations committees – effectiveness – binding nature – views.

I. Introducción

El presente trabajo de investigación pretende realizar un análisis comparativo y descriptivo sobre la eficacia de la actividad cuasi-jurisdiccional de los comités de Naciones Unidas en Argentina y España. En particular, el estudio se enfoca, por un lado, en examinar las implicancias y consecuencias de las comunicaciones particulares presentadas ante distintos comités contra los países escogidos. Por el otro, se propone analizar el valor jurídico que los tribunales superiores y constitucionales de cada Estado —la Corte Suprema de Justicia de Argentina, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional españoles— le reconocen a los dictámenes de los órganos internacionales. Ambos países han firmado y ratificado los distintos Convenios —con sus respectivos Protocolos Facultativos— adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, en los que se estipulan los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos. No obstante, ninguno de los tratados de referencia afirma de forma expresa el valor jurídico de las resoluciones dictadas en el marco del procedimiento de las comunicaciones particulares. Así, la cuestión clave objeto de estudio del presente trabajo consistiría en estudiar si existe o no un carácter vinculante de los dictámenes emitidos por los órganos, definidos por gran parte de la doctrina internacional, como cuasi-jurisdiccionales.

Si bien existe una vasta literatura que describe los mecanismos de protección establecidos en virtud de las convenciones de derechos humanos de las Naciones Unidas, lo novedoso de nuestro planteo radica en acudir al estudio de casos particulares presentados ante distintos órganos del sistema universal con el objeto de traslucir los efectos del litigio internacional en materia de derechos humanos en el plano local, tanto argentino como español. En consecuencia, el cuestionamiento central busca llevar a cabo un estudio

desde una mirada más realista, interpretando la actividad cuasi-jurisdiccional de los comités no desde la teoría en abstracto, sino desde su contribución, como herramienta, en la transformación, democratización y mejora de la calidad de las instituciones locales y el efectivo goce de los derechos consagrados.

De esta forma, el primer apartado sintetiza ciertos aspectos sobre la actividad de los órganos de control establecidos por los tratados adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, en concreto, sobre el procedimiento de comunicaciones particulares. Se ha intentado brindar una breve noción general sobre el debate respecto al valor jurídico de los pronunciamientos de los comités y su vinculatoriedad. El segundo apartado expone, por una parte, un caso presentado ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer contra España y, por la otra, otro presentado ante el Comité de Derechos Humanos contra Argentina. Si bien existen diferencias en cuanto al tratamiento en el ámbito interno y la forma de acoger los dictámenes emitidos por los órganos en el marco de dichas comunicaciones particulares, el foco de atención está puesto en analizar no solo sus efectos, sino también la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos por parte de los tribunales supremos de cada Estado en decisiones que marcaron hitos respecto a cuestiones fundamentales, tales como los derechos fundamentales de las mujeres. Por último, se ofrecen algunas conclusiones.

II. El mecanismo cuasicontencioso del sistema universal de protección de derechos humanos

i. Aspectos generales

La voluntad de cooperación asumida por la comunidad internacional en el siglo pasado se vio reflejada en la elaboración de un elevado número de tratados internacionales que además de contener normas que enuncian los

derechos allí protegidos, se establecen mecanismos que permiten controlar su efectividad. En este sentido, en el marco del sistema universal, “[c]uando se aprobó el primer tratado (internacional de derechos humanos), se reconoció que los Estados partes necesitarían aliento y apoyo en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales de instrumentar las medidas necesarias para asegurar el disfrute de los derechos previstos [...] Por esa razón, en cada tratado se establece un comité internacional de expertos independientes, encargado de vigilar por distintos medios el cumplimiento de sus disposiciones”². De esta manera, se prevén instancias internacionales de protección con posibilidad de señalar y, en ocasiones, de hacer respecto de los Estados en función de la modalidad de control de que se trate (PINTO, 2007: p. 120)³.

Ello así, los instrumentos convencionales han consagrado un diseño que determina distintas modalidades de toma de conocimiento e investigación a fin de que los órganos de control —comités— puedan recopilar datos y efectuar un diagnóstico de la situación de cada Estado parte con el objetivo final de realizar las correspondientes recomendaciones y observaciones. Por un lado, los comités tienen el mandato de recibir y examinar informes presentados periódicamente por los Estados parte donde estos detallan las medidas adoptadas para dar efectividad a los compromisos contraídos. Por el lado, los comités reciben peticiones interestatales e individuales por las cuales se denuncian violaciones de derechos protegidos en los distintos instrumentos.

²Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012), *El sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, Folleto Informativo N.º 30/Rev. 1, p. 23. Accesible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet30sp.pdf>

³Se trata del Comité de Derechos Humanos (CCPR), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDEW), el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), el Comité de los Derechos del Niño (CRC), el Comité contra la Tortura (CAT), el Comité sobre los Trabajadores Migrantes (CMW), el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), el Comité contra la Desaparición Forzada de Personas (CED).

En particular, el estudio se enfocará en el mecanismo cuasicontencioso, también conocido como procedimiento de comunicaciones particulares que opera ex post facto (VILLÁN DURÁN, 2016: p. 78). De esta forma, los mecanismos de protección de derechos humanos del sistema universal se configuran como modelos de cooperación que reconocen a los Estados la competencia primigenia y directa en el establecimiento y ejecución de medidas de promoción y protección. En consecuencia, las instancias internacionales ostentan un rol subsidiario de control y fiscalización del comportamiento de los Estados (AGUADA, 2020: p. 4).

Este sistema de peticiones tiene como finalidad obtener del comité correspondiente un pronunciamiento sobre si ha habido o no violación del tratado en el caso concreto –por medio de un dictamen– y del que se extraigan consecuencias jurídicas, debiendo el comité determinar las medidas de reparación a la víctima que el Estado sancionado deberá aportar (VILLÁN DURÁN, 2016: p. 79).

Ahora bien, la competencia de los comités, a los fines de las comunicaciones de particulares, requiere del consentimiento de las partes en el tratado. Es decir, el procedimiento es facultativo para los Estados parte por lo que deviene necesario que estos hayan reconocido expresamente la competencia del órgano, sea formulando una declaración al respecto o aceptando el protocolo facultativo.

En lo que aquí interesa, el principio de subsidiariedad es fundamental en el entendimiento del contenido y los efectos de las normas del Derecho internacional de los derechos humanos, y de los límites de las instituciones internacionales de supervisión encargadas de la interpretación y aplicación de esas normas. Dicho principio reconoce la función complementaria del derecho y las instituciones internacionales para supervisar y asistir a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Al mismo tiempo sostiene la existencia de amplios espacios de libertad a los ordenamientos jurídicos nacionales para definir el alcance y los

mecanismos institucionales de cumplimiento de dichas obligaciones (GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, 2017: p. 730).

Por lo tanto, el Derecho internacional de los derechos humanos no se trata de una instancia de apelación ni tampoco pretende sustituir el ámbito nacional. Por el contrario, se concibe como un derecho paralelo y complementario, como una vía que es habilitada por los Estados para garantizar la protección de los derechos, permitiendo que las omisiones y deficiencias locales sean superadas (DA MATA & CORREJO, 2016: p. 349).

Desde una perspectiva procesal, el principio de subsidiariedad justifica el hecho de que las instituciones internacionales solo conozcan casos donde las víctimas hayan agotado los recursos judiciales existentes a nivel nacional. Además, el carácter subsidiario de los procedimientos internacionales está reflejado en la posibilidad de abstenerse de ratificar los instrumentos internacionales adicionales por medio de los cuales se les reconoce capacidad a los órganos a fin de conocer las comunicaciones individuales contra los Estados parte del convenio.

ii. La eficacia de los dictámenes de los órganos de control

El procedimiento de quejas previsto en las convenciones de derechos humanos de Naciones Unidas es contradictorio e implica que el Estado denunciado pueda ser condenado y sancionado, debiendo adoptar las medidas de reparación de la violación que el comité estipule en su dictamen. No obstante, como ya se ha adelantado, los órganos de tratados no son tribunales internacionales y, por consiguiente, sus decisiones⁴ no son sentencias. Dada la ausencia de mecanismos tradicionales de exigibilidad presentes en sistemas regionales, en los últimos años los debates se han

⁴ A lo largo de este trabajo nos referiremos indistintamente a las resoluciones emitidas por los comités de Naciones Unidas, en el marco del procedimiento de comunicaciones particulares, como decisiones o dictámenes.

redirigido hacia los efectos de este tipo de resoluciones en el sentido de su valor jurídico y, en concreto, de la obligatoriedad o no de su cumplimiento.

Ahora bien, es dable destacar que los dictámenes de los comités son emitidos en el marco de las obligaciones convencionales asumidas por los Estados. El Comité de Derechos Humanos ha señalado en su Observación General no. 33 que “[a]unque la función desempeñada [...] al examinar las comunicaciones individuales no es, en sí misma, la de un órgano judicial, los dictámenes emitidos por el Comité de conformidad con el Protocolo Facultativo presentan algunas de las principales características de una decisión judicial. Se emiten con espíritu judicial, concepto que incluye la imparcialidad y la independencia de los miembros del Comité, la ponderada interpretación del lenguaje del Pacto y el carácter determinante de las decisiones”⁵. Ello así, las decisiones expresadas por los órganos de control son evaluaciones autorizadas del cumplimiento que se asemejan a conclusiones definitivas de violación o no violación por parte de los Estados en cuestión (NOLLKAEMPER, 2011: pp. 177-8).

Aun siendo imposible catalogar estas resoluciones como jurídicamente vinculantes, es indudable la gran importancia práctica que revisten. En efecto, la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que se le debe atribuir un gran peso a la interpretación adoptada por este tipo de órganos independientes que fueron creados específicamente para supervisar la aplicación de dichos tratados. Se trata de lograr la necesaria claridad y la imprescindible coherencia del Derecho internacional, así como la seguridad jurídica, a la que tienen derecho tanto los individuos con derechos garantizados como los Estados obligados a cumplir con las obligaciones de los tratados⁶.

⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General no. 33, “Obligaciones de los Estados Parte en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, adoptada en su 94º período de sesiones (13 al 31 de octubre de 2008), punto 11, disponible en <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no33-obligations-states-parties>.

⁶ CIJ, Caso *Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo), sentencia de 30 de noviembre de 2010, pár. 66.

Más aún, el carácter de los dictámenes emana también de la obligación de los Estados parte de los tratados en cuestión de actuar de buena fe en lo que respecta a su participación en los procedimientos previstos en los Protocolos Facultativos y en relación con las propias convenciones, principio que exige que aquellos utilicen todos los medios que estén a su alcance para dar efecto a los dictámenes de los comités⁷.

En este sentido, las discusiones sobre la eficacia del Derecho internacional de los derechos humanos ponen el foco de atención en el fenómeno de la conducta estatal frente al ordenamiento jurídico en cuestión. Hathaway presenta un resumen de las distintas corrientes doctrinales relativas al cumplimiento y la eficacia de los tratados internacionales de derechos humanos. La teoría normativa sugiere el carácter persuasivo de las obligaciones internacionales contraídas en la conducta de los Estados, a no ser que existan fuentes específicas de incumplimiento, como la falta de información o la incapacidad del Estado. La teoría racionalista es más equívoca, y cada variante hace predicciones ligeramente diferentes sobre la relación esperada entre la ratificación de los tratados y las prácticas de derechos humanos. En primer lugar, la corriente realista, predice que el cumplimiento de los tratados por parte de los Estados está motivado exclusivamente por sus intereses geopolíticos. Por su parte, los institucionalistas, en cambio, entienden que la ratificación y cumplimiento de los instrumentos convencionales responde a los costos y beneficios que se obtendrían por ello en materia de reputación internacional. Por último, los liberales incorporan la variable del juego político doméstico a la ecuación para concluir que, al menos los gobiernos democráticos, serán más propensos a cumplir con las decisiones legales supranacionales porque las obligaciones normativas internacionales movilizan a los grupos de interés nacionales que, a su vez, presionan a los gobiernos para hacer efectivo su cumplimiento (HATHAWAY, 2001: pp. 1944-63).

⁷ Ver puntos 15 y 20 de la Observación General no. 33 del Comité de Derechos Humanos.

Por su parte, los constructivistas sostienen que los intereses de los actores internacionales se construyen y constituyen por medio de la acción de redes transnacionales de activistas —integradas por organizaciones no gubernamentales tanto nacionales como internacionales, movimientos sociales, grupos académicos, instituciones propias de los Estados, entre otros— y que la interacción de estas permite superar las barreras domésticas de acceso al Estado mediante la acción coordinada en el plano internacional y su impacto local. Los procedimentalistas afirman que los procesos de creación y exigibilidad del derecho internacional son los que conducen y promueven su obediencia. Es decir, se trataría de una secuencia consistente en una primera interacción, seguida por la interpretación y la consecuente internacionalización que puede involucrar mecanismos políticos, sociales o jurídicos. En este último caso, la incorporación del Derecho internacional en el ámbito local se daría a través de la acción del poder legislativo, ejecutivo o por la interpretación judicial (BERGALLO, 2006: p. 641).

III. El mecanismo cuasicontencioso del sistema universal de protección de derechos humanos

El auge del Derecho internacional de los derechos humanos ha sido acompañado por la práctica de acudir con mayor frecuencia a órganos internacionales como espacios para la promoción de cambios sociales. A la luz de tal evolución, este acápite pretende examinar las implicancias y consecuencias de comunicaciones particulares presentadas ante distintos comités de Naciones Unidas contra España y Argentina, con la intención de determinar la eficacia de la actividad cuasijurisdiccional de los órganos.

i. La experiencia española: caso Ángela González Carreño c. España, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

El caso objeto de análisis deviene sustancial debido a que se trata de la primera condena por violencia de género en contra de España ante instancias

internacionales. Los hechos que dieron lugar al dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁸ se refieren a un largo proceso de búsqueda de protección y justicia.

Habiendo padecido por años violencia física y psicológica en el seno de su hogar, Ángela González Carreño decide en septiembre de 1999 abandonar, junto con su hija Andrea de 3 años, su domicilio. La situación de violencia se mantuvo y, entre diciembre de 1999 y noviembre de 2001, la autora interpuso más de 30 denuncias ante la Guardia Civil y los juzgados en materia civil y penal, pidiendo órdenes de alejamiento de su expareja —F.R.C—, y solicitando que el régimen de visitas entre padre e hija fueran limitadas y vigiladas por personal de los servicios sociales.

Sin perjuicio de sus esfuerzos, el maltrato continuó después del divorcio. A pesar de las denuncias presentadas, la expareja fue condenada una única vez —por vejaciones— a una multa de 45 euros. Las órdenes de alejamiento fueron sistemáticamente violadas y en 2002 la justicia autorizó a que las visitas parentales fueran sin vigilancia. Como consecuencia de la actuación negligente de las autoridades, el 24 de abril de 2003, en una de sus visitas, el padre asesinó a Andrea de tan solo 7 años y, a continuación, se suicidó.

Ante la nula respuesta del Estado y tras el agotamiento de todos los recursos judiciales nacionales disponibles sin lograr que se reconociera que el asesinato de Andrea fue el resultado de la actuación negligente de la Administración de Justicia, la autora llevó, en septiembre de 2012, su caso ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

⁸El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. De acuerdo con el art. 7 del Protocolo Facultativo de la Convención, el Comité tiene competencia para examinar denuncias individuales respecto de presuntas violaciones de la Convención de los Estados parte del Protocolo. Tanto la Convención como su Protocolo Facultativo, fueron ratificados por España y, por consiguiente, forman parte del ordenamiento jurídico interno español en virtud del art. 96 de la Constitución y respecto de estos debe aplicarse el principio de jerarquía normativa.

En su dictamen del 18 de julio de 2014, el Comité concluyó que el Estado español había incumplido los art. 2.a), d), e) y f); 5.a) y 16, párr. 1.d) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁹. El elemento determinante consistió en si las autoridades judiciales aplicaron principios de debida diligencia y tomaron medidas razonables con miras a proteger a la autora y su hija de posibles riesgos en una situación de violencia doméstica continuada. El órgano afirmó que se había producido un supuesto de mal funcionamiento de la Administración de Justicia dado que, si se hubiese realizado un adecuado estudio de los informes psicológicos y de los servicios sociales, el Estado podía haber previsto el comportamiento de F.R.C.

Durante el tiempo que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente, las autoridades judiciales, los servicios sociales y los expertos psicológicos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre el padre y la hija. En consecuencia, el Comité consideró que las decisiones judiciales no traslucen un interés por parte de los funcionarios de evaluar de forma integral los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto. Todos estos elementos reflejan, según el Comité, un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el caso de Ángela González Carreño, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándolas en una situación de vulnerabilidad.

Finalmente, el Comité formuló un conjunto de recomendaciones. Por un lado, respecto a la autora: i) instó al Estado de España a otorgarle una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos; ii) a llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y

⁹Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, caso González Carreño c. España, Adopción de vistas de 16 de julio de 2014, Comunicación núm. 47/2012 (CEDAW/C/58/D/47/2012).

prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la autora y su hija.

Por el otro, recomendó —en términos generales— que España: i) tomase medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos; ii) reforzase la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a situaciones de violencia doméstica; iii) proporcionase formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la Recomendación General N° 19.

El caso expuesto permitió identificar una violación sistemática y estructural de los derechos humanos de las mujeres, pues visibiliza una situación de discriminación institucional de especial gravedad en la sociedad española en tanto que los prejuicios y estereotipos de género no son algo abstracto ni teórico. En efecto, evidencia cómo dentro de un régimen formalmente igual, no subyace la igualdad material o sustantiva en virtud de la contemplación exclusiva de los estereotipos ligados al género masculino, obviando a las mujeres y, en lo que en el caso interesa, la violencia contra ellas (AROCHEA, 2015: p. 13).

En cuanto a las recomendaciones generales del Comité CEDAW, España ha ido progresivamente cumpliendo con ellas (GÓMEZ FERNÁNDEZ: 2018, p. 9). En primer lugar, con el objeto de anticipar futuros delitos, el Estado español modificó

la legislación relativa al derecho de visita¹⁰. En segundo lugar, se ha avanzado en el entrenamiento especial para autoridades y funcionarios judiciales, así como también para los agentes policiales que intervienen en violencia de género (STOFFELS, 2015: p. 370).

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento de las recomendaciones formuladas con respecto a la autora, son varias las cuestiones a analizar. Conviene tener presente que el caso fue planteado como estratégico en tanto paradigmático, con voluntad de trascendencia, buscando repercusión o impacto colectivo (LONDOÑO TORO, 2015: p. 3). De esta forma, no solo evidencia una situación de discriminación institucional contra las mujeres, sino que también tuvo como propósito servir como modelo para el desarrollo de casos similares y para fortalecer la jurisprudencia en materia de protección de los niños y niñas víctimas de violencia de género. Además de ser víctimas directas, los y las jóvenes son utilizados y utilizadas por los maltratadores para continuar controlando y vulnerando los derechos de las madres (GÓMEZ FERNÁNDEZ, 2019: p. 8).

En relación con este punto, desde la entrada en vigor en 2014 del Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, denominado Convenio de Estambul, España ha llevado a cabo ciertas modificaciones en su legislación interna a fin de implementar dicho instrumento internacional (CARMONA, 2017: p. 235). En efecto, la ley de protección a la infancia y adolescencia modifica el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género para incluir a los menores como víctimas directas de la violencia de género¹¹.

¹⁰Anteproyecto de ley 438/2014, sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas en casos de nulidad, separación y divorcio, aprobado el 24 de julio de 2014 (publicado en EDL 2013/180450), recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>.

¹¹Ley Orgánica 1/2015. Reforma del Código Penal español. Promulgada: 30 de marzo de 2015, publicada en el BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015. Recuperada de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439 Ley 26/2015. Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. Promulgada: 28 de julio de 2015, publicada en el BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015. Recuperada de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470>.

En cuanto a la eficacia ejecutiva del dictamen del Comité, la autora inició un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Con base en la decisión del órgano, reclamó primero responsabilidad patrimonial al Ministerio de Justicia y, ante la desestimación presunta, inició un proceso contencioso ante la Audiencia Nacional por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

Como se señaló, dada la ausencia de un cauce procedimental específico y autónomo para instar el cumplimiento de los dictámenes de los órganos del sistema universal, la eficacia de este tipo de resoluciones depende de la cooperación que reciba del derecho interno.

En relación con la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno y el papel de los tribunales, España solía no reconocer ninguna cualidad formalmente vinculante a los dictámenes emitidos por los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas en el procedimiento de comunicaciones particulares. En la Sentencia STC 70/2002, de 3 de abril, el Tribunal Constitucional declaró que los dictámenes que emiten los comités no son resoluciones judiciales, ya que estos órganos carecen de competencias jurisdiccionales y sus dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento el Pacto o el Protocolo Facultativo les atribuyen tal competencia¹².

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio —STS 2747/2018— dio un giro doctrinal, configurándose como un punto de inflexión y reflejando uno de los impactos más evidentes del caso *Ángela González Carreño c. España*. Por medio de esta decisión se determina por vez primera que los tratados sobre derechos humanos, en particular aquellos que crean órganos internacionales de control, como es el caso de la Convención sobre la

¹²Tribunal Constitucional (Sala Primera), STC 70/2002, de 3 de abril [ECLI:ES:TC:2002:70].

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, son derecho español en tanto el país está vinculado a ellos y deben ser cumplidos¹³.

El cambio doctrinal plasmado en la sentencia indicada se funda en la lectura que el Tribunal Supremo hace de los instrumentos internacionales. El órgano judicial reconoció que, si bien es cierto que ni la Convención ni su Protocolo Facultativo establecen el carácter directamente ejecutable de los dictámenes sobre comunicaciones particulares, el art. 24 de la Convención obliga a los Estados a *"adoptar todas las medidas necesarias en el plano nacional encaminadas a lograr la plena realización de los derechos reconocidos"* en la misma, y el art. 7, pár. 4, del Protocolo Facultativo establece que los Estados *"tendrán debidamente en cuenta las opiniones del Comité, así como. a sus recomendaciones, si las hubiere"*¹⁴.

Cabe señalar que el art. 96 de la Constitución Española afirma que los tratados internacionales "forman parte del ordenamiento jurídico interno", y la carta constitucional de derechos debe interpretarse de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos (art. 10.2 de la Constitución)¹⁵. Por lo tanto, el Tribunal Supremo afirmó que el cumplimiento de las decisiones de los órganos de tratados es una cuestión de Estado de Derecho, y no hacerlo supondría una violación de los principios de legalidad y jerarquía jurídica proclamados en el art. 9.3 de la Constitución Española¹⁶. Finalmente, el Supremo concluyó que la ausencia de un procedimiento específico para ejecutar los

¹³Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4ª), STS 2747/2018, de 17 de julio [ECLI:ES:TS:2018:2747].

¹⁴ STS 2747/2018, FJ 7, ap. 3.

¹⁵El art. 10.2 de la Constitución Española establece en lo pertinente: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."

Art. 96.1 CE: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional."

¹⁶Art. 9.3 CE: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos."

dictámenes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer constituye un incumplimiento de un mandato legal y constitucional por parte de España.

En conclusión, esta sentencia promovió una cuidadosa consideración del valor y los consiguientes efectos de las decisiones y recomendaciones formuladas por los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. La labor hermenéutica realizada permite identificar un adecuado mecanismo procesal para dar cumplimiento a las decisiones de comités internacionales en el ordenamiento interno.

En este sentido, el caso *Ángela González Carreño* deviene sustancial. En primer término, en relación con la protección internacional de los derechos humanos de las mujeres dado que es el primer caso en el cual se examina la violencia doméstica en España. De esta forma, permite evidenciar la ausencia de perspectiva de género en la interpretación judicial en virtud del machismo encubierto en la aplicación normativa efectuada por los agentes judiciales (STOFFELS, 2019: p. 366). En segundo lugar, el caso resulta revolucionario en cuanto a su tratamiento interno por parte del derecho doméstico español. En efecto, el dictamen dio lugar a una sentencia histórica que determina la eficacia de las decisiones de los órganos de control creados por los convenios internacionales de protección de los derechos humanos.

ii. La experiencia argentina: caso *L.M.R. c. Argentina, Comité de Derechos Humanos*

El presente caso ha sido identificado como el primero donde el Estado argentino fue demandado internacionalmente por violación a los derechos reproductivos relacionados con el acceso al aborto legal (AUCÍA, 2012: P. 66).

En 2006, L.M.R., una adolescente de 19 años y una edad mental de entre 8 y 10 años, quedó embarazada producto de los abusos sexuales cometidos por

un familiar. Su madre solicitó que se le practicase un aborto legal¹⁷ en el Hospital de Guernica, Provincia de Buenos Aires, pero su petición fue denegada y L.M.R. fue derivada al hospital de cabecera de la provincia, el Hospital San Martín de La Plata. Paralelamente, por indicación del hospital derivante, la madre de la víctima realizó la denuncia policial con la intención de que se tomaran pruebas de ADN para certificar la autoría del abuso sexual del que fuera víctima su hija. Así, L.M.R. llegó al Hospital San Martín con un embarazo de 14 semanas y fue internada a fin de que se le realizasen los estudios pertinentes para la interrupción del embarazo. Sin perjuicio del dictamen positivo por parte del Comité de Bioética del hospital, la intervención fue interrumpida por una orden de una jueza de menores de La Plata.

El pedido de la adolescente recorrió todas las instancias judiciales y, finalmente, la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires —un mes y medio después de denunciada la violación y de realizado el pedido de interrupción del embarazo— ratificó la constitucionalidad del anterior art. 86 del Código Penal y sostuvo que no era necesaria la exigencia de una autorización judicial ya que se trataba de un aborto no punible. Sin perjuicio de esta sentencia, el Hospital San Martín se negó a realizar la interrupción por considerar que el embarazo estaba muy avanzado. Ante la negativa, L.M.R. —con casi 20 semanas de embarazo— tuvo que recurrir, con el apoyo de organismos de mujeres, a una clínica privada a fin de acceder a la intervención.

Tras el agotamiento de los todos los recursos judiciales nacionales, la autora llevó en mayo de 2007 su caso ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹⁸. En su dictamen del 29 de marzo de 2011, el Comité concluyó

¹⁷El anterior art. 86 del Código Penal Argentino establecía: “Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1.º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2.º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”

¹⁸El Comité de Derechos Humanos es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo con el art. 1 del

que el Estado argentino había incumplido los art. 7, 17 y 2, párr. 3 en relación con los art. 3, 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹.

El órgano consideró que la omisión del Estado, al no garantizar a L.M.R. el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el art. 86, inc. 2 del Código Penal cuando la familia lo solicitó, causó a la víctima un sufrimiento físico y moral contrario al derecho de las personas a no ser sometidas a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes —tanto más grave cuando se trataba de una joven con discapacidad—. Asimismo, sostuvo que los hechos denunciados, en concreto, la orden judicial exigiendo la interrupción de todos los procedimientos médicos tendientes a la realización del aborto, constituyeron una injerencia arbitraria e ilegítima por parte del Estado, a través del poder judicial, en la vida privada de la víctima. Por último, observó que el trámite en sede judicial, aunque se resolvió favorablemente para la peticionaria, hizo que el embarazo se prolongara durante varias semanas con la consecuente afectación en su salud, lo que repercutió finalmente en que los servicios de salud públicos no quisieran realizar el aborto por lo avanzado de la gestación y que la joven tuviera que acudir a la realización de la intervención de manera clandestina. Por todo ello, el Comité concluyó que L.M.R. no contó con un recurso efectivo.

El órgano indicó que el Estado argentino tenía la obligación de proporcionar a L.M.R. medidas de reparación que incluyeran una indemnización adecuada, así como el deber de tomar medidas para evitar la comisión de violaciones similares en el futuro.

En cuanto al cumplimiento de las recomendaciones formuladas con respecto a la autora, el Estado argentino pagó a L.M.R. una indemnización por

Primer Protocolo Facultativo del Pacto, el Comité tiene competencia para examinar denuncias individuales respecto de presuntas violaciones del Pacto de los Estados partes del Protocolo. Tanto el Pacto como su Protocolo Facultativo fueron ratificados por Argentina y, por consiguiente, forman parte del ordenamiento jurídico interno argentino en virtud del art. 75, inc. 22 de la Constitución y revisten jerarquía constitucional.

¹⁹Comité de Derechos Humanos, caso L.M.R. c. Argentina, Adopción de vistas de 29 de marzo de 2011, Comunicación núm. 1608/2007 (CCPR/C/101/D/1608/2007).

daño moral y psíquico²⁰. Asimismo, como reparación simbólica por una violación de los derechos sexuales y reproductivos, el Estado nacional y el de la provincia de Buenos Aires brindaron disculpas públicas a la joven en un acto celebrado en el Salón Auditorio del Anexo de la Cámara de Diputados bonaerense, en La Plata en diciembre de 2014²¹.

Sin perjuicio de la generalidad de las recomendaciones efectuadas por el Comité —obligación de tomar medidas para evitar que se cometan violaciones similares en el futuro—, el caso objeto de estudio ha resultado fundamental para la construcción del aborto como un derecho y, particularmente, para su cumplimiento. Tal como pone de relieve la experiencia de L.M.R., previo a la sanción de la ley 27.610 en diciembre de 2020 —por la que se regula el acceso a la interrupción voluntaria y legal del embarazo y a la atención postaborto de todas las personas con capacidad de gestar—, el acceso a los abortos no punibles, contemplados en el anterior art. 86 del Código Penal, enfrentaba obstáculos basados en prejuicios y en la ausencia del Estado para limitarlos.

El camino hacia la legalización del aborto en Argentina es de larga data. Se trata de una historia de 35 años de la que se pueden identificar diversas etapas en función de las decisiones judiciales respecto de su tratamiento: en el primer período 2000-2005 los tribunales se pronunciaron sobre causas en las que se cuestionaba el derecho a interrumpir la gestación en casos de anencefalia o cuando se registraba peligro para la salud física de la mujer; durante el período 2006-2007 se judicializó el acceso al aborto en casos de mujeres con discapacidad que habían sido violadas; y, finalmente, en el período 2007-2012 los tribunales intervinieron y se pronunciaron frente a pedidos de aborto de niñas y adolescentes que habían sido abusadas sexualmente por familiares del círculo íntimo (GEBRUERS & GHERARDI, 2015: p. 2).

En el marco de esta última etapa, un año después del caso L.M.R., en marzo de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó una sentencia

²⁰Díaz, E. (29/12/2015). Una justa reparación. *Central de Trabajadores y Trabajadoras de la Argentina*. Accesible en: <http://www.cta.org.ar/una-justa-reparacion.html>

²¹Carbajal, M. (11/12/2014). Una reparación histórica por un derecho negado. *Página 12*. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-261711-2014-12-11.html>

ejemplar en el caso *F., A.L. s/ medida autosatisfactiva*²² por la que se modificaron los parámetros sociales y legales a los efectos de entender y analizar la interrupción de los embarazos a partir de un caso de violación (BROWN, 2020: p. 13). La decisión de la Corte marcó un punto de inflexión en la correcta interpretación de las causales del aborto legal en Argentina, a la luz de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado.

Los hechos que dan origen a la sentencia se ubican en la provincia argentina de Chubut y se refieren a la violación de una niña de 15 años por parte de su padre. Producto del abuso sexual, la joven quedó embarazada y, junto con su madre, acudieron al hospital solicitando la interrupción de la gestación en virtud del art. 86 del Código Penal pero las autoridades médicas le exigieron un aval judicial para acceder al aborto no punible. El juzgado penal que estaba tramitando la denuncia de violación se declaró incompetente y la causa fue remitida a un tribunal de familia. En primera y segunda instancia se rechazó la solicitud bajo el entendimiento de que el precepto penal no alcanzaba a mujeres sin discapacidad mental (no se tuvo en cuenta tampoco la afectación a su salud). El caso llegó al Tribunal Superior de la provincia, que avaló la solicitud de la víctima y revocó la sentencia previa.

Si bien la joven accedió al aborto, la causa judicial continuó. El Asesor General Subrogante de Chubut apeló la sentencia de la Corte provincial y, así, el caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La alegación de la autoridad provincial se fundaba en que el anterior art. 86 del Código Penal era inconstitucional porque violaba el derecho a la vida en gestación protegido por la Constitución y los tratados de derechos humanos.

La Corte resolvió el caso *F., A.L.* justificando su intervención en la importancia institucional del tema. En efecto, por un lado, la omisión de su consideración podía comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente

²²CSJN, *F., A.L. s/Medida Autosatisfactiva*, sentencia de 13 de marzo de 2012, disponible en <https://www.csjn.gov.ar/>.

al orden jurídico supranacional, tanto más si se tiene en cuenta que varios organismos internacionales se había pronunciado censurando, en casos semejantes, la interpretación restrictiva del acceso al aborto no punible por parte de otras instancias judiciales. Es dable destacar que, más allá del dictamen del Comité de Derechos Humanos analizado en este apartado, también el Comité de los Derechos del Niño y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer exhortaron, en numerosas oportunidades al Estado argentino a efectos de que revisara la legislación que penalizaba el aborto por las graves consecuencias que acarreaba para la salud y la vida de las mujeres²³. Por el otro lado, la reiteración de este tipo de casos que afectaban derechos constitucionales también incidió en la imperiosa necesidad de la Corte de tratar el caso en cuestión. En concreto, el máximo tribunal decidió expedirse con la finalidad de que su criterio sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que pudiesen presentarse en el futuro.

En este sentido, la Corte Suprema: declaró la constitucionalidad del anterior art. 86 del Código Penal —sobre la base de las normas constitucionales que protegen la autonomía (art. 19 de la Constitución Nacional) y la igualdad ante la ley (art. 16)—; reconoció al aborto no punible como un derecho de las mujeres; definió el alcance de la causal “violación” para el aborto a cualquier mujer, adolescente o niña; consideró que el “*permiso judicial*” para obtener un aborto no punible era innecesario; sostuvo que para acceder al aborto por violación era suficiente una declaración jurada en el servicio de salud (no era exigible la denuncia policial); dispuso que el Estado, tanto nacional como los provinciales, debían adoptar medidas para garantizar el acceso al aborto cuando fuese legal (RAMÓN MICHEL & ARIZA, 2018: PP. 3-4).

De este modo, en el caso *F., A.L.* la Corte se hizo cargo del señalamiento efectuado por el Comité de Derechos Humanos en el caso *L.M.R.*, en el que se declara la responsabilidad internacional del Estado por la violación del Pacto

²³Al respecto, véase Michel, A. R., & Bergallo, P. (2018). *La reproducción en cuestión: Investigaciones y argumentos jurídicos sobre el aborto* (Vol. 1). Buenos Aires: Eudeba.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴. La recepción del Derecho internacional de los derechos humanos jugó entonces un papel importante en la articulación de estas nuevas preocupaciones acerca de la implementación de las normas. En efecto, el máximo tribunal argentino adoptó la interpretación más amplia que cabía al anterior art. 86, inc. 2 del Código Penal y exhortó a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires a dictar protocolos y guías que brindasen reglas claras en el ámbito del sistema de salud a los fines de asegurar a las mujeres el acceso al aborto no punible. La Corte clausura así una vieja discusión que garantizó la histórica inaplicabilidad de la norma en cuestión (RAMÓN MICHEL & BERGALLO, 2018: P. 209).

Ahora bien, luego de la reforma constitucional de 1994 —que a través del art. 75, inc. 22 dota de rango constitucional a ciertos tratados de derechos humanos—, la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional demuestra que la efectividad del derecho derivado de los órganos de control en materia de derechos humanos es mayor cuando se trata de interpretar normas de uno o más tratados invocados ante el Tribunal. Por el contrario, la efectividad mengua cuando a la Corte se le requiere la ejecución de una decisión de uno de los órganos en un caso relacionado con el Estado argentino (PINTO, 2007: P. 151). No obstante, conviene tener presente la falta de especificidad en cuanto a las recomendaciones efectuadas en el dictamen emitido en el caso *L.M.R.*, es decir, el Comité no indicó qué medidas concretas debían llevarse a cabo por el Estado argentino a fin de evitar futuras violaciones de los derechos sexuales y reproductivos de las personas gestantes.

De esta forma, puesto que el objetivo planteado por la Corte al pronunciarse en el fallo *F.,A.L.* era, en concreto, “*armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación*”

²⁴CSJN; *F.,A.L. s/Medida Autosatisfactiva* cit., considerando 26.

(artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), y cuyos dictámenes generan, ante un incumplimiento expreso, responsabilidades de índole internacional”²⁵, es indudable que el caso *L.M.R.* constituyó un hito decisivo en el ámbito del ordenamiento interno argentino.

En este sentido, se hace hincapié en que la evaluación de la eficacia de un dictamen puede llevarse a cabo concretamente mediante la determinación del grado de cumplimiento por parte del Estado de las recomendaciones de los órganos de control, pero, además, para determinarla deviene necesario el desarrollo de un entendimiento más profundo de cómo el dictamen fortalece el sentido normativo de los derechos en cuestión (Cook, 2014: p. 174). Ello así, resulta difícil negar la eficacia del dictamen emitido en el caso *L.M.R.*

En concreto, el caso bajo análisis se insertó en un debate ya instalado en la sociedad argentina donde las demandas se movieron progresivamente de la despenalización a la legalización, de la construcción del aborto como un problema de salud a su reivindicación como un derecho. Asimismo, potenció la interpretación adecuada de la legislación aplicable en la materia, así como el dictado de protocolos y guías que brindasen reglas claras en el ámbito del sistema de salud a los fines de asegurar a las mujeres el acceso al aborto no punible²⁶.

Cuesta imaginar cómo la Corte Suprema de Justicia de la Nación podría haber construido una solución como la brindada en el fallo *F.,A.L.* sin la inestimable contribución del dictamen del Comité de Derechos Humanos.

IV. Conclusiones

²⁵CSJN, *F. A.L. s/Medida Autosatisfactiva*, cit., considerando 7.

²⁶Luego del fallo *F., A.L.* en abril de 2014 el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud publicó la Guía para la atención integral de mujeres que cursan un aborto, disponible en <https://www.ms.gba.gov.ar/sitios/tocoginecologia/files/2014/09/Gu%C3%ADa-para-la-atenci%C3%B3n-integral-de-mujeres-que-cursan-un-aborto.pdf>. En 2015, marcando el salto conceptual que implicó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se publica el Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo.

La relevancia de la actividad de los comités establecidos por los tratados de derechos humanos no ha sido discutida. Sin dudas, desempeñan un papel indispensable a la hora de dotar de un contenido detallado a la redacción, a menudo bastante general, de las garantías de los derechos humanos y, por tanto, contribuyen de forma esencial al desarrollo y fortalecimiento del Derecho internacional de los derechos humanos.

Ahora bien, según quedó señalado, ninguno de los tratados de referencia afirma, expresamente, nada sobre el valor jurídico de sus dictámenes, sobre si los mismos son obligatorios o sobre si estamos frente a meras recomendaciones. El lenguaje utilizado por los comités suele ser vago o difuso, no solo desde su denominación general sino también —como en el segundo caso analizado en el presente trabajo de investigación— en los términos exhortativos que utiliza. Desde la doctrina internacionalista, ciertas y ciertos autores expresan que, al no imponerse una consecuencia jurídica negativa para los Estados que incumplen las recomendaciones efectuadas por los órganos estudiados, podría sostenerse que expresan una preferencia de comportamiento esperado (SHELTON, 2008: P. 69).

No obstante, la ratificación por parte de los Estados de las convenciones de derechos humanos y sus correspondientes protocolos facultativos necesariamente implica un refuerzo del compromiso de los países —en tanto sujetos del Derecho internacional— frente a la comunidad internacional y un reconocimiento de la autoridad de los comités. Claro está que existe un deber, derivado del de cumplir las obligaciones convencionales contraídas, de respetar de buena fe el procedimiento de las comunicaciones individuales establecido en los instrumentos internacionales en cuestión; que la propia Corte Internacional de Justicia ha afirmado que se le debe atribuir un gran peso a la interpretación adoptada por este tipo de órganos independientes que fueron creados específicamente para supervisar la aplicación de dichos tratados; y que, tal como se ha resumido en la presente investigación, las recomendaciones emitidas en los dictámenes —sea con el tiempo o por su persuasión— pueden influir en la percepción de lo que es el derecho positivo o generar cambios en el mismo.

El dispar tratamiento efectuado por los tribunales superiores de Argentina y España respecto de la actividad cuasi-jurisdiccional de los comités no debería suscitar dudas sobre el valor de las recomendaciones efectuadas por estos como órganos encargados de velar por el cumplimiento de las disposiciones de las convenciones de derechos humanos del sistema universal. Sin perjuicio de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina no haya resuelto, por medio de una sentencia, el carácter vinculante de estos dictámenes cabe preguntarse: ¿para qué la Corte trae a colación en el caso *F.A.L.* una abundante cantidad de citas de estándares del Derecho internacional de los derechos humanos e, incluso, de observaciones generales y dictámenes —entre ellos el emitido en el caso *L.M.R.*— si no es para otorgarles algún valor normativo?

V. Bibliografía

AGUADA, Y. (2020). *Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: mecanismos y desafíos*. Revista electrónica Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas, volumen 10(1), pp. 3-17.

AROCHENA, F. (2015). *El caso González Carreño contra España*. Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, (37), pp. 6-15.

AUCÍA, A., & DE AMÉRICA LATINA, C. (2012). *Estrategias, alianzas y desafíos feministas en materia de litigio internacional*.

BERGALLO, P. (2006). *Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial*. En Abramovich, V.; Bovino, A. y Courtis, C. (compiladores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (pp. 629-683). Buenos Aires: Del Puerto editores.

BROWN, J. (2020). *Del margen al centro. De la construcción del aborto como un problema social al aborto como un derecho (1983-2018)*. Cuestiones de sociología, (22) Recuperado de https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.11694/pr.11694.pdf

CARMONA, C. M. (2017). *La erradicación de la violencia contra la mujer «por tratado»: un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belém do Pará*. Revista europea de derechos fundamentales, (30), pp. 213-239.

CEDAW, Caso González Carreño c. España, Adopción de vistas de 16 de julio de 2014, Comunicación núm. 47/2012 (CEDAW/C/58/D/47/2012).

COOK, R. J. (2014). *Derechos humanos y salud materna: explorando la eficacia del Dictamen del Caso Alyne*. Revista Argentina de Teoría Jurídica, volumen 15 (1), pp. 173-207.

DA MATA, E., & CORREJO, E. (2016). *The state's international responsibility regarding the fight against racial and ethnical discrimination in Spain*. Brazilian Journal of International Law, 13(1), pp. 348-362.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (2019). *Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los dictámenes adoptados por Comités de derechos humanos: algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio*. Revista Española de Derecho Internacional, pp. 241-250.

ESPADA, C. G. (2018). *La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión*. Cuadernos de derecho transnacional, pp. 836-851.

GEBRUERS, C., & GHERARDI, N. (2015). El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso F.A.L. Accesible en: <https://www.ela.org.ar/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=app187&cnl=87&opc=53&codcontenido=2147&codcampo=20>

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2018). *Hijas e hijos víctimas de la violencia de género*. Revista Aranzadi Doctrinal, (8), pp. 39-76.

—(2019). *Qué nos enseña el caso de Ángela González Carreño sobre el recurso al derecho internacional de los derechos humanos en los procedimientos ordinarios (comentario a la sentencia 1263/2018 del Tribunal Supremo)*. Revista Aranzadi Doctrinal, (7), pp. 155-177.

GÓMEZ, P. C. (2012). *La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: La interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española*. Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época, (12). Recuperado de <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/829/727>

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P. (2017). *Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad*. Anuario mexicano de derecho internacional, 17, pp. 719-750.

HATHAWAY, O. A. (2001). *Do human rights treaties make a difference?* The Yale Law Journal, 111, pp. 1935-2034.

KÄLIN, W., & KÜNZLI, J. (2019). *The Law of International Human Rights Protection*. Nueva York: Oxford University Press.

LONDOÑO TORO, B. (2015). *Educación legal clínica y litigio estratégico en Iberoamérica*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

NOLLKAEMPER, A. (2011). *National Courts and the International Rule of Law*. Nueva York: Oxford University Press.

PINTO, M. (2007). *El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. En Abramovich, V.; Bovino, A. y Courtis, C. (compiladores), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década* (pp. 119-152). Buenos Aires: Editores del Puerto.

RAMÓN MICHEL, A., & ARIZA, S. (2018). *La legalidad del aborto en la Argentina*. Serie Documentos.

RAMÓN MICHEL, A., & BERGALLO, P. (2018). *La reproducción en cuestión: Investigaciones y argumentos jurídicos sobre el aborto* (Vol. 1). Buenos Aires: Eudeba.

SHELTON, D. L. (2008). *Soft Law*. En D. Armstrong, *Routledge Handbook of International Law* (pp. 68-80). Londres: Routledge Press.

STOFFELS, R. A. (2015). *The “effectiveness” of CEDAW Committee Decisions: Ángela González Carreño v. Spain*. *Spaniash Yearbook of International Law*, volumen 365, pp. 365-372.

STOFFELS, R. A. (2019). *Reflexiones en torno a las ONG: actores y dinamizadores de las Relaciones Internacionales y el Derecho Internacional. Las ONG y la protección internacional de los derechos humanos*. En M. Rocha Herrera, M. C. Quesada-Alcalá, & M. Ureña-Sánchez, *Actores internacionales contemporáneos. Normatividad y poder en las relaciones internacionales* (pp. 277-300). Valencia: Tirant Lo Blanch.

VILLÁN DURÁN, C. (2016). *Manual sobre el sistema universal de protección de los derechos humanos*. San José: Universidad para la Paz.

**ACERCA DE LA (NO) ADOPCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE
DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL
SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

Gonzalo G. Carranza¹

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 22 de noviembre de 2022.

Resumen

La gestación por sustitución constituye una práctica cada vez más extendida en el mundo sobre la cual no hay consenso jurídico ni social. Uno de los principales problemas es la determinación de la filiación y los efectos que tal declaración tiene en los/las menores nacidos/as, sobre todo cuando fueron concebidos en un determinado Estado y se plantea su reconocimiento en otro.

Este artículo estudia la gestación por sustitución desde el punto de vista jurisprudencial. Presenta, en primer lugar, la principal doctrina que surge de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. Analiza, luego, el intrincado panorama legal existente en España y los pronunciamientos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, para evaluar si se ha producido (o no) una adopción de los estándares europeos en este país.

Palabras clave: Gestación por sustitución - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Tribunal Supremo de España; interés superior del niño - Derecho a la vida privada y familiar

¹ Investigador postdoctoral en Derecho constitucional del Departamento de Derecho Público del Estado (Universidad Carlos III de Madrid) e Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ, Universidad Blas Pascal). Correo electrónico: gonzalogabriel.carranza@uc3m.es / gonzalocarranza@ubp.edu.ar.

Este artículo forma parte del Proyecto de Investigación UBP “Dilemas jurídicos en torno a la gestación subrogada” (143-20210221-97), cuyos IP son los Profs. Dres. Claudia E. Zalazar y Gonzalo G. Carranza; además, de la Memoria de actividades del Subsidio César Milstein obtenido por el autor en el marco del Programa Raíces del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación del Gobierno de la República Argentina.

Title: ON THE (NON) ADOPTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DOCTRINE IN THE JURISPRUDENCE OF THE SPANISH SUPREME COURT ON GESTATIONAL SURROGACY.

Abstract

Surrogacy is an increasingly widespread practice in the world on which there is no legal or social consensus. One of the main problems is the determination of parentage and the effects that such a declaration has on the children born, especially when they were conceived in one state and recognition is sought in another.

This article studies surrogacy from a jurisprudential point of view. First, it presents the main doctrine emerging from the rulings of the European Court of Human Rights in relation to surrogacy. Then, it analyses the intricate legal landscape in Spain and the pronouncements of the Civil Chamber of the Supreme Court to assess whether there has been an adoption of European standards in Spain.

Keywords: Surrogacy - European Court of Human Rights - Spanish Supreme Court - best interests of the child - right to private and family life

I. Introducción

La gestación por sustitución constituye una práctica cada vez más extendida en nuestras sociedades que pone en jaque tanto la regulación interna como el reconocimiento que se produce en un determinado Estado de los efectos de este tipo de gestación realizada en el extranjero.

En este artículo se presentará, en primer lugar, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que surge de distintos casos de gestación por sustitución resueltos desde el año 2014. Tras este somero repaso por los asuntos y la doctrina que de ellos surge, se presentará de forma sintética el panorama legal existente en España para analizar, luego, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, primero en relación con la saga de 2014-2015 y, luego, en lo atinente a la reciente sentencia de febrero de 2022. Dicho

análisis perseguirá, en último término, evaluar si se ha producido (o no) una adopción de la doctrina que surge de Estrasburgo y, en su caso, tratar de advertir cuáles son los argumentos que llevan dicha doctrina en el ámbito nacional.

II. Una somera aproximación a un problema jurídico de difícil solución

Ante un escenario de profundos cambios en materia de relaciones familiares, nos encontramos cada vez con más y más situaciones que llevan a límites insospechados nuestra capacidad de asombro; situaciones que desafían, además, numerosos paradigmas o dogmas de lo que tradicionalmente se ha entendido por “familia”. Estos cambios nos interpelan y problematizan las ópticas de análisis.

En el ámbito jurídico surgen nuevas preguntas sobre la regulación que han de tener estas nuevas realidades, una de las cuales es la gestación por sustitución, fenómeno sin lugar a duda complejo, lleno de aristas y polos jurídico-obligacionales por atender (y que resolver)². Pero antes de continuar adentrándonos en el asunto, como se ha dicho, complejo, resulta preciso optar por una definición que ayude a poner sobre la mesa los distintos elementos que lo configuran. Así, la gestación por sustitución *“es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”* (LAMM, 2013: p. 24).

Opto, en consecuencia y, en primer lugar, por un término identificativo del fenómeno, desde mi humilde punto de vista, neutral. No desconozco la existencia de otros utilizados a menudo por la doctrina, según la posición filosófica adoptada por el/la autor/a, tales como maternidad subrogada, subrogación uterina, alquiler de útero, madres suplentes, gestación para otros/as, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada,

² Algunas de las preguntas que han surgido a nivel social en esta materia, sobre todo en el entorno español, se encuentran bien sistematizadas en MATIA PORTILLA (2019: 86-89).

maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, entre otros.

En segundo lugar, entiendo que la definición por la que se opta identifica adecuadamente las diversas partes que integran el fenómeno jurídico (persona gestante, persona/s comitente/s, persona nacida), a la vez que trata a la gestación por sustitución como una técnica de reproducción humana asistida, posición que comparto plenamente. El único agregado que me gustaría realizar, y que responde en plenitud a mi particular forma de ver el asunto, es que entiendo más adecuado llamar a la/s persona/s comitente/s, padre/s o madre/s intencional/es, ya que lo que subyace en su decisión es una clara voluntad procreacional, aporte/n o no gameto/s para la formación del embrión. No creo que la autora de la definición elegida en este trabajo esté en desacuerdo con mi posición, sobre todo a la vista de un trabajo suyo prácticamente coetáneo a aquel del que se toma la definición (LAMM, p. 2012).

Hecha la salvedad del término y su definición, resulta trascendental dejar sentado que este artículo no pretende revisar o visitar la literatura de la materia para tratar de aportar elementos al debate, sino que tiene simplemente por objeto analizar las resoluciones del Tribunal Supremo de España, a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

III. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha dictado diversos pronunciamientos relativos a la gestación por sustitución. El gran foco de atención de estos pronunciamientos ha sido la inscripción de el/los de la/s niño/a/s nacido/a/s por esta técnica de reproducción humana asistida y los consecuentes derechos atinentes a su vínculo como hijo/a/s y ciudadanos/as del Estado en cuestión. Sin embargo, como inmediatamente se verá, podría resultar un tanto simplista decir que este ha sido el único asunto estudiado por el TEDH, dada la casuística que impera en la materia y los matices que de ella deriva. Es que, como es sabido, “su labor de protección de los derechos humanos [la del TEDH] es necesariamente casuística, y sus fallos están muy condicionados por las

circunstancias concretas de los asuntos objeto de su conocimiento” (HERNÁNDEZ LLINÁS, 2020: p.196).

A continuación, se presentarán cronológicamente algunos de estos pronunciamientos, los más significativo desde mi humilde punto de vista, con una mención sucinta de la situación fáctica y de la doctrina del Tribunal y con referencias a otros estudios que los han analizado con mayor profundidad, por si fuera de interés para el/la lector/a.

i. 2014: STEDH *Mennesson c. Francia*

El primer caso que inicia la saga es la STEDH *Mennesson c. Francia*, de 27/06/2014³. En este asunto un matrimonio heterosexual de origen francés decide acudir a California, tras varios intentos fallidos de fertilización *in vitro*, y realizar allí una gestación por sustitución con aportación de gameto masculino y óvulo donado. Se suscribe un contrato de gestación por sustitución (plenamente válido en aquel Estado de Norteamérica) y, tras el nacimiento, se determina por sentencia judicial la paternidad genética y la maternidad legal de las dos niñas nacidas. El padre acude al Consulado francés, que deniega otorgar el pasaporte a las niñas, al entender que, si bien quedaba acreditado por sentencia su vínculo genético, no ocurría lo mismo respecto de la madre, que no había dado a luz a las niñas.

En el interín se llevan a cabo diversas investigaciones, se interpone el caso ante los tribunales franceses, llegando en última instancia ante el TEDH, al entender los demandantes que no pueden obtener de Francia el reconocimiento de la filiación establecida legalmente en el extranjero, situación que atenta contra el interés superior del niño. Denuncian, en consecuencia, violación del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en particular el respeto a la vida privada y familiar.

³ Al respecto, pueden consultarse, entre otros, LAMM (2013: 120-123), LAMM Y RUBAJA (2016), FLORES RODRÍGUEZ (2014), DURÁN AYAGO (2014), GARCÍA SAN JOSÉ (2018: pp. 109-111), HERNÁNDEZ LLINÁS (2020: pp. 187-191).

En primer lugar, el TEDH evalúa la presunta violación de la vida familiar. Al respecto, entiende que el hecho de que los tribunales franceses no hayan reconocido el vínculo filial no ha impedido que estos puedan vivir en familia; es más, no se ha acreditado en los procesos judiciales previos que los solicitantes hayan tenido que pasar dificultades prácticas que les hayan impedido disfrutar de una condición familiar equivalente a la de cualquier otra familia francesa. A expensas del Tribunal Europeo, el Estado, con decisiones como estas, ha hecho uso válido del margen de apreciación nacional que ha de respetarse. En consecuencia, rechaza esta pretensión de los demandantes (apartado 94).

Respecto de la segunda violación aludida, la de la vida privada, el TEDH recuerda, en el apartado 86 de la sentencia, que “el respeto a la vida privada exige que toda persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, lo que incluye su filiación”. Frente a esta afirmación, entiende que las niñas se encuentran en un estado de “inseguridad jurídica” ya que los tribunales franceses, si bien reconocen la legalidad de la decisión judicial californiana, niegan sus efectos jurídicos en el Estado francés, desconociendo en consecuencia la nacionalidad de las niñas.

El TEDH no desconoce que Francia, con este tipo de actuaciones, “desea disuadir a sus nacionales de recurrir en el extranjero a un método de procreación prohibido en su territorio”. Sin embargo, señala el TEDH, “de lo anterior se desprende que los efectos del no reconocimiento en el Derecho francés de la relación paternofilial entre los hijos así concebidos y los padres de intención no se limitan a la situación de estos últimos (...): también conciernen a las propias niñas” (apartado 99). Es que una importante parte de su identidad, el reconocimiento de su parentesco y la consecuente nacionalidad reconocida por el Estado se ve afectada. Así, primando el interés superior del niño, el Tribunal entendió, finalmente, que sí existió una violación de la vida privada reconocida en el art. 8 CEDH.

Respecto del análisis que se realiza en esta sentencia y, como a continuación se verá, de las demás, resulta trascendente recalcar el papel del TEDH como órgano jurisdiccional internacional. Así, por un lado, el TEDH

debe asegurar la protección efectiva y real (no ilusoria) del CEDH, “tomando en consideración las condiciones de vida actuales y nuevos modos en los que el disfrute de dichos derechos puede ser impedido, aun cuando no estuvieran previstos originariamente (interpretación teleológica o províctima)”. Por otro, el TEDH ha de respetar la identidad de los casi cincuenta Estados que forman parte del Convenio, “en particular estando en juego cuestiones moralmente sensibles respecto de las cuales aún no existe un consenso europeo” (GARCÍA SAN JOSÉ, 2018: p. 108).

Este doble tipo de control se realiza en este pronunciamiento y en muchos de los demás. El TEDH no solo evalúa la adecuación de las actuaciones al marco del Convenio: sopesa también las decisiones nacionales bajo el prisma del margen de apreciación nacional.

ii. 2014: STEDH *Labassee c. Francia*

La saga en materia de gestación por sustitución a nivel del Convenio continúa con la STEDH *Labassee c. Francia*, de 26/06/2014 (se resuelve, como se aprecia, el mismo día que el primer caso)⁴. Aquí nos encontramos, también, ante un matrimonio heterosexual que lleva a cabo este tipo de gestación en Minnesota (Estados Unidos), naciendo una niña que no es reconocida por Francia. En esta ocasión, al igual que en *Mennesson*, se emplea material genético del padre y un óvulo donado.

La demanda apuntaba prácticamente en los mismos términos que el caso anterior: vulneración del art. 8 CEDH, en particular, violación de la vida familiar y de la vida privada. El TEDH realiza idéntica aproximación y llega a similar conclusión: no aprecia vulneración de la vida familiar, aunque sí de la privada de la niña.

iii. 2016: STEDH *Foulon y Bouvet c. Francia*

⁴ *Vid.*, entre otros, LAMM Y RUBAJA (2016), DURÁN AYAGO (2014), GARCÍA SAN JOSÉ (2018: 109-111), HERNÁNDEZ LLINÁS (2020: 187-191).

La STEDH *Foulon y Bouvet c. Francia*, de 21/07/2016⁵, continúa el recorrido jurisprudencial. Las gestaciones por sustitución de estos casos acumulados tuvieron lugar en la India, donde el consulado francés denegó, una vez más, la inscripción de las personas nacidas por esta técnica. Los solicitantes, que aportaron material genético, entendieron que han sido víctimas de una situación similar a la de Mennesson y Labassee, por lo que consideraron en consecuencia la vulneración del art. 8 CEDH en lo respectivo a la vida privada y familiar.

En lo que podría sin problema identificarse como una sentencia corta, de simple aplicación de jurisprudencia, el TEDH reconoce la violación del Estado francés de la vida privada de las personas nacidas por gestación por sustitución, pero no (una vez más) de la vida familiar.

Hasta aquí, una serie de notas comunes: todos los casos presentan a Francia como demandada; se trata de parejas heterosexuales; y hay aportación de material genético de uno de los demandantes. En cuanto a la labor interpretativa llevada a cabo por el TEDH, GARCÍA SAN JOSÉ explica que “[p]ara constatar la proporcionalidad de la injerencia, el TEDH sopesa una serie de circunstancias en cada caso que conoce, a fin de reconocer un mayor o menor margen de apreciación a los Estados, estableciendo el siguiente silogismo: cuando un amplio margen de apreciación debe ser reconocido a los Estados, el TEDH debe mostrar una autolimitación judicial no pretendiendo sustituir a las autoridades nacionales en la valoración de las medidas adoptadas en una sociedad democrática para alcanzar el fin legítimo perseguido” (2018: p. 110). Pero, *contrario sensu*, “cuando a la luz de los factores relevantes del caso el TEDH entiende que debe reconocer un margen de apreciación nacional reducido, la conclusión es, al contrario: procede a mostrar un activismo judicial províctima de la injerencia en el ejercicio de los derechos reconocidos, de manera que solo razones particularmente relevantes serán suficientes para justificar la compatibilidad de la injerencia con las obligaciones derivadas del Convenio”.

⁵ Al respecto, pueden consultarse, entre otros, GARCÍA SAN JOSÉ (2018: 111-112), OCHOA RUIZ (2019: 182-183).

iv. 2017: STEDH *Laborie c. Francia*

En la STEDH *Laborie c. Francia*, de 19/01/2017, el TEDH continúa su línea jurisprudencial en materia de gestación por sustitución. Se trata de un caso cuyo inicio tuvo lugar en Karhov, Ucrania, con posterior desconocimiento consular del vínculo filiatorio de las personas nacidas. Como en los anteriores asuntos, se aduce vulneración del art. 8 CEDH (vida privada y familiar).

Recurriendo nuevamente al “copia y pega”, el TEDH trae a colación la doctrina del precedente y entiende que “no puede concluir de otra manera” (apartado 30). En consecuencia, reconoce violación de la vida privada de los niños nacidos por gestación por sustitución, pero no de la vida familiar, a la luz del art. 8 CEDH.

Me permito advertir que no he incluido este caso junto a los anteriores, ya que de las circunstancias fácticas de la sentencia no se deducen datos relativos al material genético aportado. Se indica, solamente, que “[l]os certificados de nacimiento emitidos el 30 de noviembre de 2010 por las autoridades ucranianas indican que el primer solicitante es su madre y que el segundo solicitante es su padre” (apartado 6).

v. 2017: STEDH *Paradiso y Campanelli c. Italia*

Unos días más tarde se dicta la STEDH *Paradiso y Campanelli c. Italia*, de 24/01/2017⁶. El caso guarda origen en Rusia, donde nació una persona por gestación subrogada (consecuencia de la unión de gametos donados) y continúa en Italia. Los padres intencionales quisieron inscribir al niño nacido en su país de residencia y recibieron el rechazo de las autoridades, al entender que se trataba de una situación prohibida por el Derecho italiano. Como consecuencia del rechazo de las autoridades, se puso al menor a disposición de los servicios sociales, al considerarlo en estado de abandono

⁶ Al respecto pueden consultarse, entre otros, FARNÓS AMORÓS (2017), DÍAZ CREGO (2017), GARCÍA SAN JOSÉ (2018), RUIZ MARTÍN (2019).

y fue posteriormente entregado en acogida, con destino a adopción, a una nueva familia, con la que permaneció desde su entrega.

Los padres intencionales, que no aportaron material genético (aspecto de relieve en comparación con los anteriores casos analizados) interpusieron los distintos procesos judiciales y llegaron al TEDH, aduciendo violación del art. 8 CEDH. Sin embargo, el Tribunal entendió que la argumentación vertida no apuntaba al mismo objetivo que en los casos precedentes: en este, lo que se pretendía era evaluar si las medidas adoptadas por las autoridades italianas que derivaron en la separación del niño de los padres intencionales vulneraban o no el Convenio.

Este caso presenta otra particularidad en relación con los anteriores. El TEDH (Gran Sala) entendió que no hubo vulneración de la vida familiar precisamente porque no existió “*familia*” en sentido estricto: no había vínculo genético, la duración de la relación no había sido duradera y el vínculo, a nivel general, presentaba altos rasgos de incertidumbre. A su parecer, la relación de paternidad aludida por los comitentes (que, el TEDH insiste constantemente, no era genética) era débil y había merecido la consideración de ilegal por las autoridades italianas. Es que “[p]ara el TEDH el mero hecho que los comitentes estuvieran desde el inicio en Rusia, no era una razón de peso para entender que se había formado dicho vínculo” (RUIZ MARTÍN 2019: 785). Esta misma autora sistematiza dos cuestiones relacionadas con la determinación de la existencia del vínculo familiar que surge de la doctrina del Tribunal en este caso (p. 786-787): la duración del vínculo es trascendental, aunque no se decanta el TEDH porque necesariamente tenga que existir un tiempo predeterminado por ley; y, la valoración del vínculo no ha de realizarse de conformidad a la relación emocional, sino de acuerdo con la duración y calidad de la misma (este último ítem se sopesa atendiendo, por ejemplo, el cuidado brindado al/ a la menor).

Pero en relación con la vida privada, el Tribunal entiende que sí hubo una vulneración, pero no de la vida del niño, sino de la vida de los padres. Argumenta el TEDH de la siguiente manera: “En el presente caso, el Tribunal observa que los demandantes tenían una intención genuina de convertirse en

padres, inicialmente mediante intentos de concebir mediante fertilización in vitro, luego mediante la solicitud y obtención de la aprobación formal para adoptar y, por último, recurriendo a la donación de óvulos y el uso de una madre sustituta. Una parte importante de sus vidas se centró en realizar su plan de convertirse en padres, para poder amar y criar a un hijo. En consecuencia, lo que está en juego es el derecho al respeto de la decisión de los demandantes de convertirse en padres (...), y el desarrollo personal de los demandantes a través del papel de padres que deseaban asumir frente al niño” (apartado 163). El Tribunal consideró, en definitiva, que las decisiones adoptadas por las autoridades italianas vulneraron la vida privada de los demandantes (apartado 165).

vi. 2019: SSTEDH C. y E. c. Francia y D. c. Francia

Unos años más tarde se dictaron las SSTEDH C. y E. c. Francia, de 19/11/2019 y D. c. Francia, de 16/07/2020⁷. En estos casos nos enfrentamos al problema de que las autoridades francesas denegaron la inscripción en el Registro de los datos un niño nacido por gestación por sustitución en el extranjero. En el primer asunto acumulado había aportación genética del padre, pero no de la madre; en el segundo, había aportación de material genético de la madre intencional.

En el primer asunto el TEDH declaró la inadmisibilidad de las solicitudes por considerarlas manifiestamente infundadas y reconoció que el propio Estado brindaba la posibilidad a las madres intencionales no genéticas a ser reconocidas como madres mediante la adopción del hijo del otro cónyuge.

En el segundo asunto entendió que Francia no sobrepasó el margen de apreciación nacional y no hubo violación consecuente del art. 8 CEDH en lo atinente a la vida privada del menor. Básicamente, entendió que la existencia de un vínculo genético no exige del Estado la necesaria traslación

⁷ Al respecto, se recomienda consultar FARNÓS AMORÓS (2022: pp. 40-42).

de los datos de un certificado de nacimiento expedido en el extranjero a su Registro civil. Por encima del vínculo genético se encuentra, para el Tribunal, el hecho de que la persona nazca del cuerpo de la mujer que aduce ser su madre.

vii. 2021: SSTEDH *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia y S.-H. c. Polonia*

En el año 2021, y dejando de mencionar algún otro caso menos relevante dictado en el interín, se dictaron dos sentencias. La primera, STEDH *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*, de 18/05/2021⁸. La segunda, STED S.-H.c. *Polonia*, de 16/11/2021. Analicemos sucintamente los dos asuntos.

El primero se refiere al no reconocimiento de una relación paterno filial de una pareja homosexual (que no aportó material genético) y un niño nacido en Estados Unidos como consecuencia de una gestación por sustitución. En este caso el Registro islandés denegó la solicitud de inscripción del niño por lo que, con carácter automático, se rechazó su carta de ciudadanía, considerándolo un ciudadano extranjero, a la vez que menor no acompañado.

En el caso el TEDH atendió, en primer lugar, si hubo o no vida familiar. Así, recuerda que, de acuerdo con su jurisprudencia, “Las disposiciones del artículo 8 [del CEDH] no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. El derecho al respeto de la ‘vida familiar’ no salvaguarda el mero deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia, o al menos la relación potencial entre, por ejemplo, un hijo nacido fuera del matrimonio y su padre natural, o la relación que surge de un matrimonio genuino, incluso si la vida familiar no ha sido aun plenamente establecida, o la relación entre un padre y su hijo legítimo aunque se demuestre, años después, que no ha tenido base biológica, o la relación que surge de una adopción lícita y genuina” (apartado 57). Para determinar si hubo o no vida familiar, el Tribunal pone sobre la mesa un dato de sumo interés: mientras se sustanciaban los procedimientos judiciales en Islandia, los padres por

⁸ Para profundizar, véase OCHOA RUIZ (2021) o FARNÓS AMORÓS (2022).

intención se divorciaron y uno de ellos continuó con la tramitación de la guarda del menor. A la luz de la doctrina de Paradiso y Campanelli, el TEDH entendió que en el caso sí había vida familiar, atendiendo la larga duración de la relación habida, la calidad de los vínculos ya formados y los estrechos lazos afectivos forjados por uno de los padres intencionales, aquel que continuó con la guarda del menor (apartado 62). Pero con independencia de la existencia de “vida familiar”, el TEDH entendió que no hubo injerencia alguna del Estado que supusiera vulneración del art. 8 CEDH. Por el contrario, “el Estado demandado tomó medidas para que la tercera parte demandante fuera acogida por la primera y segunda parte demandante, y parece que la adopción conjunta de la tercera parte demandante era una opción abierta para ellos hasta su divorcio. Tras su divorcio, el Estado demandado celebró un nuevo acuerdo de acogida con el primer solicitante, que se fijó con la condición de que el segundo solicitante siguiera disfrutando de la misma custodia sobre él. Por lo tanto, el Estado demandado tomó medidas para garantizar que los tres demandantes pudieran continuar llevando una vida familiar, a pesar del no reconocimiento de un vínculo parental y a pesar del divorcio de los demandantes primero y segundo. Si bien la Corte reconoce que el no reconocimiento ha afectado la vida familiar de los solicitantes, el disfrute de esa vida familiar también fue salvaguardado por la permanente adopción del régimen de acogimiento familiar, lo que debe considerarse como un alivio sustancial de la incertidumbre y angustia aducida por los solicitantes” (apartado 71).

En relación con la presunta violación de la vida privada, el TEDH entendió que, a la luz de la demanda, los recurrentes presentaron similares argumentos a los que dieron en la queja efectuada contra la injerencia del Estado en la vida familiar, por lo que descartó cualquier violación al respecto.

En relación con este asunto, se ha analizado recientemente la relevancia que tiene el vínculo genético en las gestaciones por sustitución transfronterizas. Al respecto, se ha dicho que este caso “constituye una oportunidad perdida para revertir una doctrina que (...) tiene unos efectos especialmente perversos en las mujeres dada la importancia tradicionalmente

atribuida a la regla *mater semper certa est*. En el caso, en lugar de destacar la existencia de vida familiar de facto y permitir que en determinados contextos este extremo pase por delante del dato genético, siempre en interés del menor, el TEDH refuerza implícitamente la línea jurisprudencial mantenida desde *Mennesson*. Así, siempre que exista vínculo genético entre al menos el padre de intención y el menor la GS transfronteriza puede desplegar efectos en el Estado de origen, por mucho que la práctica esté prohibida a nivel interno y sea contraria a la legislación nacional. Por el contrario, en ausencia de dicho vínculo, no reconocer legalmente la filiación es una decisión que cae dentro del margen de apreciación de cada Estado” (FARNÓS AMORÓS, 2022: 50).

El segundo caso de 2021, *S.-H. c. Polonia*, presenta como demandantes también a una pareja homosexual residente en Israel, ambos con ciudadanía israelí, pero uno de ellos, el Sr. S., también tiene ciudadanía polaca. Un detalle de color es que nunca vivió en aquel país. Ambos hombres celebraron un contrato de gestación subrogada en Estados Unidos, naciendo dos niños gestados con aportación de material genético del Sr. S. y óvulo donado. Los Tribunales californianos declararon padres (naturales, conjuntos e iguales) de los gemelos a los Sres. S. y H.

Con posterioridad al nacimiento los Sres. S. y H. se presentaron ante las autoridades polacas para solicitar la ciudadanía para sus hijos, teniendo en cuenta el vínculo genético existente con uno de los padres. Tal pretensión fue denegada por las autoridades, atendiendo que la gestación por sustitución no constituye práctica legal en Polonia y que, de conformidad con las leyes polacas, los niños eran hijos de quien los había dado a luz. Las autoridades polacas adujeron también que, de acuerdo con la presunción de paternidad de su legislación civil, el padre había de ser el esposo de la mujer gestante. Interpuestas las distintas reclamaciones administrativas y judiciales, llegaron finalmente al TEDH.

El TEDH evaluó si la negativa de las autoridades polacas, que afectó al reconocimiento del vínculo paternofilial y derivó en el desconocimiento de la ciudadanía polaca de los menores, supuso una vulneración de la vida privada de los demandantes, a la luz del art. 8 CEDH. Tras su análisis,

concluyó que no hubo tal injerencia, por cuanto los efectos negativos que tuvieron las decisiones de las autoridades polacas no sobrepasaron el umbral de gravedad para plantear una cuestión en virtud de tal precepto. Eso, sumado a que no demostraron ante las autoridades judiciales ni ante el TEDH que hayan existido circunstancias personales que supusieran un impacto severo, de notable entidad en sus vidas. Tampoco reconoció el Tribunal injerencia en la vida familiar por parte de Polonia: “dado que la familia de los solicitantes reside en Israel, la imposibilidad de obtener la confirmación de la adquisición de la ciudadanía polaca no les ha impedido disfrutar, en el país donde viven, de su derecho al respeto de su vida familiar. Los solicitantes y sus futuros padres tienen ciudadanía israelí y su relación legal está reconocida en Israel. No parece que el hecho de que los solicitantes no sean reconocidos como ciudadanos polacos tenga alguna relación con su vida familiar, por ejemplo, en caso de muerte o separación de sus futuros padres. Por lo tanto, cualquier riesgo potencial para su vida familiar debe considerarse en este caso particular como puramente especulativo e hipotético y solo podría materializarse si se establecieran en Polonia” (apartado 75).

viii. La doctrina del TEDH

De la jurisprudencia del TEDH surgen, entonces, varias notas distintivas. Como se ha visto, la atención primordial viene dada por el respeto de la vida privada, con foco en la atención de los niños nacidos por esta técnica de reproducción humana asistida. El Tribunal, partiendo del interés superior del niño, reconoce que la vida privada del art. 8 CEDH incluye el derecho a su identidad. A su vez, este derecho a la vida privada, por conexión de la identidad, supone que los Estados deban inscribir a los/las niños/as nacidos por gestación por sustitución, incluso cuando ello contraviene el marco normativo interno. Esta doctrina se aprecia en particular en los primeros casos, aunque hay una irrupción en *S.-H. c. Polonia*, justificada, si se quiere, en la inexistencia de un vínculo de residencia de los padres intencionales y en la constatación de que los niños disponen de otras nacionalidades (dos en su

caso: israelita y norteamericana), por lo que la decisión nacional no supondría una afectación relevante.

El TEDH realiza, además, varias alusiones a la vida familiar, definiendo algunos contornos específicos que llevan a identificar qué se entiende por tal concepto a la luz del Convenio. Prima, en este sentido, y como se ha visto en los distintos casos, la relación duradera y de calidad antes que el propio vínculo biológico.

Se ha visto lo complejo que resulta para el TEDH el análisis de los casos en los que ningún padre/madre por intención comparte material genético con el/la/los/las niño/a/s nacido/a/s por gestación por sustitución. Se trata de asuntos complejos, de los que no es posible extraer aún una respuesta única del TEDH. No dudo que se planteen más casos de este tipo y que pronto podamos hablar de doctrina en el asunto.

A nivel general, el TEDH espera de los demandantes un acto consciente de argumentación que ha de ser sostenido en todas las presentaciones hasta llegar a Estrasburgo en relación con la violación de la vida privada, por un lado, y de la vida familiar, por otro. No entra al análisis de ambos ámbitos de la vida amparados por el art. 8 CEDH si no se realiza una exposición contundente de la violación advertida, a lo que han de sumarse evidencias lógicas que lleven a su estudio particular.

Si bien en la jurisprudencia del TEDH se advierte claramente la atención brindada a el/lo/s la/s padre/s y/o madre/s por intención y a los/las niños/as nacidos por gestación por sustitución, no se advierte un análisis serio y profundo de la posición adoptada en este fenómeno jurídico por la mujer gestante. Esta, quizá, (y coincidiendo con OCHOA RUIZ, 2019: p. 190) es una de las deudas de la jurisprudencia, que debería ser atendida por el Tribunal.

Tampoco se advierte en la jurisprudencia del TEDH un análisis de la gestación por sustitución como una técnica ligada al comercio ni una atención específica en la dignidad de la mujer gestante.

ix. ¿Ha de aplicarse esta doctrina en España?

El art. 10.2 de la Constitución española resulta contundente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Como bien ha señalado GARCÍA SAN JOSÉ (2018: p. 107), siguiendo a CARRILLO SALCEDO (2003: 63), “[l]a jurisprudencia del TEDH relativa a los derechos reconocidos en el art. 8 del CEDH a particulares en el contexto de la gestación por sustitución hasta la fecha no ha afectado directamente a España —no le alcanza el efecto de *res iudicata inter partes*—, pero sí le concierne de manera indirecta, en cuanto queda sometida al efecto de *res interpretata erga omnes de la ratio decidendi* de las mismas”. Veamos, a continuación, los casos más relevantes habidos en España, para advertir si la doctrina del TEDH ha permeado, o no, en las decisiones internas.

IV. La gestación por sustitución en España

i. A modo de exposición (más que) sintética del marco jurídico básico de la gestación por sustitución en España

En España, la gestación por sustitución se encuentra prohibida. Así lo señala el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que prescribe:

“Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

En definitiva, lo que prima es el aforismo *mater semper certa est*. Pero no solo esto: el Código Penal tipifica varios delitos “que guardan una evidente conexión con la gestación subrogada, como son las de ocultar o entregar ‘a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación’ (artículo 220.2 del Código Penal, CP en adelante) o, mediando compensación económica, entregar ‘a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación’ (artículo 221.1 CP), y ello con independencia de que la entrega del bebe se produzca en el extranjero (artículo 221.2 CP)” (MATIA PORTILLA, 2019: p. 84).

Pero con independencia de estas prohibiciones, que rigen, por así decirlo, el ámbito interno, lo cierto es que la práctica se sigue produciendo en el exterior, con efectos en el país, por la solicitud de numerosos padres y madres por intención de registrar a sus hijos como españoles. Esto, en palabras de MATIA PORTILLA (2019: p. 84), supone un “divorcio entre la regulación normativa del fenómeno y la realidad social” que, como se verá, no pasa desapercibido por el Tribunal Supremo español (TS).

El problema al que se han enfrentado quienes realizan gestación por sustitución en el extranjero es en algún sentido similar al que se advirtió en los casos franceses: la negativa consular de registrar a los/las niños/as, por considerar que la práctica es contraria a la legalidad interna. Al respecto, como consecuencia del caso que se verá a continuación —que llegó al TS—, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que permite la inscripción de los/las niños/as nacidos/as en el extranjero por gestación por sustitución siempre que se den una serie de requisitos que resume DE LA PEÑA PITA (2020: p. 120): presentar una resolución judicial del país en el que se produjo la gestación por sustitución que reconozca el vínculo paterno-filial; la resolución debe sujetarse a reconocimiento en España de acuerdo con el *exequátur*, salvo que concurran dos excepciones, bien que resulte de aplicación un tratado internacional que excluya la necesidad de *exequátur*, bien que el

procedimiento judicial seguido en el extranjero sea análogo a los procesos españoles de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso el Encargado del Registro Civil debe llevar a cabo un control incidental respecto de dicha resolución.

Pero unos años más tarde, el 14 de febrero 2019 para ser preciso, se dictó otra Instrucción que derogaba la de 2010 y amoldaba el asunto a la doctrina del TS que se verá. Sin embargo, “con una celeridad verdaderamente sorprendente, tan pronto como dicha Instrucción trascendió a los medios de comunicación, se dictó una nueva Instrucción de 18 de febrero de 2019, dejando sin efecto la precedente y retomando el régimen establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010” (DE LA PEÑA PITA, 2020: p. 121).

No he de dejar de mencionar que estas Instrucciones se valieron, por parte de la doctrina, de cierta crítica, al entender que constituyen una alteración del sistema de fuentes, permitiéndose, a expensas de LASARTE, por una simple Instrucción aquello que no está permitido por ley. Así, “[t]al catálogo de buenas intenciones no puede ocultar la realidad: la Instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando, pues, en realidad, pretende que cuanto la Ley excluye sea admisible por vía reglamentaria, resolviendo, aunque solo sea aparentemente, problemas que no deben ser objeto de ‘ocurrencias ministeriales de urgencia’” (LASARTE, 2012).

ii. La saga del Supremo

El Tribunal Supremo de España, en particular la Sala de lo Civil, comenzó a tratar el asunto de la gestación por sustitución en el año 2014 mediante una Sentencia de 6 de febrero y, luego, con un Auto dictado a poco menos de cumplirse el año del primer pronunciamiento (2 de febrero de 2015). Lo importante es que estos dos casos, los primeros que llegan al TS, tienen como protagonistas a los mismos actores, primero en casación y, luego, en incidente de nulidad de actuaciones.

El caso comenzó, como algunos de los demás casos que se han visto, en California. Una pareja homosexual de españoles casados solicita en el año 2005 al Registro consular de Los Ángeles la inscripción de sus dos hijos

nacidos por gestación por sustitución. La inscripción se deniega, alegando la ilegalidad a efectos internos de la práctica, vulneradora del art. 10 LTRHA. Se interpone recurso ante la DGRN que resulta finalmente estimatoria (la fecha de la resolución fue 18 de febrero de 2009).

La decisión de la DGRN fue impugnada por el Ministerio Fiscal con razón de posible vulneración del orden público español. El caso llega a los juzgados de Valencia, donde se estima la impugnación. Se apela a la Audiencia Provincial de Valencia, que desestima el recurso de apelación y así se llega al Supremo en casación.

La Sala de lo Civil del TS “aborda la cuestión desde la perspectiva del reconocimiento de resoluciones extranjeras” (DE LA PEÑA PITA, 2020: p. 114). Es decir, centra su atención en aspectos que hacen más al procedimiento seguido que al fondo del asunto. Pero a partir de esta estrategia trae a colación cuáles son los valores, normas y principios que constituyen orden público internacional en el ámbito del Derecho de familia, en particular en lo atinente a las relaciones paternofiliales. Por vía del proceso incorpora, entonces, el fondo. Así, entiende que estas relaciones “tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I [CE] dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39)” (FD 3º 5). A este elenco se suman otros: “la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución). Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social

(art. 10.1 de la Constitución)”⁹. Todos estos preceptos actúan como límites, como fronteras infranqueables cuando se quieren reconocer decisiones extranjeras en España. Estos límites son los que amparan la previsión del art. 10 LTRHA. Por lo tanto, el reconocimiento judicial de una decisión relativa a gestación por sustitución no tendría cabida en este país.

Pero de la sentencia surgen otros aspectos de relieve, ya sí más centrados (directamente) en el fondo. Los recurrentes alegan que el interés superior del niño quedaría conculcado por la decisión adoptada por las autoridades españolas de no inscribir a sus hijos. El TS, frente a esto, entiende, en primer lugar, que tal interés constituye un “concepto jurídico indeterminado” “esencialmente controvertido”, al ser una cláusula que expresa un criterio normativo “sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio” (FD 4º 3). El TS entiende, en el caso, que no hay vulneración de tal interés, por cuanto su interpretación “ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma” (FD 4º 6). En definitiva, el TS tira por la borda este argumento de los recurrentes, al entender que, si bien el no reconocimiento registral podría suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, también lo es que “el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor” (FD 4º 8).

Lo del interés del menor se une al criterio que, como se verá, se mantiene como constante en la jurisprudencia del TS: el Tribunal teme que esta técnica lleve a la mercantilización de los menores y de las mujeres gestantes. En el caso de los menores, señala el TS que tal mercantilización “supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta

⁹ Ídem.

contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil” (FD 5º 8).

Un punto que conecta este pronunciamiento con los anteriores analizados, dictados por el TEDH, es que el TS evalúa la posible afectación del art. 8 CEDH. Pero despeja el panorama aplicando la STEDH *Wagner y otro c. Luxemburgo*, de 28/06/2007. Así, señala que “[l]a denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican [de acuerdo con tal STEDH]: (i) está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.

Finalmente, el TS, rechazando el recurso de casación, señala que su pronunciamiento tendrá efecto sobre los menores, que pueden quedar desprotegidos. Por ello, encomienda al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y su consecuente protección. En tal ejercicio el Ministerio habrá de tomar en consideración -señala el TS- la efectiva integración de los niños en un núcleo familiar *de facto*, esto es, el que mantienen con sus dos padres.

Tras esta Sentencia se dicta un año más tarde el Auto que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones, en el que los recurrentes insisten en su pedido trayendo a colación las sentencias ya dictadas por el TEDH al momento de interponer el incidente, en particular, *Labassee c. Francia* y *Mennesson c. Francia*, de 26/06/2014 y *Paradiso y Campanelli c. Italia*, de 27/01/2015. El TS finalmente lo desestima.

Con independencia de los resultados, no hay que dejar de pasar por alto que tanto la Sentencia como el Auto cuentan con votos particulares de cuatro magistrados que sí se decantan por estimar el recurso y el incidente. Entienden, en el caso de la Sentencia, que no hay vulneración del orden público español y que el interés superior del niño es particularmente desatendido (siendo, además, gravemente afectado). En el caso del Auto, los magistrados discrepantes tienen en cuenta el contenido del asunto y las resoluciones ya dictadas por el TEDH y concluyen que las diferencias que hay entre este caso y los demás sentenciados por Estrasburgo *“no justifican un tratamiento distinto”* (punto II). Esto, por tres razones. La primera, que todos los casos parten de la prohibición de la gestación por sustitución; pero frente a tal prohibición el niño que nace no puede verse perjudicado en aspectos trascendentales de su vida como son su identidad o ciudadanía. La segunda, que la decisión dada por la STS no se ha operativizado hasta el momento. Ello lleva, naturalmente, a una *“incertidumbre inquietante”* que afecta a los menores y a los padres. La tercera, que se ha constatado la regularidad del proceso de gestación por sustitución realizado en el país en el que tuvo lugar.

Si bien no desatienden las diferencias entre el caso que enjuician y los resueltos por el TEDH, entienden, finalmente, que *“la solución alcanzada por la mayoría no ha realizado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que tome en consideración primordial no solo el interés superior de los menores, que fundamenta en lo sustancial las resoluciones del TEDH, sino la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se dé respuesta a su solicitud de inscripción, y, en definitiva, el modelo de protección que resulta de todas ellas desde la óptica actual de los derechos humanos y de una legislación desbordada por una realidad que deja sin contenido las estructuras lógicas y formales del derecho, con el grave efecto de retrasar una filiación que podía haber sido ya fijada definitivamente y sin inconveniente alguno para nuestro ordenamiento jurídico que, de una forma o de otra, lo está admitiendo a través de vías verdaderamente singulares como son las circulares o las instrucciones de la Dirección General*

de los Registros y del Notariado que han terminado por convertir la excepción de orden público en una cuestión meramente formal” (punto III)

iii. La STS 1153/2022, de 17 de febrero

Recientemente se ha dictado un nuevo pronunciamiento de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el que se analiza nuevamente la gestación por sustitución, con una solución relativamente similar a la que concluyó el TS en la saga recién analizada. Se trata de la STS 1153/2022, de 31 de marzo.

Nos enfrentamos a un caso en el que no se solicita la inscripción del menor, nacido en este caso en México, sino el reconocimiento del vínculo materno de su madre por intención. Pero quien solicita tal reconocimiento no es la madre en sí, sino el padre de la madre (o abuelo del menor nacido). Veamos algunos detalles más del caso. La mujer realiza la gestación por sustitución en México sin aportar material genético ni ella ni la mujer gestante (en consecuencia, el embrión se formó por gametos donados). El niño que nació fue inscrito en México, constando la madre por intención como madre legal, sin mención de otro progenitor. El Registro civil central español deniega la inscripción, pero indica que puede solicitarla fuera del plazo previsto tras haber obtenido reconocimiento judicial o por haber adoptado al menor. En definitiva: el menor tiene nacionalidad mexicana y los apellidos de su madre por intención.

El *íter* sigue en España, donde el padre de la madre por intención interpone demanda judicial de determinación de la filiación materna de esta señora, identificada como Aurelia, por posesión de estado que es rechazada en primera instancia (juzgados de Madrid). El recurso de apelación es estimado en la Audiencia Provincial de Madrid, que declara el vínculo maternofilial, al entender que prima el interés superior del niño y que ha existido una relación de facto asimilable a la filiación. El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación, que es resuelto por esta STS, en el que denuncia infracción del último inciso del art. 131 CC en relación con el art. 10 LTRHA.

Básicamente, el Ministerio Fiscal alega que la sentencia recurrida “determina una filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio y en contra del artículo 10 LTRHA y del art. 131 del Código Civil, pues el apartado segundo de este último precepto legal excluye de la declaración de la filiación manifestada por la constante posesión de estado el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada, en este caso por el apartado segundo del artículo 10 LTRHA” (FD 2º 2). Esta interpretación -entiende el Ministerio Fiscal- sería contraria a la doctrina del Supremo ya sentada en la saga analizada. Asimismo, señala que ha de rechazarse la vulneración del interés superior del niño en el asunto y que ha de tomarse en consideración como bienes jurídicos afectados el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor.

La estimación del recurso por parte del TS se basa en dos argumentos principales. El primero, que la gestación por sustitución comercial, como sería la del caso, vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y los convenios internacionales sobre Derechos Humanos. En particular, vulnera el art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que procura actuaciones estatales destinadas a impedir el secuestro, venta o trata de niños para cualquier fin o de cualquier forma. Para tomar en consideración este argumento el TS trae a colación el “Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”, en el que se interpreta que la expresión “para cualquier fin o en cualquier forma” resulta comprensiva de la gestación por sustitución. La gestación por sustitución comercial —entiende el TS— vulnera, además, los derechos de la mujer gestante (que recibe en la Sentencia la consideración de “madre gestante”). Es que “[t]anto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad” (FD 3º 7). Agrega el TS que “[n]o es preciso un gran esfuerzo de

imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano” (FD 3º 8). No ha de pasar inadvertido, antes de cerrar este argumento del TS, que “el contrato de gestación por sustitución es pasado. Lo es incluso, (...), para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde apenas ha tenido trascendencia en los casos que ha resuelto” (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2022).

El segundo argumento principal gira en torno a la protección del interés superior del niño nacido de una gestación por sustitución. El TS recuerda que en este caso no se está solicitando la inscripción del menor, sino el reconocimiento de la maternidad, es decir, la determinación de la filiación conforme a la normativa española. En este punto el TS no desconoce la clara contradicción que existe entre las prohibiciones españolas en materia de gestación por sustitución y la práctica llevada a cabo por los particulares, que conciben por esta práctica en el extranjero y solicitan su reconocimiento, luego, en España. A partir de esta consideración, trayendo al caso lo resuelto en la saga y la doctrina del TEDH, entiende el Supremo que existe una familia *de facto* y que “la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos” (FD 4º 8). Así lo exige el interés superior del niño y su derecho a la vida privada, de conformidad con el art. 8 CEDH, “*que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad, dentro de la cual tiene gran importancia la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar*”¹⁰. Pero con independencia de este poético preámbulo, el TS llega a la conclusión de que la forma de satisfacer este interés del niño es reconociendo un vínculo filial por medio de la adopción. Entiende que esta decisión satisface el contenido del Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019, que señala que la adopción es una opción viable para la madre comitente siempre y cuando se garantice la prontitud

¹⁰ Ídem.

y eficacia del procedimiento. A merced del TS, no hay obstáculo alguno en términos burocráticos para que la madre por intención sea reconocida como madre por adopción. Esto, sin embargo, desde mi humilde punto de vista, contradice la esencia del vínculo creado por la madre por intención, que se considera madre legal del niño, desde su nacimiento, siendo el vínculo real (aunque no genético) y no por adopción. Mi posición discrepa, entiendo, con asumida por NAVARRO MICHEL (2022: 23), que ha apuntado que “el criterio del interés superior del menor no es una varita mágica que permita generar vínculos jurídicos que sean beneficiosos o útiles al menor, sin ninguna otra consideración”. Desde su óptica, “El interés del menor no puede servir para incumplir la ley o ignorar los mecanismos legales previstos. El cauce legal que puede llevar a la creación del vínculo jurídico de filiación, a falta de relación biológica, es la filiación adoptiva”. En definitiva, señala NAVARRO MICHEL (2022: 26), “Los defensores de erigir la voluntad procreacional como fundamento de la filiación verán en este caso una oportunidad perdida. Sin embargo, las normas aplicables a la reclamación de filiación son las que son, y el interés del menor no lo puede todo”.

En relación con la dignidad del niño y de la mujer gestante, que se trata en esta STS y en la saga, habría que preguntarse, como en su momento realizaron PRESNO LINERA Y JIMÉNEZ BLANCO (2014: pp.18-19), si la concepción que mantiene el TS resulta o no contradictoria con la base que subyace en la dimensión constitucional del término e, incluso, en la órbita del CEDH. Es que, al parecer, utilizando como argumento la dignidad se da lugar a una verdadera desprotección del menor, cuando lo que tal concepto persigue es absolutamente lo contrario. Además, “en cuanto a la dignidad de las madres gestantes, no justifica la mayoría del Tribunal Supremo su presunción de que ha quedado, o puede quedar, menoscabada si se admite la inscripción registral a nombre de otras personas de los hijos que han gestado: en el caso de autos se trató de una gestación llevada a cabo en el Estado de California y sometida a la supervisión de sus autoridades judiciales, sin que existan datos que permitan concluir, como prejuzga el Tribunal, que nos encontramos ante un caso de ‘la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación

de pobreza”, reflexión que considero plenamente trasladable a este supuesto, con el cambio de escenario territorial correspondiente.

Pues bien, habiendo visto el caso, cabe preguntarse si no ha existido, una vez más (teniendo en cuenta los votos particulares de la saga), un desconocimiento de la doctrina de Estrasburgo, posición que discreparía con la asumida AGÜERA PERÁLVAREZ (2022), quien ha entendido que la STS se ha dictado “en consonancia con los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

Lo que se aprecia entre líneas en esta STS es que el TS entiende que su decisión resulta acorde con el margen de apreciación que reconoce el TEDH. No entra a valorar de forma detenida, ni en esta Sentencia ni en el conjunto de pronunciamientos de la saga, la posible vulneración de la vida privada y de la vida familiar a la luz del art. 8 CEDH y de las decisiones ya adoptadas por el TEDH.

Si bien es cierto que se trata de un caso en el que no hay aportación de material genético y, como se ha visto, en situaciones como estas Estrasburgo no ha sido del todo claro, también lo es que nos encontramos ante casos en los que existe una vulneración, desde mi punto de vista, de la vida privada de los menores, sobre todo si se atiende al vínculo jurídico que han de tener con sus padres, que es desconocido ante la denegación de la inscripción, así como el vínculo que han de tener con el lugar en el que viven y con la nacionalidad que se ha transmitido de sus padres/madres por intención desde el momento mismo en que dieron a luz. Esta injerencia del Estado atenta contra su identidad, que queda a merced de un proceso de revictimización constante de niños y niñas. Me posiciono, en consecuencia, a favor de los votos particulares que existieron en la saga y que se echan en falta en esta última STS: la aplicación de la doctrina del TEDH es, desde mi modesto punto de vista, desatendida bajo la atención de que el margen de apreciación nacional lo puede todo. No creo que falte razón a la posición minoritaria de entender que no se aprecia, en estos casos, una debida aplicación de la doctrina de Estrasburgo, por ejemplo, con el reconocimiento de una vulneración de la vida privada de los menores y las

consecuencias jurídicas que tal reconocimiento tiene para el TEDH, que discrepan sobremanera de las consecuencias reconocidas en España.

V. Conclusiones

La gestación por sustitución constituye una práctica sobre la que no hay consenso jurídico. La aceptación legal de esta técnica en unos Estados se enfrenta a la barrera legal existente en otros, con una victimización constante de el/la/los padre/s y madre/s por intención y del/de la o de los o las niño/a/s nacidos.

La respuesta dada por el TEDH no se aleja mucho del panorama general. No ha existido un reconocimiento general de la gestación por sustitución y su doctrina se muestra ambivalente, según las particularidades del caso, en relación con la vulneración de la vida privada o de la vida familiar reconocidos por el art. 8 CEDH. Si bien se puede hablar de una tendencia generalizada a reconocer la vulneración de la vida privada del/de la o de los o las niño/a/s nacidos por gestación por sustitución, al conectarla con la identidad y el vínculo familiar y de nacionalidad, lo cierto es que en relación con la vulneración de la vida privada familiar nos encontramos ante un panorama de incógnitas, con una concepción de “vida familiar” sujeto a características que desatienden el enlace afectivo-emocional que surge entre quienes desean ser padre/s o madre/s y quien/es nacen bajo ese afecto.

En el caso español se produce una traslación del problema, con la adaptación (que no adopción) de la doctrina del TEDH basada en la autopercepción del margen de apreciación nacional como barrera para evitar la verdadera adopción de aquellos extremos más claros de la doctrina de Estrasburgo. Me refiero, por ejemplo, a la vulneración de la vida privada personal del/de la o de los o las niño/a/s nacido/a/s por gestación por sustitución, que parece quedar desatendida bajo el pretexto del orden público internacional en materia de derecho de familia, que afectaría la dignidad de la/s persona/s nacida/s y de la mujer gestante, más basado en admoniciones generales que en el análisis concreto de estos extremos en cada uno de los asuntos.

Queda un largo camino por recorrer, tanto a nivel europeo como nacional, para advertir cambios que lleven a una solución verdaderamente ponderada y adecuada de este asunto. Soy consciente, sin embargo, que ninguna solución satisfará los intereses de todos los implicados, ni mucho menos los de las distintas posturas que se pueden tomar al respecto.

VI. Bibliografía

AGÜERA PERÁLVAREZ, E. (2022). Determinación de la filiación en la gestación por sustitución. *Diario La Ley*, núm. 10116.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2022). Gestación por sustitución y Tribunal Supremo Español. *Diario La Ley*, núm. 10069.

CARRILLO SALCEDO, J. A. (2003). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos.

DE LA PEÑA PITA, F. (2020). La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español: una asignatura pendiente. En SORIANO I PIQUERAS, V. (coord.): *Homosexualidad y derecho*. Madrid. Sepín. Pp. 111-125.

DÍAZ CREGO, M. (2017). Paradiso y Campanelli c. Italia: ¿un pronunciamiento europeo contra la gestación por sustitución? *REDE. Revista española de derecho europeo*, núm. 64, pp. 185-200.

DURÁN AYAGO, A. (2014). Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, pp. 277-282.

FARNÓS AMORÓS, E. (2017). "Paradiso y Campanelli c. Italia" (II): los casos difíciles crean mal derecho. *Revista Bioética y Derecho*, núm. 40, pp. 231-242. DOI: <https://doi.org/10.1344/rbd2017.40.19174>

FARNÓS AMORÓS, E. (2022). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación

por sustitución transfronteriza. *Revista Bioética y Derecho*, núm. 56, pp. 29-54.

DOI: <https://doi.org/10.1344/rbd2022.56.40620>

FLORES RODRÍGUEZ, J. (2014). Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso no 65192/11. *La Ley Derecho de Familia*, 07/07/2014.

GARCÍA SAN JOSÉ, D. (2018). La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, pp. 103-130. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.04>

HERNÁNDEZ LLINÁS, L. (2020). Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas. *Revista de Derecho Político*, núm. 107, pp. 181-210. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.107.2020.27187>

LAMM, E. (2012). La Importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista Bioética y Derecho*, núm. 24, pp. 76-91.

LAMM, E. (2013). *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona.

LAMM, E. Y RUBAJA, N. (2016). Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global. *Revista Bioética y Derecho*, núm. 37, pp. 149-170. DOI: <https://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.37.16156>

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012). La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria. *Diario La Ley*. Núm. 7777.

MATIA PORTILLA, F. J. (2019). ¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país? *Revista de Derecho Político*, núm. 105, pp. 81-125. DOI: <https://doi.org/10.5944/rdp.105.2019.25269>

NAVARRO MICHEL, M. (2022). La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales. *Revista Bioética y Derecho*, núm. 56. Pp. 5-28. DOI: [10.1344/rbd2022.56.40741](https://doi.org/10.1344/rbd2022.56.40741)

OCHOA RUIZ, N. (2019). La creación de nuevos derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el caso de la maternidad subrogada. En: LUCAS ESTEVE, A. (dir.), *La gestación por sustitución*. Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 171-192.

OCHOA RUIZ, N. (2021). Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia, demanda nº 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9.

PRESNO LINERA, M. A. Y JIMÉNEZ BLANCO, P. (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *REDE: Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, pp. 9-44.

RUIZ MARTÍN, A. M. (2019). El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 11, núm. 2, pp. 778-791. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5020>

**LA RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: A VUELTAS CON UNA HISTORIA DE
(DES)AVENENCIAS**

Miguel Ángel Sevilla Duro¹

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 17 de noviembre de 2022

Resumen

Las relaciones entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han convenido y desconvenido desde el origen de la integración europea, y a día de hoy siguen siendo objeto de recurrente crítica en tanto la Unión Europea (UE) continúa sin ser parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En este trabajo se analiza la evolución histórica de la relación entre ambos tribunales, prestando especial atención al avance en la protección de los derechos y libertades en el continente. Posteriormente, se estudia el diálogo judicial constante entre el TJUE y el TEDH a través de su jurisprudencia y se analizan las referencias cruzadas (o bidireccionales) entre sendos tribunales.

Palabras clave: Protección multinivel - Unión Europea - Consejo de Europa - TJUE – TEDH – CDFUE - CEDH

TITLE: THE RELATIONSHIP BETWEEN THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: A HISTORY OF (DIS)AGREEMENTS

¹ Abogado. Profesor e investigador en Derecho constitucional (Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, España). Este trabajo recoge el contenido de la ponencia “La relación entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, impartida en el II Congreso Internacional “Integración Regional & Derechos Humanos. Puntos de convergencia”, celebrado en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y la Universidad de Buenos Aires (Argentina) durante los días 3, 4 y 5 de octubre de 2022. El trabajo se ha elaborado con la financiación del Ministerio de Universidades de España a través del programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU19/00310).

Abstract

The relationship between the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice of the European Union (CJEU) has fluctuated since the origin of the European integration and is the subject of recurrent criticism because, to this day, the European Union (EU) is still not a party to the European Convention on Human Rights (ECHR). This paper analyses the historical evolution of the relationship between the two courts, paying special attention to the progress in the protection of rights and freedoms on the continent. It then examines the ongoing judicial dialogue between the CJEU and the ECtHR through their case law and explores the cross-references (or bidirectional references) between the two courts.

Keywords: Multi-level protection - European Union - Council of Europe – CJEU – ECtHR – ECHR – CFREU - ECHR

I. Introducción

Tras el cese de Rusia como Alta Parte Contratante del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en septiembre de 2022, son 46 los Estados amparados por el texto fundamental del Consejo de Europa. De ellos, más de la mitad, 27, son a su vez parte de la Unión Europea (UE).

Parece evidente que tanto el CEDH como el Derecho de la hoy Unión Europea (DUE) nacen y se articulan con pretensiones y ambiciones diferentes: el primero, en aras de garantizar la salvaguardia de los derechos humanos y libertades fundamentales de los ciudadanos de sus Estados parte; el segundo, con el objeto de que los Estados firmantes avancen en un proceso de convergencia económica.

La evolución de la Unión Europea desde que entrase en vigor la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) ha derivado, de forma inherente, en la ampliación de los ámbitos competenciales de la integración y, consecuentemente, en la necesidad de proteger los derechos en juego en el marco del DUE. La evolución de este proceso histórico ha venido marcada por un actor principal: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuya

paulatina incorporación de la protección de los derechos a su jurisprudencia derivó en la proclamación solemne de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en diciembre del año 2000 en Niza, que adquiriría igual valor que los tratados de la Unión (derecho primario) el 1 de diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

En paralelo, el diálogo judicial entre el Tribunal de Estrasburgo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—) y el de Luxemburgo (TJUE), y, a mayores, entre estos, los órganos jurisdiccionales internos y los máximos intérpretes constitucionales de cada uno de los Estados parte, continúa consolidándose como esencial en el marco de una divergencia interpretativa que, como es natural, requiere de la correcta implementación de las distintas técnicas de cohabitación existentes; particularmente, la interpretación conforme, el respeto a los márgenes nacionales de apreciación y la doctrina de la protección equivalente. Estas no garantizan, sin embargo, que las tensiones y reticencias entre tribunales se disipen.

Siguiendo el mismo planteamiento de esta introducción, este trabajo se divide en dos grandes partes: una primera en la que se analiza la evolución histórica del sistema de protección de derechos humanos en la Unión Europea, prestando especial atención al mandato de adhesión al CEDH impuesto por el Tratado de Lisboa (ep. II), y una segunda focalizada en las confluencias y divergencias entre el TEDH y el TJUE, así como en las implicaciones de esta compleja relación para la salvaguarda del sistema de protección multinivel de derechos fundamentales (ep. III). Finalmente, se realiza un sucinto repaso sistemático a las referencias cruzadas (o bidireccionales) en la jurisprudencia del TJUE y el TEDH (ep. IV).

- II. Evolución histórica de las relaciones UE-Consejo de Europa en materia de derechos humanos y libertades fundamentales**
 - i. Del fallido proyecto de Comunidad Política Europea al fallido proyecto de Constitución Europea**

Suele afirmarse que la pretensión de adhesión de la integración europea al CEDH data de los orígenes mismos de las Comunidades Europeas. Bien es cierto que ni en el Tratado de París (CECA) ni en los de Roma (Comunidad Económica Europea –CEE– y Euratom) se hacía expresa referencia a la protección de los derechos humanos². Sin embargo, en 1953, en el borrador del proyecto de la Comunidad Política Europea, se establecía como el primero de los objetivos de la Comunidad *“contribuir a la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los Estados miembros”* (propuesta de artículo 2), y se pretendía establecer, ex propuesta de artículo 3, que “las disposiciones de la Parte 1 del [CEDH], así como las del protocolo firmado en París el 20 de marzo de 1952, [eran] parte integrante del presente Estatuto”³. Este es el punto de arranque de un proceso tan complejo como excepcional; entre otras razones, porque la adhesión pretendida no será al Consejo de Europa, como un miembro más, sino solo al CEDH.

Es bien sabido que en el caso *Stork* el por entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) afirmó que “por regla general, no [debía] pronunciarse sobre las normas nacionales”⁴. Esta interpretación restrictiva del antiguo artículo 164 TCEE parecía razonable habida cuenta de las competencias y funciones de la integración. Empero, el transcurrir de las décadas y, como señala PIZZOLO (2010: 627), *“la cada vez más abundante y continuada atribución de competencias nacionales a las instancias comunitarias”*, llevó al TJCE a plantear la posibilidad de ofrecer una protección similar a la propia de los Estados

² Ello no implica que no existiese mención a derecho alguno. Al contrario: son diversos los derechos que aspiran a protegerse con sendos tratados, si bien de forma aislada. Entre ellos, el derecho a un nivel de vida justo (arts. 2, 39 y 117 del Tratado de la CEE), el derecho al empleo (arts. 39, 118 y 123 del TCE), la igualdad de retribución por igual trabajo sin discriminación por razón de sexo (artículo 119 del TCE) o la protección del secreto profesional y empresarial (artículo 214 del TCE). Véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2009: 778.

³ En la propuesta de artículo 45, apartado 1, se estipulaba que todo litigio derivado de una decisión o medida adoptada por una de las instituciones de la Comunidad que afectase a los derechos reconocidos en el CEDH se debía someter al Tribunal de las Comunidades Europeas. Ello sin perjuicio de que en el apartado 3 del mismo precepto se establecía que si se suscitaban controversias que implicasen “una cuestión de principio sobre la interpretación o el alcance de las obligaciones resultantes de dicho Convenio”, el Tribunal de las Comunidades habría de renunciar a pronunciarse hasta que la cuestión de principio hubiese sido resuelta por “los órganos judiciales previstos en el Convenio”.

⁴ Sentencia de 4 de febrero de 1959, asunto 1/58, par. 4.b).

miembros, razón por la que en la breve sentencia que resuelve el caso *Stauder* tuvo a bien afirmar que los derechos fundamentales formaban parte de los principios generales del Derecho comunitario. Un año después ratificaría esta postura en el caso *Internationale Handelsgesellschaft mbH*.

En paralelo, en diciembre de 1973 se celebraría en Copenhague una cumbre europea, de gran relieve político sobre lo aquí concerniente, entre jefes de estado y de gobierno (que ya serían nueve, tras la entrada de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido el 1 de enero de ese mismo año). En ella se emitió una Declaración solemne sobre la identidad europea, la cual estaba compuesta, a juicio de los máximos mandatarios de los nueve, además de por los principios de democracia, Estado de Derecho y justicia social (“meta última del progreso económico”), por el respeto a los derechos humanos (ap. I.1).

En este contexto, como recuerda MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (2009: pp. 780-781), el silencio que estaba guardando la integración en materia de derechos fundamentales era claramente criticable por dos razones. En primer lugar, desde una perspectiva general, porque la creciente fuerza expansiva del Derecho comunitario y la progresiva aplicación de las competencias atribuidas a las Comunidades derivaron en que pronto se produjeran “*contactos jurídicos directos*” entre la integración y los particulares. En segunda instancia, desde una óptica más concreta, porque el Tribunal Constitucional Federal alemán desafió en 1974 con *Solange I* al TJCE condicionando el cumplimiento del Derecho comunitario en Alemania a que los derechos humanos estuvieran protegidos en las Comunidades Europeas al mismo nivel que en el Derecho constitucional alemán⁵.

Tan solo 15 días antes de la publicación de *Solange I*, el TJCE había reconocido en el caso *Nold* que los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscritos por los Estados miembros de las Comunidades

⁵ BVerfGE 37, 271 (285): “Mientras el proceso de integración comunitaria no se haya desarrollado hasta el punto de que el Derecho comunitario europeo contenga también un catálogo de derechos fundamentales, aprobado por un Parlamento y en plena vigencia, que equivaldría al contenido de la Ley Fundamental de Bonn”, el Tribunal Constitucional Federal alemán sería competente para conocer de la compatibilidad entre una norma comunitaria y un derecho fundamental recogido en la Ley de Bonn y que se viese afectado por la anterior.

eran parámetro del derecho de la integración. Un año más tarde, en el caso *Rutili*, el TJCE incluso consideraría al CEDH como un elemento de interpretación; y en el caso *Prais* (1976) afianzaría esta postura al afirmar que “*el derecho a la libertad religiosa, tal como se cita en el Convenio Europeo, forma parte de los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho comunitario*” (con profundidad, HERMIDA DE LLANO, 2005: 138-139). Estas ideas fueron asumidas por las tres instituciones y se plasmaron en una Declaración conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión de 5 de abril de 1977, que, sin suponer un auténtico compromiso para las instituciones de operar en salvaguardia de los derechos, sí reiteraba y complementaba la legitimidad de la jurisprudencia del Tribunal (CONTE, 2012: p. 13). A esta Declaración se sumaría otra de fecha 8 de abril de 1978 emitida por los jefes de estado y de gobierno de los estados miembros, si bien en términos más moderados e implícitos.

Al mismo tiempo, la jurisprudencia relatada y su recepción e impacto en los Estados parte fueron analizados por la Comisión Europea en su informe *La protección de los derechos fundamentales en la creación y desarrollo del Derecho comunitario*, de 4 de febrero de 1976. En él se menciona por vez primera, al tiempo que se descarta rotundamente, la posibilidad de adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH. Como compila Uría Gavilán (2018: pp. 40-41), en la medida en que se entendía que los derechos consagrados en el Convenio ya eran vinculantes en el contexto del derecho de la integración, parecía razonable que no se requiriese acto constitutivo ulterior alguno, ni siquiera elaborar un catálogo de derechos fundamentales. A la par, y como resulta razonable, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos declaraba inadmisibile *ratione personae* un recurso presentado ante las Comunidades Europeas en el caso *C.F.D.T.*, en 1978, porque en la medida en que las Comunidades Europeas no habían suscrito el CEDH carecían de legitimación pasiva (en profundidad, PIZZOLO, 2022: p. 301).

La postura de la Comisión se revertiría en tan solo tres años: en 1979 vería la luz el *Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH*. Para algunos autores, este Memorándum es consecuencia de *Solange I* y la que, con matices, constituye su homóloga italiana: la Sentencia número

183/1973, de 27 de diciembre, caso *Frontini* (*vid.*, por todos, DOMINICK, 1990: p. 643); para otros, una consecuencia natural de la citada Declaración conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión de 5 de abril de 1977 (por todos, FERNÁNDEZ TOMÁS, 1985: p. 705). Por el contenido literal del Memorándum, que llega a aludir de modo expreso a las citadas sentencias alemana e italiana, quizá la primera de las dos razones sea la de mayor envergadura. En todo caso, por una u otra causa, o por la convergencia de ambas, lo cierto es que la Comisión sostuvo que los tres modelos de protección de derechos fundamentales que venían considerándose hasta entonces (el pretoriano, el normativo y la adhesión) eran complementarios (URÍA GAVILÁN, 2018: p. 44). Son muchos los argumentos a favor (y en contra) plasmados por la Comisión: a favor, la consolidación de la imagen de Europa “como tierra de libertad y democracia” (par. 14), una mayor seguridad jurídica, en tanto los ciudadanos tendrían un catálogo expreso de derechos (par. 15), la mayor legitimidad que se aportaría a las instituciones de las Comunidades, que “subrayarían su propia personalidad” (par. 16), y, aunque lo formula como un problema soslayable, la ya referida compatibilidad entre la adhesión y crear un catálogo propio (par. 17); en contra, el estatus que tendría el Convenio en el Derecho de la Comunidad (par. 18), los efectos de la adhesión para los Estados miembros y las dificultades de asumir las obligaciones del CEDH (pars. 19-22), el procedimiento a seguir en caso de que los tribunales nacionales, por no plantear una cuestión prejudicial, dieran lugar a una sentencia recurrible a Estrasburgo (pars. 23-25), y la problemática de los recursos individuales y las reservas (pars. 26-29). Aunque a juicio de la Comisión eran mayores y más valiosos los pros que las contras, la ausencia de unanimidad para apoyar esta propuesta —de acuerdo con algunos autores, por las reticencias del Reino Unido (Gaja, 1996: 974)— la hizo fracasar.

Entretanto, el Parlamento Europeo fue pronunciándose a favor de la adhesión al CEDH en numerosas ocasiones: véanse sus resoluciones de 12 de octubre de 1976, 16 de noviembre de 1977, 27 de abril de 1979 o 29 de octubre de 1982, entre otras. Destaca sobremanera a este respecto el célebre proyecto Spinelli que, aunque truncado, reiteraba el deseo de suscripción de la Convención de Roma y la Carta Social Europea. Junto a este, en 1989 el

Parlamento adoptó una resolución no vinculante para establecer un catálogo comunitario de derechos humanos: la Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales (con profundidad, PERRAKIS, 1990: p. 473, y URÍA GAVILÁN, 2018: pp. 51-52).

En el Acta Única Europea se establecería por primera vez en el derecho primario de la integración una referencia expresa al CEDH. Los 12 Estados miembros estipularían en el Preámbulo su convencimiento de promover conjuntamente la democracia “basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el [CEDH] y en la Carta Social Europea”. Ya con carácter normativo —y no solo hermenéutico—, el artículo F, apartado 2 del Tratado de Maastricht proclamaría que la Unión Europea respetaría los derechos fundamentales “tal y como se garantizan en el [CEDH] y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”, plasmando con claridad la doctrina del TJCE.

Quizá por el influjo del Acta Única y esta renovada y optimista mirada a la Convención de Roma, la Comisión emitió el 19 de noviembre de 1990 una comunicación instando a la adhesión. Además, en 1993 se incluiría entre los famosos criterios de Copenhague sobre el acceso a la UE el requisito de que cualquier Estado con el deseo de formar parte de la integración respetase los derechos humanos y libertades fundamentales. En este entorno, como detalla SCHUTTER (2010), en ese mismo año, 1993, se crearía un grupo de alto nivel *ad hoc* para estudiar la fórmula jurídicamente adecuada para la adhesión, si bien no lograría alcanzar un consenso entre sus miembros, razón por la que el Consejo acabaría solicitando un dictamen al TJUE.

El 28 de marzo de 1996 el TJCE emitiría dicho Dictamen, el número 2/94. Ante la pregunta de si la adhesión de la Comunidad Europea al CEDH sería compatible con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, la Comisión, el Parlamento y los gobiernos belga, danés, alemán, griego, italiano, austriaco, finlandés y sueco se posicionaron en bloque manifestando que, lejos de contrariar lo dispuesto en el Tratado, la adhesión beneficiaba a la protección de los derechos humanos en la integración; por su parte, los gobiernos español,

francés, irlandés, portugués y británico afirmaron que la adhesión era plenamente incompatible; y el gobierno neerlandés no se posicionó con claridad. El Tribunal de Justicia fue tajante: “en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al [CEDH]”.

No es este el lugar para realizar el análisis en profundidad que este Dictamen requiere. Ello no obsta, sin embargo, para hacer algunos apuntes de exigida brevedad. El Tribunal planteó dos grandes problemas: por un lado, si la Comunidad tenía competencias para suscribir tal tratado, y por otro, si el tratado en sí contrariaba el derecho de la integración. Omitió pronunciarse sobre la segunda cuestión afirmando que carece “de información suficiente sobre el modo en que la Comunidad [proyectaba] someterse a los mecanismos actuales y futuros de control jurisdiccional establecidos por el Convenio” (pars. 19 y 20), fórmula ciertamente criticable. Centrado de lleno en la cuestión competencial, manifestó que la Comunidad carecía de competencias explícitamente atribuidas en materia de derechos humanos (par. 27). Obviamente, la respuesta no podía ser otra que negativa. Sin embargo, es llamativa la ausencia de un análisis sobre si la Comunidad tenía competencias implícitas al respecto tras haber advertido sobre el hecho de que, en caso de existir, estas habilitarían a la Comunidad para suscribir la adhesión (pars. 26-28). A continuación, estudia la posibilidad de que el artículo 235 TCE fuese la vía adecuada para la adhesión, llegando a la conclusión de que tal precepto no podía permitir que se ampliase “el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado, y en particular (...) no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo” (par. 30). La adhesión al CEDH, a juicio del Tribunal, “tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235”, pues únicamente podría realizarse “a través de una modificación del Tratado” (par. 35).

Una lectura optimista del Dictamen habría llevado a trabajar en la inclusión de la necesidad de adhesión al CEDH con vistas al futuro Tratado de Ámsterdam. Sin embargo, llama la atención que justo el día posterior a la publicación del

Dictamen 2/94, el 29 de marzo de 1996, cuando se inauguró la Conferencia intergubernamental que dio lugar al citado Tratado de Ámsterdam, no se planteó nada al respecto, al punto de que ni siquiera se mencionó la cuestión en las conclusiones de ese Consejo Europeo (URÍA GAVILÁN, 2018: pp. 62-63). De hecho, en el propio Tratado de Ámsterdam, más allá de la ya clásica referencia genérica al respeto por los derechos fundamentales “*tal y como se garantizan en el [CEDH]*” —que se cita en el Protocolo sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea—, son solo dos más las referencias expresas al Convenio; y ninguna con un relieve hasta entonces no visto.

Solo un mes después de que entrase en vigor el citado Tratado, en junio de 1999, tendría lugar el Consejo Europeo de Colonia, que como bien es sabido adopta la decisión de elaborar una Carta de derechos fundamentales “que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance”⁶. Fruto de este mandato se constituyó una convención ad hoc cuyos resultados se plasmarían en la solemne proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en Niza el 7 de diciembre del año 2000. Poco después y en igual ciudad, el Tratado de Niza —formulado con miras a las incorporaciones a la integración de los países del Este de Europa— quedaría exento de cualquier mención al CEDH. Sin embargo, sí incorporó una “declaración relativa al futuro de la Unión” en cuyo punto 5 se estipulaba la necesidad de abordar “el estatuto de la [CDFUE]”.

En paralelo, a finales de marzo del año 2001 el Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa recibió del Comité de Ministros la solicitud de elaborar un estudio sobre las cuestiones técnicas y jurídicas de la adhesión de la integración al Convenio. Este estudio se publicaría en la reunión del Comité Director de 25-28 de junio de 2002, en Estrasburgo; y en él, sin hacer expresa mención a la pertinencia o no de la adhesión, sí se concluiría su viabilidad.

⁶ Anexo IV de las Conclusiones del Consejo Europeo.

Regresando al ámbito de la Unión, la evolución natural del mandato de Niza trató de vehicularse a través del proyecto de tratado por el que se establecía una Constitución para Europa (Constitución europea). En su parte II se introducía de forma íntegra la CDFUE, a la que, en consecuencia, se pretendía dotar de rango de derecho primario. Además, se establecía con claridad meridiana en el artículo I-9, apartado 2, que la Unión se adheriría al CEDH sin que ello modificase las competencias propias de la UE; reiterando una vez más en el apartado siguiente que tanto los derechos de la Convención de Roma como los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros forman parte del DUE como principios generales. El artículo I-9, apartado 2, se desarrolló en el Protocolo anejo número 32. En el mismo se indicaba que el acuerdo de adhesión habría de preservar las características específicas de la UE y el DUE; y particularmente las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del CEDH, amén de los mecanismos necesarios para garantizar una adecuada interposición de recursos por terceros Estados, así como de forma individual, contra los Estados miembros o la Unión, según el caso (artículo 1). Además, debía garantizarse que la adhesión no afectaría *“a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones”*, así como tampoco a las medidas y reservas que adoptasen los Estados miembros como excepción al Convenio (artículo 2). Por último, se debían salvaguardar las competencias atribuidas al TJUE y a las jurisdicciones nacionales (artículo 3).

La historia es bien sabida: el 29 de mayo de 2005 la mayoría de los ciudadanos franceses rechazaron en referéndum la aprobación del tratado constitucional. Tres días más tarde se rechazaría también en los Países Bajos. Más de cinco décadas después de su creación, la Unión Europea seguía sin contar con una fórmula jurídica adecuada para adherirse al CEDH.

ii. El Tratado de Lisboa y el Dictamen 2/2013 del TJUE: Causas y consecuencias

El Tratado de Lisboa nace con la pretensión de juridificar lo que en el proyecto de Constitución europea no salió adelante. Con esta premisa, es por todos conocido que el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) reconoce (por remisión) *“el mismo valor jurídico que los Tratados”* a la CDFUE⁷; y, en paralelo, el artículo 6.2 establece lo ya determinado en el artículo I-9, apartado 2, del proyecto de Constitución: la Unión deberá adherirse al CEDH, sin que ello suponga una alteración competencial en la integración. El Protocolo número 8 al TUE replica exactamente lo establecido en su momento por el número 32 al proyecto de Constitución, con leves matices de redacción.

Entre la firma y la entrada en vigor del TUE —13 de diciembre de 2007 y 1 de diciembre de 2009, respectivamente—, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa tendría tiempo para adoptar su resolución 1610 de 2008 sobre el acceso de la UE al CEDH. En ella, la Asamblea Parlamentaria estimó que “la no adhesión tiene efectos negativos en el buen funcionamiento de la justicia europea, ya que pone en peligro la coherencia del sistema de garantías de los derechos humanos en Europa” (par. 6), mientras que la adhesión “[transmitiría] un fuerte mensaje de claro compromiso con la protección de los derechos humanos, no sólo dentro de los límites de la Unión Europea, sino también en toda Europa” (par. 7), y confirmaría “la esencia de la Unión Europea como ‘comunidad de derecho’”, a la par que reforzaría “el principio de seguridad jurídica” (par. 8). Por ello, la Asamblea Parlamentaria consideró que “era hora [high time] de que las declaraciones de intenciones se [tradujeran] en hechos

⁷ Las reticencias de Polonia y el Reino Unido a la ampliación de la competencia jurisdiccional en litigios concernientes a lo dispuesto en la CDFUE llevó a que junto al Tratado de Lisboa se estableciese un protocolo anejo en que se excluye la posibilidad de que el TJUE o cualesquiera órganos jurisdiccionales internos pudiesen apreciar la incompatibilidad de una norma o acto con la CDFUE en asuntos concernientes a ambos Estados (artículo 1.1). Se trata de una suerte de reserva. Dicho de otro modo, “nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional” (artículo 1.2). De esta forma, aquellas disposiciones de la CDFUE que aludan a normas o prácticas nacionales solo se podrán aplicar a ambos Estados “en la medida en que los derechos y principios que contiene se reconozcan en la legislación o prácticas” de Polonia y Reino Unido (artículo 2).

mediante la pronta adhesión de la Unión Europea al CEDH” (par. 9), esbozando algunas propuestas para agilizar este proceso.

La negociación se produjo, en esencia, entre la Comisión —por parte de la UE— y un grupo de trabajo del Comité Director de Derechos Humanos —por parte del Consejo de Europa—. Desde julio de 2010 hasta abril de 2013, y con dos tandas de reuniones y un proyecto de adhesión frustrado mediante, la UE y el Consejo de Europa conciliaron sus posturas tras 13 reuniones (ocho previas al primer proyecto y cinco posteriores a este). Fruto de estas, el día 5 del citado mes de 2013 vieron la luz cinco proyectos diferentes: uno de acuerdo de adhesión, otro explicativo del mentado acuerdo, un tercero orientado a la declaración de la UE, uno relativo a la supervisión de la ejecución de las sentencias, y un quinto a modo de memorándum de entendimiento (con profundidad, URÍA GAVILÁN, 2018: pp. 75-76). Los mismos fueron remitidos al TJUE para evaluar su compatibilidad con los tratados de la Unión ex artículo 218.11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). La pregunta planteada era sustancialmente similar a la ya formulada en la solicitud del Dictamen 2/94.

Salvo Bulgaria y Polonia, todos los Estados miembros, así como la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo, formularon observaciones durante el proceso. De nuevo, no es ni posible ni pertinente llevar aquí a cabo un análisis exhaustivo del contenido del Dictamen (al respecto, de forma crítica, *vid.* EECKHOUT, 2015; ŁAZOWSKI Y WESSEL, 2015 o MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, 2015; en favor de la argumentación del TJUE, *vid.* HALBERSTAM, 2015). Sin embargo, sí cabe mencionar con brevedad las razones de la decisión adoptada.

Por un lado, el Tribunal de Justicia entiende que del proyecto de adhesión no se desprendía un claro mecanismo de coordinación de los estándares de protección del CEDH y la CDFUE. De igual forma, estima que se abriría la puerta a que los Estados se pudiesen demandar entre sí ante el TEDH por cuestiones de DUE, obviando el rol del TJUE. En otro orden de cosas, también plantea la problemática de que la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) pudiese ser enjuiciada por el TEDH; y, por último, menciona el riesgo de que aquellos

Estados que suscribiesen el Protocolo número 16 al CEDH, que —como se expondrá *infra*— permite solicitar opiniones consultivas, podrían generar un entorno de confusión en su poder judicial en tanto este mecanismo podría confrontar con las solicitudes de cuestión prejudicial.

En síntesis, en el análisis de este Dictamen se plantean dos posturas: Una, en pro de la argumentación del Tribunal de Justicia, mantiene que de producirse la adhesión y en atención al artículo 216.2 TFUE⁸ la jurisprudencia (y por ende las opiniones consultivas) del Tribunal de Estrasburgo se convertirían formalmente en interpretaciones del DUE, lo que para ciertos sectores académicos y el propio TJUE implica un grave riesgo para la seguridad jurídica y la unidad del ordenamiento europeo (HALBERSTAM, 2015: p. 121). A esta posición se contrapone otra, jurídicamente más acertada a juicio de este autor, que considera que el pronunciamiento del TJUE desbarata la posibilidad de garantizar que tanto la UE como los Estados miembros se vinculan por una misma norma y garantías: el CEDH, lo que repercute en continuar sin la completitud exigida por el sistema multinivel de tutela jurisdiccional. En este sentido, a juicio de algunos autores el Dictamen se halla en un terreno más próximo a lo político que a lo estrictamente jurídico (ALONSO GARCÍA, 2016), llegando incluso a ser calificado como “deliberadamente político” por una parte nada desdeñable de la doctrina (LABAYLE, 2014)⁹.

Criticar el Dictamen 2/13 no implica afirmar que el proyecto de adhesión debía suscribirse y ratificarse en los exactos términos en que se había planteado al Tribunal de Luxemburgo. Podrían haberse realizado aclaraciones en línea con las críticas del TJUE; y precisamente así es como se pronunció la Abogada General Kokott en su Opinión de 13 de junio de 2014: del proyecto de acuerdo “no [había] resultado nada que [pusiera] en cuestión de manera fundamental la

⁸ “Los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros”.

⁹ Con todo, como recuerdan Mangas Martín y Liñán Noguerras (2016, 213), y como se expondrá en el siguiente epígrafe de este trabajo, pese a las interpretaciones muy críticas que el Dictamen pudiera merecer, “lo cierto es que la jurisprudencia del TJUE es una prueba consistente de la presencia y consideración del CEDH, hasta el punto de que lo juzgado por el TEDH se ha convertido en un referente trascendental y en una pieza importante del sistema”.

compatibilidad con los Tratados de la adhesión de la Unión al CEDH así planteada”. Ahora bien, ello no era óbice para reformular cuestiones tales como los límites al examen de razonabilidad que pudiera llevar a cabo el TEDH, las reservas al artículo 57 CEDH, las características específicas de la PESC o la prescindibilidad de instruir un procedimiento ya resuelto por el TJUE y pendiente ante el TEDH, entre otras. Así, concluía la Abogada General que el Tribunal de Justicia debería declarar que el proyecto de adhesión sería compatible con los tratados “siempre que en el plano del Derecho internacional se [garantizase] de un modo vinculante” la reformulación de las situaciones mencionadas y de otras tantas que, a su juicio, suponían un conflicto entre jurisdicciones.

La contundencia del Dictamen, que lejos de asumir la Opinión de la Abogada General concluyó la incompatibilidad de pleno del proyecto de adhesión con el DUE, llevó a la paralización de todas las negociaciones¹⁰. Solo cinco años después de su publicación, como detalla LÓPEZ BASAGUREN (2022: p. 72), la Comisión notificó al Consejo de Europa su deseo de reanudar el proceso de negociación. Era 31 de octubre de 2019. A la vista de esta renovada intención el Consejo de Europa propuso crear un grupo de trabajo conjunto *ad hoc* al Comité Director de Derechos Humanos, informalmente denominado grupo “46+1”, en referencia a todos los Estados parte del Consejo de Europa (tras la salida de Rusia) más la UE. Cuando se escriben estas líneas todavía no se ha materializado avance alguno, si bien acaba de producirse la decimoquinta reunión de este grupo, celebrada durante los días 5 a 7 de octubre de 2022 (la decimoprimeras tras la publicación del Dictamen 2/13)¹¹. El artículo 6.2 TUE sigue esperando a ser cumplido.

III. Confluencias y divergencias de un diálogo judicial constante

¹⁰ El Dictamen no implica, sin embargo, toda imposibilidad de adhesión futura. Como señala el mencionado artículo 218.11 TFUE: “En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, *salvo modificación de éste o revisión de los Tratados*” (cursiva propia).

¹¹ El *meeting report* de la última reunión y la información relativa a todas las reuniones previas está disponible online en: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights>

Las reticencias del TJUE a admitir la jurisdicción del TEDH en los términos expuestos en el Dictamen 2/13 —al igual que las originarias reticencias de los intérpretes constitucionales de los Estados miembros a la competencia de ambos tribunales supraestatales— tienen diversas causas que se sintetizan en una única: quién tiene la última palabra.

En su concepción más básica, el sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales en Europa tiene, en términos de BUSTOS GIBERT, tres grandes “nudos” que se corresponden con tres lugares constitucionales: los Estados miembros, la UE y el Consejo de Europa. De aquí emana la idea de constitución red (2012: pp. 28-29). El “*nudo*” estatal conecta con el de la UE por las cláusulas (europeas) previstas en las respectivas constituciones de los 27 Estados, pese a que, en algunos casos, como el de la Constitución española en su artículo 93, estas cláusulas no aludan de forma expresa a la integración. La conexión entre el “nudo” estatal y el del Consejo de Europa se produce por distintas vías, entre las que destaca, eminentemente, la recepción de los tratados internacionales en materia de protección de derechos y libertades, y, en paralelo, la interpretación de dichos derechos y libertades de conformidad con lo dispuesto en tales acuerdos o tratados. Difiere esta conexión de la anterior en que en el caso del CEDH no se está ante un ordenamiento jurídico autónomo, como sí ocurre con el DUE¹². Por último, los dos “nudos” supraestatales también se vinculan entre sí del modo ya indicado en el epígrafe anterior, y a falta de llevar a la práctica lo dispuesto en el artículo 6 TUE.

La interacción entre los tres “nudos” es tan amplia como el completo abanico competencial de que cada instancia está dotada; y parece evidente que el futuro está mucho más próximo a un aumento y complejización del constitucionalismo multinivel que a una vuelta a la exclusividad estatal¹³. De esta forma, tenemos tres grandes “*nudos*” entrelazados que constituye el paradigma completo de la protección de los derechos y libertades: la Constitución nacional,

¹² Esta diferencia se plasma con didáctica claridad, entre muchas otras resoluciones, en la Sentencia del TJUE de 24 de octubre de 2018, recaída en el caso *X. C. y otros* (C-234/17), pars. 35-40 y 44-46.

¹³ Sobre la noción de constitucionalismo multinivel y sus implicaciones en el ámbito europeo es de interés la conceptualización llevada a cabo por GARCÍA GUERRERO (2020, 629-631).

el DUE (y, en particular, la CDFUE) y el CEDH. Un “*jurista persa*” (recordando a Cruz Villalón) podría imaginar una enumeración muy diferente de los derechos y una concretización distinta de sus implicaciones y límites, pero no es así. La problemática en su protección no deriva tanto de una disparidad entre los textos, sino de una falta de convergencia interpretativa. Existen tres declaraciones o catálogos de derechos y tres máximos intérpretes, uno para cada una de ellas. El juez constitucional es el máximo intérprete de una constitución, y, en consecuencia, lleva a cabo el “test o control de constitucionalidad” respecto de las normas internas; el “test o control de europeidad (o comunitariedad)” del DUE tiene como máximo responsable al TJUE; y, por último, en el “test o control de convencionalidad” asume la centralidad el TEDH (PIZZOLO, 2022: p. 42). Todo ello obviando que los tres controles pueden ser difusos; y más aún los dos últimos, que en la práctica lo son¹⁴. La primacía del derecho de cada “nudo” debe compaginarse con el evidente pluralismo y la necesidad de interrelación. Con todo, es más en la divergencia de criterios que en la pluralidad y diferencia de textos normativos donde se halla la disonancia en la protección multinivel. Así, del mismo modo en que Bustos Gisbert habla de “constitución red” desde una óptica de conexión entre ordenamientos, GREWE alude a una “red de derechos equivalentes o mestizados” (*réseau de droits équivalents ou “métissés”*) (2014: p. 963).

Ya desde antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se venía advirtiendo de que la falta de una coordinación eficaz entre ambos tribunales conduce a una “interferencia procesal” (SANZ CABALLERO, 2004) que repercute tanto en el aumento de la complejidad de la arquitectura jurisdiccional europea —introduciendo mayor difuminación e inseguridad jurídica— como, en última instancia, en una menor eficiencia en la salvaguardia de los derechos humanos.

¹⁴ Como recuerda ALONSO GARCÍA, que el juez constitucional no sea el único competente para controlar las leyes ni puede ni debe entenderse como una mutación de un sistema concentrado de control de constitucionalidad de la ley, como pudiera ser el español o el alemán. Lo que se viene produciendo es algo más sutil: la progresiva ampliación del parámetro de control de las leyes, más allá de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, a las normas de la Unión y las normas internacionales, y la atribución del ejercicio de este a la jurisdicción ordinaria (2020: 29).

La única solución a esta situación —que se ha venido denominando como “*guerra entre cortes*” —, además de la clarificación competencial que por vía normativa pudiera hacerse, es el diálogo judicial; y, en concreto, el autocontrol de los tribunales (o *self-restraint*). Son numerosas las técnicas utilizadas para alcanzar tal diálogo o autocontención, y se suelen denominar técnicas de cohabitación. Este concepto engloba desde la mera mención al respeto a la identidad constitucional hasta la referencia directa a la doctrina emanada por otro tribunal. Conviene destacar las cuatro técnicas de cohabitación con mayor trascendencia a efectos de lo aquí señalado.

Por un lado, se encuentra la interpretación conforme. Esta técnica opera respecto de la relación entre los tribunales nacionales y el TJUE y/o el TEDH. No es preciso profundizar en las consecuencias de la celeberrima *Marleasing* ni en lo señalado por *Grimaldi* u otras tantas. Ello no obsta para recordar el sentido clásico que da a esta técnica de cohabitación la primera de las dos sentencias enunciadas: el juez nacional está obligado a interpretar su Derecho nacional “a la luz de la letra y de la finalidad” del DUE (pars. 8 y 13); lo que implica prestar atención a la jurisprudencia de Luxemburgo, que debe ser asumida. Ello es igualmente extrapolable a la doctrina de Estrasburgo. Conviene por tanto llamar la atención sobre la estrecha relación entre la interpretación conforme y los controles (difusos) de comunitariedad y convencionalidad.

La segunda de las técnicas de cohabitación es la alusión al margen de apreciación. Esta técnica opera esencialmente respecto de la relación entre el TEDH y los tribunales internos. Son numerosísimos sus usos a lo largo de la historia jurisdiccional reciente. Un buen ejemplo se halla en la Sentencia de 18 de marzo de 2011 del TEDH, caso *Lautsi y otros c. Italia*, relativo a la presencia de crucifijos en las aulas de los colegios públicos. El principio de respeto a las “opciones de los Estados contratantes” en tanto no se vulneren los derechos humanos y la “*falta de consenso europeo*” sobre ciertas cuestiones (pars. 26-28) derivan en que los Estados parte del CEDH gocen de un margen de apreciación “cuando se trata de conciliar el ejercicio de las funciones que asumen” en el ámbito de algunos derechos (par. 69).

La tercera técnica de cohabitación reseñable, que opera para el TJUE en su relación con el TEDH, es la aplicación de la doctrina de Estrasburgo a través del filtro de los principios generales del DUE. Como se ha expuesto, desde el Acta Única Europea se alude a la promoción por parte de la UE de los derechos humanos recogidos en el CEDH, y en el artículo 6.3 TUE se expresa con claridad esta cuestión: los derechos fundamentales del CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros forman parte del DUE como principios generales. De este modo, como se expondrá posteriormente, el TJUE asume la interpretación que el TEDH hace del CEDH a la luz de los mencionados principios.

La cuarta técnica de cohabitación relevante a estos efectos, que opera para el TEDH en su relación con el TJUE, es la presunción de protección equivalente. Esta técnica se basa en la deferencia (PIZZOLO, 2022: 307). Aunque se desarrollará con mayor profusión a continuación, parece pertinente anticipar en este punto que la presunción de protección equivalente implica el respeto por parte del TEDH a la decisión adoptada por el órgano de resolución de controversias de una organización internacional (como el TJUE) que —como se señala en *Bosphorus*— “asegure a los derechos fundamentales una protección al menos equivalente a la que garantiza el [CEDH]”¹⁵. En cualquier caso, por “equivalente” el TEDH entiende “comparable”, y no “idéntica” (lo que “podría ir en contra del interés de la cooperación perseguida”); y, en todo caso, este hecho es susceptible de revisión¹⁶.

Ya se ha indicado en el epígrafe anterior que el caso *C.F.D.T.* (1978) constituye la primera sentencia de relieve en la compleja relación jurisdiccional entre el TJCE y el TEDH. En ella se establecía que las Comunidades Europeas carecían de legitimación pasiva ante el TEDH al no ser parte contratante del CEDH. Una década después, en el caso *M & Co. c. República Federal de Alemania* (RFA), de 9 de enero de 1990, el TEDH se pronunciaría en una decisión sobre la admisión de una denuncia interpuesta por una empresa contra

¹⁵ Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2005, caso *Bosphorus*, par. 155.

¹⁶ *Ibidem*.

la RFA en relación con una sanción impuesta por la Comisión, confirmada por el TJCE y ejecutada por el citado Estado —en consecuencia, sin margen de apreciación alguno en su actuación—. En esta resolución se inadmite la demanda sobre la base de que la transferencia de competencias a una organización internacional como la UE no es incompatible con el CEDH “siempre que en el seno de dicha organización los derechos fundamentales reciban una protección equivalente”. Se sienta así la recientemente enunciada técnica de cohabitación.

Nueve años más tarde la Sentencia del TEDH de 11 de noviembre de 1996, caso *Cantoni c. Francia*, supondría un punto de inflexión en el proceso de cooperación interjurisdiccional, pues establece la procedencia del control de convencionalidad del TEDH sobre el DUE. Al evaluar si la definición de “producto medicinal” fijada en una norma francesa en trasposición de una Directiva comunitaria contradecía la seguridad jurídica y el principio de legalidad protegidos por el artículo 7 CEDH, el TEDH estimó que el hecho de que Francia definiera el citado medicamento basándose “casi palabra por palabra” en la Directiva no la eximía del ámbito de aplicación del CEDH (par 30). El TEDH no apreció, sin embargo, una violación al Convenio.

El caso *Cantoni c. Francia* guarda ciertas similitudes con el otrora célebre *Matthews c. Reino Unido*, objeto de la Sentencia del TEDH de 18 de febrero de 1999, y donde sí se estimaría violado lo dispuesto en el CEDH. Como es sabido, una ciudadana británica con residencia en Gibraltar reclamó su derecho a las elecciones libres al no poder votar en los comicios al Parlamento Europeo. La duda esencial del litigio era si los Estados miembros son responsables de los actos o normas provenientes del DUE solo en el marco del DUE o también en el marco del CEDH. Esta segunda opción es la correcta. Reiterando lo ya enunciado en *Cantoni c. Francia* sobre la pervivencia de responsabilidad de los Estados, el TEDH consideró que, tras el Tratado de Maastricht, el Reino Unido debía haber modificado su derecho interno para permitir las elecciones en Gibraltar.

La ya mencionada Sentencia del caso *Bosphorus Airways c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005, ahonda en esta cuestión. En este asunto se pone de

manifiesto el paradigma multinivel existente en Europa: una empresa irlandesa suscribe un contrato de *leasing* con la aerolínea nacional yugoslava. Previo a este negocio civil el Consejo de Seguridad de la ONU había impuesto sanciones a la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) por su intervención en la República de Bosnia y Herzegovina. En el caso de la integración, estas sanciones se habían implementado a través del Reglamento CEE/990/93. En ejecución del citado Reglamento (por su naturaleza, directamente aplicable y vinculante), Irlanda procedió al embargo de una de las aeronaves (ex artículo 8 del mencionado Reglamento). En sede de Estrasburgo, tras reiterar lo ya dicho en *Cantoni y Matthews* sobre la pervivencia de la responsabilidad estatal, el TEDH dio un paso más en la línea iniciada en *M & Co. c. la RFA*, pues entró a examinar por vez primera las implicaciones de una denuncia relativa a una norma de DUE. En este punto se pronunció haciendo uso de otra de las técnicas de cohabitación existentes: la protección equivalente. A su juicio, la actuación de Irlanda en cumplimiento de sus obligaciones legales con el DUE “[estaba] justificada siempre que se consider[ase] que la [UE] protege los derechos fundamentales” (par. 155); y tal condicionante se da en la práctica (par. 165).

Siguiendo la línea cronológica, es reseñable por sus particularidades respecto de otros asuntos aquí mencionados lo argumentado en la Sentencia del TEDH de 1 de febrero de 2011, caso *Karoussiotis c. Portugal*, en el que se plantea si debe ser admitida una demanda concerniente a una posible violación del CEDH por parte de un Estado cuando previamente se ha informado a la Comisión Europea de esta violación (que también lo es del DUE) para que esta inicie un procedimiento de infracción. El TEDH entendió que por la naturaleza del procedimiento de infracción la Comisión no estaba obligada a iniciar el procedimiento y, en consecuencia, el TJUE podría no conocer del asunto; además de que en caso de conocer de este se habría de limitar a apreciar que Portugal habría infringido el DUE, sin conceder reparación alguna al interesado. En consecuencia, no fue necesaria siquiera cohabitación alguna, pues el TJUE era ajeno al asunto planteado, por lo que la demanda resultó ser admisible.

El caso *Michaud c. Francia*, resuelto en la Sentencia del TEDH de 6 de diciembre de 2012, se profundiza en la tesis de *Bosphorus* y demás litigios

relatados. Se discute la injustificada negativa del Consejo de Estado francés a plantear una cuestión prejudicial al TJUE sobre el secreto profesional en las relaciones entre abogado y cliente. El TJUE, por tanto, no había tenido oportunidad de valorar la legalidad del elemento discutido y, consecuentemente, el Consejo de Estado resolvió el litigio “sin haber desplegado todo el potencial de la maquinaria internacional dispuesta para la supervisión del respeto de los derechos fundamentales —en principio equivalente a la establecida por el Convenio—” (par. 115). Este motivo lleva al TEDH a estimar que no es posible aplicar la presunción de protección equivalente, que no entra en juego de forma automática, sino que requiere de dos requisitos: la inexistencia de margen de maniobra por las autoridades internas y el pleno despliegue del “potencial de la maquinaria del DUE” para proteger los derechos y libertades (PIZZOLO, 2022: p. 314). Ejemplo de no acontecer el primero, por violar un Estado el CEDH teniendo margen de maniobra para evitarlo, es la Sentencia del TEDH de 21 de enero de 2011, caso *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*. Ejemplo de no darse el segundo es, como se indica, *Michaud c. Francia*.

Por último, en esta saga, el caso *Avotiņš c. Letonia*, objeto de la Sentencia del TEDH de 23 de mayo de 2016, continúa en la senda del perfeccionamiento de la técnica de cohabitación de protección equivalente al enunciar que la misión del TEDH “*queda limitada a comprobar si la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue ‘manifiestamente deficiente’ como para provocar la inaplicación de esta presunción*” (par. 112). Excediendo los límites de este estudio, lo hasta aquí expuesto se ha matizado —o, cuanto menos, especificado— en relación con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en las Sentencias del TEDH sobre los casos *Romeo Castaño c. Bélgica*, de 9 de julio de 2019, y *Bivolaru y Moldovan c. Francia*, de 25 de marzo de 2021.

Finalmente, no puede obviarse una alusión a la entrada en vigor del Protocolo número 16 al CEDH, que supuso un nuevo paradigma en el diálogo judicial. Este Protocolo incorpora la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales de mayor rango de los Estados parte soliciten al TEDH opiniones consultivas sobre cuestiones relativas a la interpretación o aplicación del CEDH o de sus Protocolos (con profundidad, SEVILLA DURO, 2020), y parece estar

indudable destinado a contribuir en el refuerzo de las dimensiones constitucional y objetiva del TEDH (GARCÍA ROCA, 2019: p. 61).

Tanto esta formulación de opiniones consultivas al TEDH como la vía de las cuestiones de inconstitucionalidad en el seno de los Estados parte y la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE (ex artículo 267 TFUE) comparten, pese a sus diferencias, una naturaleza devolutiva y suspensiva que puede llevar al órgano jurisdiccional *a quo* a errar en la elección de la instancia competente a la que remitir una cuestión incidental. Surge aquí un nuevo y potencial conflicto entre las competencias de Estrasburgo y Luxemburgo. En caso de aplicación del DUE, como bien señala el Dictamen 2/13 del TJUE, es evidente que los órganos jurisdiccionales internos deben canalizar sus dudas a través de la cuestión prejudicial al TJUE, pues el TEDH carece de competencia para fiscalizar el DUE¹⁷. Sin embargo, ¿qué debe proceder si la duda surge en los difusos y amplios límites del ámbito aplicativo del DUE? Es evidente que este conflicto solo es tal en el caso de los “órganos jurisdiccionales mayor rango”, designados en última instancia por los Estados suscribientes del Protocolo en sus declaraciones de ratificación, pues, como se deduce *a contrario* de lo dispuesto en el Protocolo, los órganos inferiores no pueden recurrir a la opinión consultiva ante el TEDH. Para parte de la doctrina (RUIZ RUIZ, 2018: p. 479), en caso de persistir la duda, si se debiera priorizar una de las cuestiones, habría de preferirse aquella con efectos formales vinculantes (ante el tribunal constitucional —o, de considerarse ámbito de la Unión, el TJUE—) antes que la meramente consultiva (Protocolo 16 del CEDH). Esta visión parece acertada, sin perjuicio de que el elemento determinante en la elección de un procedimiento u otro debe ser la precisa observancia del marco jurídico en que se desenvuelve cada litigio.

IV. Breve repaso sistemático a las referencias cruzadas (o bidireccionales) entre el TJUE y el TEDH

¹⁷ A este respecto, y sobre la concreta relación del Protocolo 16 con el DUE, *vid.* CALLEWAERT (2015: pp. 57-63).

Suele decirse que el diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH es “hoy menor que mañana” (GARCÍA GUERRERO, 2020: p. 630), y lo cierto es que las referencias cruzadas (o bidireccionales) en la jurisprudencia de ambos tribunales han ido en aumento durante las últimas décadas. No obstante, es preciso no sobredimensionar esta afirmación.

Un interesante estudio de DOUGLASS-SCOTT (2006) muestra que antes de la década de los ochenta Estrasburgo utilizaba muy poco la jurisprudencia de Luxemburgo (apenas la citó una decena de veces antes de 1980), y cuando lo hacía era sin comentarios de contextualización o extrapolación. La única excepción relevante a ello fue la Sentencia de 13 de junio de 1979 relativa al caso *Marckx c. Bélgica*, donde aludió expresamente a la doctrina del célebre caso *Defrenne II* del TJCE (Sentencia de 8 de abril de 1976, asunto 43/75). El aumento de las referencias de Estrasburgo a la jurisprudencia de Luxemburgo comenzó a partir de los años noventa; y, según la citada autora, la actitud del TEDH hacia la jurisprudencia del TJCE era principalmente “deferente y aprobatoria”. Por su parte, el Tribunal de Luxemburgo se limitó a referirse de forma genérica a la doctrina de Estrasburgo entre 1975 y mediados de la década de los noventa. Habría que esperar hasta 1996 para ver la primera gran referencia cruzada, que tendría lugar en la Sentencia del caso *P. c. S. y el Consejo del Condado de Cornwall* (30 de abril de 1996, C-13/94), donde el TJCE, en el párrafo 16, toma directamente la definición que hizo el TEDH de “transexual” en su Sentencia de 17 de octubre de 1986, caso *Rees c. Reino Unido*.

Con todo, lo hasta aquí relatado ofrece evidencias de que hasta el siglo XXI no existía una muestra clara de referencias cruzadas que permitiese extraer cualquier tipo de patrón o correlación jurisprudencial. Avanzando en el tiempo, un reciente estudio de Frese y Olsen que analiza todo el *corpus* jurisprudencial de ambos tribunales entre 2009 (momento de entrada en vigor de la CDFUE) y finales de 2016 demuestra que, si bien parece avanzarse hacia una convergencia interpretativa, siguen siendo pocas las ocasiones en que un tribunal se refiere a la jurisprudencia del otro; y ello sucede, principalmente, en los ámbitos de la justicia penal y en materia de migración. En concreto, durante

el mencionado periodo el TJUE citó jurisprudencia del TEDH en solo 30 ocasiones, y el TEDH aludió a la doctrina del TJUE solamente 31 veces; ello supone que menos del 1% de las resoluciones dictadas por ambos tribunales recogen jurisprudencia del otro (FRESE y OLSEN, 2019: p. 446).

Pese a que cuantitativamente las referencias cruzadas pudieran no parecen reseñables, cualitativamente sí lo son. Buena parte de las alusiones a la jurisprudencia del otro tribunal tienen lugar, precisamente, en asuntos de gran sensibilidad. A juicio de quien escribe estas líneas, en estos supuestos las referencias cruzadas no solo complementan la argumentación que pudiera hacerse, sino que, además, dotan al fallo en cuestión de un mayor respaldo con base en la legitimidad de ejercicio del tribunal cuya jurisprudencia se cita. Ejemplo de ello es una de las sentencias más relevantes en Europa en lo que va de 2022. Se trata de la Sentencia de 27 de julio de 2022 (T-125/22), *RT France c. Consejo de la Unión Europea*, dictada por el Tribunal General (Gran Sala). En ella la filial francesa del grupo audiovisual Russia Today, financiado con cargo a los presupuestos del Estado ruso, solicita la anulación de una Decisión del Consejo por la que se imponen medidas restrictivas a causa de la invasión rusa de Ucrania, entre las cuales se incluye la suspensión de las actividades de radiodifusión de este y otros medios que canalizan “*acciones de propaganda continuas y concertadas contra la sociedad civil de la Unión y de sus países vecinos, distorsionando y manipulando gravemente los hechos*”. Como es evidente, el litigio se centra de lleno en los límites de la libertad de expresión e información y la libertad de empresa (artículos 11 y 16 de la CDFUE, respectivamente). El Tribunal General desestima el recurso de RT France, confirmando la legalidad de las sanciones impuestas por el Consejo. Para ello, cita en hasta 19 ocasiones siete sentencias diferentes del TEDH, especialmente en lo relativo a la libertad de expresión y sus límites. No parece ni casual ni baladí, como se anticipaba *supra*, que en aquellos litigios de mayor impacto y calado jurídico y social las referencias bidireccionales sirvan como complemento y refuerzo de la argumentación de los tribunales.

V. A modo de conclusión

La relación entre el TJUE y el TEDH es complicada por razones jurídicas y extrajurídicas. Entre las primeras se hallan la difícil acotación de los límites del DUE, el complejo sistema de protección multinivel de los derechos fundamentales (*“constitución red”*), el rol desempeñado por los órganos jurisdiccionales internos en el planteamiento de cuestiones incidentales, los posibles solapamientos competenciales y los controles de convencionalidad y/o europeidad que los órganos de ambos sistemas de resolución de controversias pudieran hacer en el marco de su derecho respecto del derecho de la otra organización internacional. Entre las dificultades extrajudiciales está el inacabado debate —próximo a lo político— sobre quién debe tener la última palabra, el recelo por la observancia del derecho propio por parte de un tribunal ajeno y, en síntesis, varias de las razones ya apuntadas que hacen que, a día de hoy, la UE siga sin ser parte del CEDH.

Sin embargo, por contradictorio que pudiera vislumbrarse, y como muchos autores han venido señalando (por todos, KARGOPOULOS, 2015: P. 98, y la doctrina por él citada), el aparente solapamiento o superposición de los ámbitos jurisdiccionales de ambos tribunales bien podría calificarse también como complementario si se quiere situar a los individuos, como beneficiarios, en el epicentro de este antagonismo. Tanto la CDFUE como el CEDH prevén una protección jurídica de los derechos y libertades que resulta parcial en tanto, en la práctica, los recursos procesales disponibles cubren casos limitados, pues si bien el TEDH puede recibir solicitudes individuales por violaciones de los derechos humanos si se cumplen los requisitos previstos en el CEDH, los individuos nunca pueden forzar un pronunciamiento del TJUE. Además, como se desprende de las competencias de las que cada tribunal está dotado, el TEDH examina los procedimientos nacionales en su conjunto, mientras que el TJUE sólo tiene competencia para tratar en abstracto las cuestiones jurídicas que se le plantean (ACOSTA ARCARAZO y MURPHY, 2014: pp. 12-13). En este contexto, el diálogo entre tribunales se llega a tornar, en ocasiones, en una cooperación fáctica que, como señalan

los recién citados autores (2014: p.11), tiende a tener positivas consecuencias para la protección de los derechos y libertades. Como excelente muestra de ello se erige la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2011, caso *N.S. y otros* (C-411/10 y C-493/10), que complementa lo resuelto por el TEDH en su ya referida Sentencia de 21 de enero de 2011, *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*.

Por todo lo expuesto a lo largo de este trabajo no parece imprudente afirmar que el contexto actual es parcialmente disfuncional y a todas luces intrincado, y ello deriva en que la protección de los derechos y libertades en Europa resulte imperfecta. Esto no es óbice para remarcar, como en páginas previas se ha hecho, la laudable labor de ambos tribunales en la materia, especialmente durante las últimas décadas. Sin embargo, y a la espera del avance del proceso de renegociación del grupo 46+1, la adhesión de la UE al CEDH sigue pareciendo una tarea tan pendiente y complicada como útil y necesaria. Quizá sea esta la única vía para avenir, por fin, al TJUE y el TEDH.

VI. Bibliografía

ACOSTA ARCARAZO, D. y MURPHY, C. C. (2014). *Rethinking Europe's Freedom, Security and Justice*. En C. C. Murphy y D. Acosta Arcarazo (eds.), *EU Security and Justice Law: After Lisbon and Stockholm*. (pp. 1-16). Oxford: Hart Publishing.

ALONSO GARCÍA, R. (2016). *Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014*. En I. Ugartemendía Eceizabarrena y H. Labayle (dirs.), *La tutela judicial de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*. (pp. 142-173). Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.

ALONSO GARCÍA, R. (2020). *El control de convencionalidad: cinco interrogantes*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 119, pp. 13-51.

BUSTOS GISBERT, R. (2012). *Elementos constitucionales en la red global*. *Estudios de Deusto*, volumen 60/2, pp. 21-43.

CALLEWAERT, J. (2015). *Protocol No. 16 and EU Law*. En J. Casadevall et al. (eds.), *Essays in Honour of Dean Spielmann*. (pp. 57-63). Oisterwijk: Wolf Legal Publishers.

CONTE, A. (2012). *A Europe of Rights: History of the EU Charter*. Cardoc Journals, número 9, pp. 1-135.

DOMINICK, M. F. (1990). *Toward a Community Bill of Rights: The European Community Charter of Fundamental Social Rights*. Fordham International Law Journal, volume 14, número 3, pp. 639-668.

DOUGLAS-SCOTT, S. (2006). *Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, volume 43, número 3, pp. 629-665.

EECKHOUT, P. (2015). *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue. Autonomy or Autarky?* Jean Monnet Working Paper, The NYU Institutes on the Park, número 1/15, pp. 1-39.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A. (1985). *La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (CEDH): Un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario*. Revista de Instituciones Europea, volumen 12, número 3, pp. 701-722.

FRESE, A. y OLSEN, H. P. (2019). *Spelling It Out—Convergence and Divergence in the Judicial Dialogue between CJEU and ECtHR*. Nordic Journal of International Law, volume 88, pp. 429-458.

GAJA, G. (1996). *Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms*. Common Market Law Review, volume 33, número 5, pp. 973-989.

GARCÍA GUERRERO, J. L. (2020). *Constitucionalismo multinivel*. En B. Pendás (ed.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI. Volumen "Ciencias Políticas y Jurídicas"*. (pp. 629-631). Madrid: BOE y Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

GARCÍA ROCA, J. (2019). *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Navarra: Civitas.

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

HALBERSTAM, D. (2015). *It's the Autonomy, Stupid!' A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*. *German Law Journal*, volumen 16, número 1, pp. 105-146.

HERMIDA DE LLANO, C. (2005). *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*. Barcelona: Anthropos.

KARGOPOULOS, A. I. (2015). *ECHR and the CJEU. Competing, overlapping, or Supplementary Competences?* *European Criminal Law and Human Rights*, volumen 3, pp. 96-100.

LABAYLE, H. (2014). *La guerre des juges n'aura pas lieu. Tant mieux? Libres propos sur l'avis 2/13 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de l'Union à la CEDH*. Réseau Universitaire Européen. Accesible en <http://www.gdr-elsj.eu/es/2014/12/22/droits-fondamentaux-es/la-guerre-des-juges-naura-pas-lieu-tant-mieux-libres-propos-sur-lavis-213-de-la-cour-de-justice-relatif-a-ladhesion-de-lunion-a-la-cedh>.

ŁAZOWSKI, A. y WESSEL, R. A. (2015). *When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR*. *German Law Journal*, volume 16, número 1, pp. 179-212.

LÓPEZ BASAGUREN, A. (2022). *El derecho primario de la UE. La protección de los derechos fundamentales en la UE*. En A. López Castillo (dir.), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, volumen II, 4ª edición. (pp. 19-81). Valencia: Tirant Lo Blanch.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2016). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 9ª edición, Madrid: Tecnos.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2009). *The protection of Human Rights in the European Union*. En F. Gómez Isa y K. De Feyter (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*. (pp. 777-801). Bilbao: Universidad de Deusto.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2015). *El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?* Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 52, pp. 825-869.

PERRAKIS, S. E. (1990). *Contribution au débat sur la protection communautaire des droits de l'homme : La Déclaration des Droits et Libertés Fondamentaux du Parlement Européen*. Revue du Marché Commun, número 338, pp. 467-474.

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

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

RUIZ RUIZ, J. J. (2018). *El refuerzo de diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo n.º 16 al CEDH*. Teoría y Realidad Constitucional, número 42, pp. 453-482.

SANZ CABALLERO, S. (2004). *Interferencias en el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: (Luxemburgo versus Estrasburgo, ¿quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)*. Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 17, pp. 117-158.

SCHUTTER, O. (2010). *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation*. Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, número 83, pp. 533-571.

SEVILLA DURO, M. Á. (2020). *El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos*. Anales de Derecho, número especial “El TEDH en sus sesenta aniversarios”, pp. 1-26.

URÍA GAVILÁN, E. (2018). *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Barcelona: Bosch Editor.

DESCRIPCIÓN DEL DERECHO INTERNO DE LAS RELACIONES EXTERIORES (DIRE) EN EL MERCOSUR

Carlos A. Sánchez Mas¹

Fecha de recepción: 8 de octubre de 2022

Fecha de aceptación: 29 de noviembre de 2022

Resumen

El Derecho Interno de las Relaciones Exteriores es un área del derecho interno que regula la actuación del Estado con los demás sujetos del derecho internacional. Esta área jurídica también puede ser concebida en procesos de integración supranacionales o intergubernamentales, tal es el Mercosur. El presente trabajo busca contribuir a su estudio mediante la mención de las características, debilidades y principales temas que dan forma al DIRE del Mercosur. Entre estos últimos se encuentra la Cuestión de las Islas Malvinas, el arancel externo común y el acuerdo de asociación estratégica con la Unión Europea. El DIRE del Mercosur padece un escaso desarrollo, lo que podrá revertirse en tanto se profundice el proceso de integración.

Palabras clave: Derecho Interno de las Relaciones Exteriores – Mercosur – Derecho de la Integración

Title: THE MERCOSUR'S FOREIGN RELATION LAW

Abstract

The Foreign Relation Law is an area of domestic law that regulates the actions of the State with other subjects of international law. This legal area can also be conceived to in supranational or intergovernmental integration processes, such

¹ Abogado (Universidad Nacional de San Juan, Argentina). Director del Instituto de la Cuestión Malvinas del Foro de Abogados de San Juan (Argentina). Miembro de la Red Federal de Estudios sobre Malvinas (Argentina). Profesor adscripto, cátedra de Derecho Internacional Público (2022/2023, Universidad Nacional del San Juan, Argentina). Experto en Aplicación del Derecho Internacional Público en Perspectiva Comparada (Universidad de Mendoza, Argentina y Universidad Autónoma de Madrid, España). Asesor Legal del Colegio de Psicólogos de San Juan (Argentina).

as Mercosur. This paper seeks to contribute to its study by mentioning its main characteristics. Among the issues that define Mercosur's Foreign Relation Law are the Malvinas Islands Dispute, the common external tariff and the strategic association agreement with the European Union. Mercosur's Foreign Relation Law is underdeveloped, which could be reversed as the integration process deepens.

Keywords: Foreign Relation Law – Mercosur - Integration Law

I. Introducción

La doctrina especializada ha estudiado el Derecho Interno de las Relaciones Exteriores (desde acá, DIRE) a partir de su creación por los Estados. Este punto de partida debe considerarse acertado, pues el Estado es el sujeto más importante del Derecho Internacional Público (BARBOZA, 2008: p.153). Pero siendo igualmente cierto que no es el único sujeto del derecho de gentes (REMIRO BROTONS *ET AL*, 2010: p. 67) es posible afirmar que otros sujetos del Derecho Internacional cuentan con DIRE propio, aunque con características particulares.

Así, puede observarse un DIRE en las personalidades complejas del Derecho Internacional Público, como son los procesos de integración y, particularmente, en el Mercosur (Mercado Común del Sur), integrado por la República Federativa del Brasil; la República Federal Argentina; la República Oriental del Uruguay y la República del Paraguay. El conocimiento del DIRE del Mercosur, sus debilidades, las normas que lo integran y las características que lo definen y diferencian permitirá evaluar cómo se relaciona el bloque mercosureño con otros sujetos internacionales.

El Mercosur es una persona del derecho internacional. Como lo expresan MIOLANO, J. *ET AL* (2011: p. 33) para ser sujeto del derecho internacional no basta con ser actor en el plano de las relaciones internacional sino poseer una aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones en aquel plano. Así, la personalidad del bloque mercosureño deviene de la declaración de los artículos 34 y 35 del Protocolo de Ouro Preto y de la realidad internacional en donde este proceso de integración se pone en relación con otros sujetos del derecho

internacional, asumiendo derechos y obligaciones. Para poder entablar estas relaciones del derecho internacional precisa un régimen jurídico interno que las conduzcan y encuadren.

II. El derecho interno de las relaciones exteriores (DIRE)

El DIRE ha sido definido por una parte de la doctrina especializada de modo amplio, en tanto que otra parte lo ha considerado de modo restringido. Para ESPÓSITO, en referencia al DIRE del Reino de España, este está integrado por el conjunto de normas y las prácticas observadas que, pertenecientes al derecho interno, regulan el poder del Estado respecto de otros sujetos del derecho de gentes (2020: p. 291). Entre estas normas y prácticas estaría contemplado el uso de la fuerza armada. En tanto que ROLDAN BARBERO acota el concepto considerando al DIRE como la estructura jurídica del Estado creada para encarar las relaciones exteriores de derecho de ese Estado con la comunidad internacional (2020: p. 301).

El DIRE no es una disciplina jurídica autónoma. Tampoco se podría decir que integra una parte del derecho constitucional o del derecho internacional público², aunque sus normas pueden estar contenidas en las leyes supremas de los Estados. Es el caso de los artículos 27; 124; 75, inciso 22; 99 inc. 11 y 124 de la Constitución Nacional argentina y de los artículos 93 y 94 de la Constitución del Reino de España. Estos últimos regulan la competencia parlamentaria de las Cortes Generales españolas para “la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”. Puede decirse que el DIRE comparte caracteres comunes con aquellas ramas del derecho, como también con el derecho administrativo, por formar parte, todas ellas, del derecho público.

² En tal sentido BRADLEY (2019: p. 2) afirma en su obra, citada en la sección bibliográfica del presente trabajo: “the term ‘foreign relations law’ is not meant to encompass ‘pure’ questions of international law—that is, a nation’s obligations under treaties and customary international law on the international plane” (Es decir: “el término ‘derecho de las relaciones exteriores’ no debe ser pensado o incluido como una cuestión de puro derecho internacional sino, más bien como las obligaciones de los Estados sobre Tratados y la costumbre en el plano internacional).

Se ha dicho que el DIRE posee menor calidad democrática porque el Poder Ejecutivo interviene en su creación en detrimento de los otros poderes del Estado (ROLDAN BARBERO, 2020: p. 307). Otros autores como PEROTTI (2004: p. 1013) han comentado esta participación preferente del Poder Ejecutivo “tal como ocurre en el sistema constitucional de los Estados Partes del Mercosur, las cuestiones que hacen al relacionamiento exterior de país constituyen —en la práctica y en el derecho— facultades ejercitadas por el poder ejecutivo”. Quizás esta consideración respecto del menguado carácter democrático, no es del todo justa y tal vez se trata que el DIRE posee caracteres similares al Derecho Administrativo por su particular naturaleza publicista.

III. El DIRE del Mercosur

La integración interestatal es un proceso que puede entrañar el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho internacional, y habitualmente lo hace. La integración puede asumir diferentes niveles de asociación y desarrollarse en diversos planos (aduanero, comercial, etc.) con diversos matices acciones como la adopción de un código aduanero, un arancel externo común, etc. *“En esos casos se dice que estamos en presencia de procesos de integración porque las políticas comunes, por ejemplo, fijar un arancel de importación común, significan no ejercer una autonomía plena ya que el mismo debe ser acordado por todos”*. (SOTO Y GONZALEZ, 2011: p.13). Esta es una política común de relacionamiento exterior.

Puede afirmar que el Mercosur cuenta con un DIRE propio y distinto al de sus Estados parte. Esta apreciación puede ser también aplicada otros procesos de integración. Así, Roldan Barbero estima que el DIRE español se encuentra mediatizado por el Derecho de la Unión Europea, el que a su vez posee su propio DIRE (ROLDAN BARBERO, 2020: p. 307). Esta aseveración es aplicable al derecho del Mercosur.

El DIRE del Mercosur no es identificable con el de sus Estados parte ni resulta idéntico al de cualquier otro Estado. Se caracteriza por acusar un desarrollo exiguu, principalmente debido al carácter intergubernamental de dicho proceso de integración, y a los vaivenes políticos de sus Estados parte, a

diferencia de otros procesos supranacionales, como la Unión Europea, con mayor desarrollo de consolidación institucional y expresa cesión de prerrogativas soberanas. En general, la misma naturaleza de los procesos de integración, condiciona su existencia a los fines y objetivos de su creación. Con ello, el DIRE también estará circunscripto a ellos.

El DIRE del Mercosur es particularísimo, como el de todo esquema de asociación intergubernamental o supraestatal pues su origen no está en un Estado individual sino en un sujeto compuesto por estados, y surgido de un proceso regido por el derecho de la integración. Las decisiones que adopta dicho sujeto habitualmente surgen de mecanismos más complejas que las que adopta de un Estado. Derivado de lo anterior, el DIRE del Mercosur no puede estudiarse por fuera del Derecho de la integración, sino como una sección de aquella rama del derecho. Siendo el DIRE del Mercosur derecho interno del bloque, regido por el derecho de la integración, las normas de esta rama jurídica, a diferencia de las del Derecho Internacional Público, afectan a las personas individuales.

El derecho del Mercosur no supone una regulación acabada pues adolece de muchas lagunas, y la técnica legislativa de sus normas deja amplio margen a la flexibilidad interpretativa, característica típica de un proceso de integración intergubernamental. A su vez el marco jurídico del Mercosur es complejo. Ello deriva de su composición por Estados, cada uno con su Derecho interno de las relaciones exteriores particular y separado del resto, a veces, con objetivos y metas distintos a los del bloque. Esto genera periodos de mayor cohesión alternados con otros de menor cohesión de bloque.

El DIRE de cada sujeto del derecho internacional se circunscribe a sus necesidades, objetivos nacionales o finalidades del proceso de integración u organizacional de que se trate. En el caso del Mercosur su DIRE está condicionado a los objetivos declarados en el artículo 1° del Tratado de Asunción. Ellos son: la libre circulación de bienes y servicios; la adopción de un arancel externo común; la adopción de una política externa común en relación a otros sujetos del derecho internacional; la coordinación de políticas macroeconómicas y la armonización de las legislaciones nacionales para fortalecer el proceso de integración.

Según dispone el artículo 8° del Protocolo de Ouro Preto, el órgano encargado de la gestión de la personalidad jurídica del Mercosur es el Grupo Mercado Común. El inciso IV del mismo artículo establece que, como máximo órgano del Mercosur, también es el encargado de negociar y firmar tratados internacionales con los demás Estados y organismos internacionales. Esta potestad no es excluyente de otros órganos del Mercosur. El Consejo Mercado Común y la Comisión de Comercio pueden recibir por delegación del Grupo Mercado Común la potestad del artículo 8 inciso IV.

Otro aspecto del DIRE del Mercosur es su régimen de inmunidad de jurisdicción expresado en Acuerdos de sede. Por ejemplo, el Acuerdo de sede del Mercosur CMC/Dec N°32/09, conocido como Acuerdo de Sede entre Argentina y el Mercosur para el funcionamiento del Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos, establecido en los artículos 4 y 5 del Anexo de dicho Acuerdo. Mediante el mismo se reconoce al Mercosur inmunidad de jurisdicción en todo lo que se relacione con el funcionamiento del Políticas Públicas de Derecho Humanos.

Además, puede citarse el Acuerdo entre la República del Paraguay y el Mercosur para el funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión, implementado mediante el Decreto CMC/Dec. N° 01/05. Esta norma regula un sentido idéntico al Acuerdo comentado en el párrafo anterior.

La Comisión de Comercio del Mercosur es el órgano al que compete el seguimiento y revisión de las cuestiones relacionadas con la política comercial común con terceros países (también dentro del Mercosur), según los artículos 16 y 19, inciso I del Protocolo de Ouro Preto.

El Mercosur ha celebrado tratados con otros Estados, con procesos de integración y con asociaciones intergubernamentales. Entre ellos puede mencionarse respectivamente: el Acuerdo para la creación de un área de libre comercio entre los Estados parte del Mercosur y Sudáfrica del 15 de diciembre de 2000; el Acuerdo del Libre Comercio con la Unión Europea, aun en negociación y el Acuerdo Marco de Cooperación entre el Convenio Andrés Bello (CAB) y los Estados partes del Mercosur del 15 de octubre de 2010.

La razón del desarrollo exiguo y fragmentario del DIRE del Mercosur está en su misma naturaleza jurídica de proceso intergubernamental. Ello causa que los Estados partes retengan las funciones que, atribuidas al Mercosur, posibilitarían mayor creación de normas e instituciones de ejecución de DIRE. Valga como ejemplo que los órganos principales del Mercosur están integrados por funcionarios de los Estados parte y no por funcionarios propiamente del Mercosur. Así, el Consejo Mercado Común está integrado por los ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los Estados parte.

i. La “cuestión de las Islas Malvinas” y el DIRE del Mercosur

La Cuestión de las Islas Malvinas es un tema de particular importancia del Mercosur en su relación con los demás sujetos del derecho internacional. La Organización de Naciones Unidas a través de la Resolución 2065 (XX) y siguientes de la Asamblea General caracteriza a esta disputa como un conflicto colonial enmarcado en la Resolución 1514 (XV), y lo define como un diferendo de soberanía pendiente de resolución entre la República Argentina y al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte por las Islas Malvinas; Islas Sándwich del Sur; las Islas Georgias del Sur (San Pedro) y los espacios marítimos correspondientes, cuya solución pacífica debe contemplar el respeto de los intereses de los isleños.

La Organización de Estados Americanos (OEA), en cuya estructura coinciden todos los Estados parte del Mercosur, ha afirmado sin cambios la soberanía argentina sobre los territorios en disputa. En tanto que la Unión Europea había catalogado a aquellos territorios coloniales como “Territorios de Ultramar” bajo soberanía británica, en clara oposición a la postura asumida por el Mercosur y la OEA. La salida del Reino Unido de la Unión Europea ha variado esta situación en tanto los territorios en disputa no poseen actualmente status alguno dentro del bloque comunitario europeo.

Este conflicto de soberanía ha encauzado el DIRE del Mercosur al asumir una postura al respecto y adoptar prácticas internas, de acuerdo al Derecho Internacional, que de algún modo regulan la actuación del Mercosur con otros sujetos del derecho de gentes.

Particularmente en la XLII Reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Presidentes del Mercosur, celebradas en Montevideo, República Oriental del Uruguay el 19 y 20 de diciembre de 2011 se adoptó la Declaración de los Estados Partes del Mercosur y Estados asociados sobre buques que enarbolan la bandera ilegal de las Islas Malvinas. Los Jefes de Estado de los Estados parte del Mercosur más los Estados asociados (República de Chile y Estado Plurinacional de Bolivia) reiteraron el compromiso oportunamente asumido de adoptar, de conformidad con el Derecho Internacional y sus respectivas legislaciones internas, todas las medidas susceptibles de ser reglamentadas para impedir el ingreso a sus puertos de los buques que enarbolan la bandera ilegal de las Islas Malvinas.

El comunicado acentuaba que los buques rechazados en su acceso a algún puerto de la región, debían evitar solicitar el ingreso a otros puertos de los demás Estados Parte del MERCOSUR y sus Estados asociados mientras porten dicha bandera. En caso de violar esta reglamentación el comunicado afirmaba la aplicación de toda medida susceptible a hacerla cumplir, de conformidad con el Derecho Internacional y la legislación interna. Si bien se trata de una declaración presidencial y no de una norma jurídica puede traducirse como una práctica interna del Mercosur en su relación con otro Estado, en el caso el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Otra manifestación presidencial de Jefes de Estado del Mercosur aconteció el 21 de diciembre de 2015 en ocasión de operaciones ilegales de exploración y explotación de hidrocarburos en la plataforma continental argentina. En ella se manifestó la reafirmación del Comunicado Especial sobre explotación hidrocarburífera dado en la Cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe³; se ratificó el derecho de la República Argentina a imponer sanciones penales y administrativas, así como se reafirmó el compromiso de impedir el arribo de buques con bandera ilegal de Islas Malvinas a puertos del bloque.

Todas estas medidas constituyen prácticas del Mercosur y de sus Estados miembros hacia afuera del bloque y, por lo tanto, manifestación de su DIRE. La Cuestión de las Islas Malvinas constituye un tema que ha delineado el DIRE del

³ Cancún, 2010.

Mercosur y en tanto el proceso de integración se profundice y el conflicto no sea solucionado, tendrá cada vez más influencia en el DIRE mercosureño.

ii. El comercio exterior y el arancel externo común

Entre los principios y propósitos consignados en el Tratado de Asunción se estipula, en el artículo 1°, que uno de los objetivos del Mercosur está dado por el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados.

El arancel externo común del Mercosur representa una de las manifestaciones más importantes del DIRE de este bloque regional y uno de los peldaños más importantes en la consolidación del proceso de integración. Así, el arancel de cada producto extra bloque que ingrese al Mercosur está grabado con un impuesto, contemplado en una Nomenclatura Común.

En ese marco la norma del artículo 4° del Tratado de Asunción establece que el relacionamiento externo del bloque mercosureño con terceros Estados debe asegurar condiciones equitativas de comercio. Igualmente faculta a los Estados Partes a prohibir importaciones beneficiadas por subsidios o prácticas de dumping.

La norma del Arancel Externo Común, que tiene hoy numerosas excepciones, ha sido violentada con mengua de la consolidación institucional del Mercosur y desarrollo armónico de su DIRE. Por ejemplo, recientemente la República Federativa de Brasil rebajó unilateralmente el Arancel Externo Común en un 10% para más de 6000 posiciones arancelarias contempladas en la Nomenclatura Común, según informa el sitio web Correio Braziliense⁴. Las normas del Tratado de Asunción y del Protocolo de Ouro Preto requieren que ese paso se dé mediante una norma regional previa.

Por otro lado, se observan tendencias contrarias que denotan esfuerzos por aplicar y consolidar el derecho del Mercosur, tal como puede observarse en

⁴ Correio Braziliense (2022) Governo reduz em mais 10% imposto de importação de bens comercializados Disponible en: <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2022/05/5010031-governo-reduz-em-mais-10-imposto-de-importacao-de-bens-comercializados.html>

el fallo, dado en la República Argentina, por la Cámara Contencioso Administrativo Federal (Sala V), en la causa caratulada “Compañía de Alimentos Fargo SA c/ DNCI s/ Lealtad Comercial – Ley 22.802 – art. 22”, sobre el Reglamento para la Rotulación de Alimentos Envasados reglado por Resolución 26/03 GMC.

Estos vaivenes debilitan el DIRE del bloque, imposibilitando la aplicación eficaz de las normas que, como el artículo 19 del Protocolo de Ouro Preto, facultan a la Comisión de Comercio a controlar la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial con terceros países, organismos internacionales.

El Mercosur ha buscado la implementación de prácticas internas destinadas a fortalecer sus relaciones de comercio exterior. Así, el Punto 2 de la Declaración de los Estados parte del Mercosur sobre el combate a la corrupción en el Comercio Exterior, del 14 de diciembre de 2019, expresa la reafirmación de “la adopción o el mantenimiento de medidas legislativas y otras medidas necesarias para combatir efectivamente al soborno y a la corrupción y para velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales de las cuales sean Partes”, entre ellas nombra especialmente a dos: la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción y un instrumento regional: la Convención Interamericana Contra la Corrupción.

iii. El Acuerdo de Cooperación Estratégica ente el Mercosur y la Unión Europea.

El Acuerdo de Asociación Estratégica entre el Mercosur y la Unión Europea es una importante manifestación del DIRE del Mercosur. La concreción de este acuerdo influirá decisivamente en las relaciones del Mercosur y la Unión Europea. Durante más de 20 años ambas partes negociaron un acuerdo de libre comercio que fue finalmente aprobado, aunque vetado por dos Estados de la Unión: la República Francesa y la República de Irlanda.

La concreción del Acuerdo con la Unión Europea supondría una readaptación de prácticas y normas internas del Mercosur a los requerimientos de los Estados europeos objetores, y en última instancia a los requerimientos de la Unión Europea. Ello podría suponer redefinir la normativa interna relativa a las

relaciones exteriores, del Mercosur a fin de propiciar el mantenimiento operativo y el sostenimiento perdurable del Acuerdo.

iv. Principio de reciprocidad.

Lo dicho en los dos puntos anteriores permite suscribir a la doctrina de DREYZYN DE KLOR en el sentido de restringir el alcance del principio de reciprocidad hacia adentro del Mercosur (2007: p. 52). Este principio del derecho internacional, cuya formulación más básica expresa la actitud que un Estado adopta respecto de otro según el trato que ha recibido de este, tanto respecto de represalias como de beneficios, es incompatible con un proceso de integración. En efecto, puede influir en su DIRE pero no en las relaciones inter partes pues por su misma naturaleza los procesos de integración, aunque de carácter intergubernamental como en el caso del Mercosur, se crean para diferenciar los Estados del bloque de terceros Estados u otros bloques regionales.

De todos modos, como lo expresa DREYZYN DE KLOR, el Tratado de Asunción consagra, ad intra del Mercosur la reciprocidad como regla del conjunto de derechos y obligaciones de los Estados partes del bloque, en su artículo 2° “El Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de los derechos y obligaciones de los Estados partes” (2007: pp. 52-53).

IV. El contenido material del DIRE del Mercosur

El contenido material del DIRE del Mercosur está configurado por toda la normativa y la práctica destinadas a la elaboración y aplicación del Derecho Internacional del Mercosur.

Se puede afirmar mutatis mutandis con ESPÓSITO que el DIRE mercosureño es esencialmente derecho interno regido por el derecho de la integración, no derecho internacional. Como expresa el citado autor “aunque puede confundirse o solaparse con el Derecho internacional, no es necesariamente ni principalmente Derecho internacional” (2020, p. 292).

Una consecuencia a la consideración del DIRE como derecho interno del bloque es que su transgresión no genera responsabilidad internacional porque es violación del derecho del bloque, no del derecho de gentes.

V. La concepción del DIRE en el Mercosur según la nomenclatura de McLachlan

Teniendo presente lo expuesto el DIRE del Mercosur puede ser caracterizado en este punto considerando las categorías elaboradas por MCLACHLAN, (citado por ESPÓSITO, 2020: p. 297). Este autor ha propuesto cuatro concepciones del DIRE: excluyente, internacionalista, constitucional y diplomática. Estas concepciones no se excluyen entre sí, pudiendo convivir y predominar unas sobre otras.

La categoría excluyente procura diferenciar y dividir las potestades internas de las externas en cuanto a las relaciones exteriores. En opinión de ESPÓSITO “aquí la constitución de un Estado operaría en un ámbito interno y las acciones externas del Estado quedarían fuera de su alcance, siendo reguladas solo por el Derecho internacional” (2020, p. 297).

La categoría o concepción internacionalista busca la incardinación del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno del Estado en cuestión mediante normas de fondo y de forma.

La concepción constitucional, es aquella que, en opinión de ESPÓSITO (2020: pp. 292-293), se identifica con las tareas “básicas del constitucionalismo, es decir, la separación de poderes y la protección de los derechos fundamentales. Se reconoce en las reglas y prácticas relativas a la distribución de poderes exteriores al Estado entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial”.

Finalmente, para la concepción diplomática su finalidad primordial es el armado de las estructuras necesarias para lograr las relaciones exteriores con otros actores del derecho internacional público.

Aunque estas concepciones han sido elaboradas para Estados pueden ser aplicadas a los procesos de integración. Pero en aquellos cada categoría podrá verse con mayor o menor claridad según sea o no preponderante, en tanto que, en procesos de integración, particularmente aquellos cuya naturaleza es intergubernamental, como el Mercosur, ello no será posible. Así, el Mercosur no dispone de órganos legislativos o judiciales con competencias plenas. Tanto el Parlamento del Mercosur como el Tribunal Permanente de Revisión poseen

poderes limitados, y el Parlamento ni siquiera posee potestad normativa sin intervención de otros órganos.

i. La concepción preponderante.

Es posible afirmar que la concepción preponderante en el DIRE del Mercosur es la constitucional. Las demás concepciones se encuentran presentes, aunque sensiblemente menguadas.

Tal concepción puede observarse en Protocolo de Ouro Preto, artículos 8° inciso IV; 14°, inciso VII; 16° y 19°. En tanto que en el Tratado de Asunción puede compulsarse en el artículo 4°, en cuanto dispone que “En las relaciones con terceros países, los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio”. También en el artículo 1° en cuanto dispone que, entre los propósitos del Mercosur “El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados”.

Estas normas, que regulan las relaciones del bloque con el resto de los sujetos del derecho internacional público, forman parte de los Tratados Fundacionales y asignan funciones en tal sentido a los órganos ejecutivos del Mercosur. Ni el Parlamento del Mercosur, ni el Tribunal Permanente de Revisión tiene funciones compatibles con la concepción de DIRE expuesta más arriba.

VI. desafíos para el desarrollo del DIRE del Mercosur

El DIRE del Mercosur acusa una estructura fragmentaria y desarrollo exiguo debido a la voluntad de los Estados partes respecto de no acelerar la profundización del proceso de integración. En otras palabras, al marcado y persistente carácter intergubernamental del bloque.

El derecho interno del Mercosur no está suficientemente desarrollado por la reticencia de los estados miembros de otorgar al bloque mayores funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. Ello se observa en los vaivenes políticos y económicos hacia adentro que influyen en crear un DIRE incipiente o incompleto. Las relaciones del Mercosur hacia afuera se verán fortalecidas, y con ellas su DIRE, en cuanto los Estados partes logren cohesionar eficientemente los

objetivos nacionales con los objetivos del bloque, dotando a sus instituciones de cierta autonomía legislativa, ejecutiva y judicial.

Actualmente las funciones ejecutivas del Mercosur son ejercidas por instituciones compuestas por funcionarios de los Estados partes, no funcionarios del Mercosur, caso del Consejo Mercado Común. Si bien esta aseveración y lo expuesto en los dos párrafos anteriores puede tolerarse como una consecuencia común a todo proceso de integración en su etapa primigenia, debe ser necesariamente superada. En tal sentido PEROTTI afirma que “los procesos de integración potencian tales atribuciones, lo que resulta evidente en los primeros años del proyecto en los cuales las funciones legisferantes descansan, particularmente, en órganos regionales compuestos por funcionarios de la administración pública de cada Estado” (2020: p. 1013).

Es menester que los Estados parte acusen recibo de una de las principales consecuencias de formar parte de un bloque de integración (aunque no sea sino de carácter intergubernamental), tal es la adhesión a normas y principio comunes por sobre los intereses nacionales. Expresa PEROTTI que es en el ámbito del reparto de competencias donde se expresa la interferencia e influencia del proceso de integración, debido a “la creación de un nuevo centro de creación normativa como lo son las instituciones del bloque que administran el esquema de integración” (2004: p. 1003).

El Derecho de la Integración se aplica directamente a los sujetos individuales. En tal sentido el derecho mercosureño hacia afuera debe hacer de las relaciones exteriores del Mercosur un instrumento útil para el cumplimiento de los objetivos y las finalidades contenidos en los instrumentos constitutivos, tales como la adhesión al compromiso democrático (Protocolo de Ushuaia sobre el compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile) o a los derechos humanos fundamentales (Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los Derechos Humanos del Mercosur).

VI. Conclusiones

El Mercosur tiene un DIRE propio distinto al de sus Estados partes, manifestado principalmente en las normas de sus Tratados Fundacionales: Tratado de Asunción y Protocolo de Ouro Preto.

El DIRE del Mercosur es una consecuencia de su personalidad internacional, manifestada en el protocolo de Ouro Preto y en el hecho de que el Mercosur actúa en el plano internacional en relación con otros sujetos del derecho de gentes.

Según la nomenclatura del Mc Lachlan, la concepción preponderante del DIRE del Mercosur es la constitucional, sin perjuicio de que las demás estén presentes, aunque atenuadas.

El Arancel Externo Común y el Acuerdo Estratégico con la Unión Europea constituyen asuntos de gran importancia en la configuración del DIRE del Mercosur.

El conflicto de soberanía por las Islas Malvinas ha determinado la creación de prácticas internas del Mercosur en su relación con otros sujetos del derecho internacional, en busca de una solución al conflicto de soberanía respetando los intereses de la población isleña.

El DIRE del Mercosur acusa un marcado carácter fragmentario y exiguo desarrollo debido al carácter intergubernamental del bloque.

El DIRE mercosureño experimentará un desarrollo en la medida en que los Estados partes del Mercosur decidan profundizar el proceso de integración pasando de una unión intergubernamental a una de tipo supranacional. Esto implica dotar a las instituciones del bloque de potestades legislativas, ejecutivas y judiciales

VII. Bibliografía

BARBOZA, J. (2008), Derecho Internacional Público. Buenos Aires: Zavalía.

BRADLEY, C. (2019). What is Foreign Relations Law? En Bradley, C. R. (ed.), Oxford Handbook on Comparative Foreign Relations Law, OUP.

DREYZYN DE KLOR, A. (2007). Las Iniciativas de Integración. El Mercosur Jurídico. Ponencia presentada por la autora en el Seminario “El Derecho de la Integración Suramericano en su contexto” realizado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 6 y 7 de diciembre de 2007.

ESPOSITO, C. (2020). El Derecho Español de las Relaciones Exteriores. Revista Española de Derecho Internacional, Vol. 72/2, julio-diciembre 2020, pp. 291-298.

MIOLANO, J. *et al* (2011). Introducción al Derecho Internacional Público. San Juan: Universidad Nacional de San Juan.

PEROTTI A. (2004), Habilidad constitucional para la integración comunitaria. Edición: Konrad Adenauer Stiftung.

REMIRO BROTONS, A. *et al* (2010). Derecho internacional. Curso General. España: Tirant Lo Blanch.

ROLDAN BARBERO, J. (2020). Derecho Español de las Relaciones Exteriores: un *tertium genus*? Revista Española de Derecho Internacional, volumen 72/2, julio-diciembre 2020.

SOTO A. Y GONZALEZ F. (2011). Manual de Derecho de la Integración. Buenos Aires: La Ley.

Resumen

Este artículo realizará un análisis de los algoritmos predictivos y su utilización en los procesos criminales. Se realizará un breve análisis del funcionamiento de los mismos y de si estos son verdaderamente objetivos o si replican los sesgos y los estereotipos sociales.

De igual manera, se analizará la utilización de los mismos a la luz de los derechos humanos, especialmente del principio de no discriminación, pero, también, del derecho a ser oída/do por una jueza, un juez o un tribunal imparcial. Principalmente, se hará hincapié en los sesgos raciales y a la implementación de los algoritmos en los Estados Unidos de América. Especialmente, se mencionará el caso Loomis contra el Estado de Wisconsin entendiendo que es un caso que expresó y puso en tela de duda el uso de los algoritmos predictivos en los procesos penales.

Palabras clave: algoritmos predictivos – algoritmos - derecho a la igualdad - discriminación

Title: PREDICTIVE ALGORITHMS IN CRIMINAL LAW

Abstract

This article will analyze predictive algorithms and their use in criminal proceedings. A brief analysis of the way they function will be carried out and whether they are truly objective or if they replicate biases and social stereotypes. In the same way, the use of the same will be analyzed in light of human rights, especially the principle of non-discrimination, but also the right to be heard by a judge, a judge or an impartial tribunal. Mainly, emphasis will be placed on racial

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesora para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (Universidad de Buenos Aires, Argentina).

biases and the implementation of the algorithms in the United States of America. In particular, the Loomis case against the State of Wisconsin will be mentioned, understanding that it is a case that expressed and questioned the use of predictive algorithms in criminal proceedings.

Keywords: predictive algorithms, algorithms, right to equality, discrimination

I. Algoritmos predictivos

En la actualidad es imposible escapar a la informática, el mundo digital y a la virtualidad. Por tanto, es lógico que este mundo digital comience a incorporarse y a formar parte del derecho penal. Nos enfrentamos, entonces, a una cornucopia de algoritmos, como se adelantó en la introducción, el trabajo actual versará sobre algoritmos predictivos.

La gran mayoría de los algoritmos predictivos utilizan data, información y datos, que les son suministrados para obtener conclusiones. Para comenzar se ha de establecer que la inteligencia artificial es un campo dentro de la informática y las ciencias de la computación especializada en lograr que las computadoras realicen actividades, tareas y que se comporten de forma que antes era de exclusividad para los seres humanos. Por otro lado, un algoritmo es una herramienta, por lo menos en el caso del presente artículo, que se utiliza para tomar una decisión o para proveerle información y conclusiones a un ser humano para que este tome una decisión determinada. En relación con esto, se ha de establecer que “*machine learning*” o aprendizaje de las máquinas incorpora técnicas de estadísticas en las cuales un programa de computación aprende de data anterior, input, y produce un resultado, output. No obstante, es dable aclarar que las máquinas buscan atajos a la hora de producir estos resultados. Consiguientemente, esto ha llevado a que haya preocupación con el uso de algoritmos, específicamente predictivos en este trabajo, en relación con los sesgos, data incorrecta o incompleta, e igualdad y justicia a la hora de analizar los datos.

Por ejemplo: “Blue Crush” utiliza datos como la cantidad de crímenes ocurridos en determinada ciudad, si hay viviendas que reciban asistencia social y otras estadísticas a los efectos de determinar áreas peligrosas en diferentes ciudades. Una de las funciones de este algoritmo, utilizado para asistir a las fuerzas de seguridad, es predecir futuros crímenes. Por otro lado, el algoritmo de “Richard Berk” se diseñó específicamente con el objetivo de superar sesgos inconscientes y genera puntuaciones de riesgo. Dentro de sus funciones se encuentra la evaluación de riesgo respecto de la liberación de personas condenadas. La información que utiliza este algoritmo es la siguiente: cantidad de arrestos, tipo de crimen cometido e información demográfica. Lo que hace el mismo es generar un número de riesgo para una persona. En una inteligencia similar el algoritmo COMPAS es un instrumento que evalúa riesgo a partir de factores riesgosos dinámicos y busca evitar que las personas reincidan. Clasifica las reincidencias en dos tipos: las reincidencias generales y las reincidencias violentas. Para llegar sus conclusiones, se vale de una encuesta de 137 preguntas y de información correspondiente a los antecedentes penales del individuo. (DINAS-HURTADO ET AL, 2022: pp. 282-283). Una vez realizada dicha encuesta, y de que se hayan obtenido los antecedentes penales de la persona, esa información es evaluada y se obtiene un puntaje dentro de una escala de 1 a 10, uno representa el riesgo de reincidencia más bajo, mientras que 10 representa el número más alto. Es menester destacar que, dentro de las temáticas de las preguntas, se indaga sobre problemas financieros, pobreza, adicciones, ocio, recreación e inestabilidad residencial. (DINAS-HURTADO, ROA AVELLA, SANABRIA-MOYANO, 2022: pp. 283-284).

II. Modos de uso de los algoritmos

Con respecto al modo de uso, primeramente, es menester aclarar que la inteligencia artificial aplicada al derecho va a buscar dar una respuesta justificable jurídicamente acorde a la ley ante una situación jurídica y a los datos de esta. (HERNANDEZ, 2019: p. 797). Ahora bien, uno de los usos que se

les da a los algoritmos en el ámbito jurídico y legal es la predicción respecto de la probabilidad de que una persona reincida o no.

Preliminarmente es dable destacar que, en relación con la fidelidad de su facultad predictiva, un experimento se llevó a cabo en Dartmouth College en el cual se reclutó a 400 voluntarias/os de investigación que no supieran de derecho y leyes y que tuvieran diferentes edades y niveles educativos. De igual modo, no se llevó a cabo ningún tipo de preparación previa. Cada persona tuvo que valorar la posibilidad de reincidir en un período de dos años respecto a 50 criminales a partir de siete parámetros como la edad, el género o el número de veces que habían sido detenidos. Los resultados fueron cercanos a un 62% de aciertos. Mientras que el porcentaje de “Propublica”, la base de datos de COMPAS, y obtuvo un porcentaje de acierto de un 65%. Por tanto, se podría arribar a la siguiente conclusión: el software de referencia tiene una eficacia similar a la de una persona legista. (HERNANDEZ, 2019: p. 825).

Un aspecto interesante en relación a estos resultados harto similares, es que, si bien la “raza” no fue un parámetro a tener en cuenta, los porcentajes de reincidencia eran más elevados para personas afroamericanas que para personas caucásicas. Esto expone los denominados sesgos encubiertos. Justamente estos sesgos son encubiertos porque el sistema policial, criminal y punitivista tiende a perseguir a determinados colectivos de personas. Por consiguiente, una persona afroamericana tiene más chances de ser criminalizada y de tener antecedentes penales, datos que los algoritmos toman en cuenta a la hora de predecir la posibilidad de reincidir o no. De hecho, hay algoritmos que buscan ayudar a la policía a resolver y a predecir crímenes que tienden a marcar como barrios “peligrosos” o “problemáticos” a barrios de clases bajas, clases trabajadoras y de población mayoritariamente latina o afroamericana. Este es el caso de PredPol, que generó un loop positivo de la siguiente manera: el algoritmo enviaba a la policía a barrios de comunidades segregadas, esta información se cargaba al algoritmo amplificando el resultado consistente en enviar a la policía a los mismos barrios segregados.

En el caso *Loomis v. Wisconsin*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016) 137 S.Ct. 2290 (2017) de la Corte Suprema del Estado de Wisconsin el acusado manejaba un auto que había sido utilizado en un tiroteo anterior, asimismo, habría huido de la policía. Loomis aceptó la culpabilidad por haber huido de los efectivos policiales. Finalmente fue condenado a seis años de prisión y cinco años de supervisión extendida por dos cargos relacionados con huir de la policía y con manejar un vehículo sin la debida autorización de su dueño. Esta sentencia estuvo influenciada y condicionada por las predicciones del algoritmo Northpointe que determinó que el Sr. Loomis tenía alto riesgo de fuga. Su abogado apeló la decisión en la base de que un algoritmo que trabajaba de forma “secreta” influenció el resultado del fallo. No obstante, la Corte Suprema estatal confirmó el fallo mientras que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América decidió no tratar el caso. Si bien la Corte Suprema del Estado de Wisconsin manifestó que existían problemas con COMPAS, argumentó que la utilización de dicho programa no fue determinante. De igual modo, hizo saber que las preguntas eran conocidas por el Sr. Loomis, por la Fiscalía y por la Defensa. Por tanto, en caso de existir algún problema con ellas, se podría haber planteado una acción contra las preguntas o la certeza de los resultados.

En cuanto al hecho de que COMPAS toma en cuenta el género como uno de los factores, el Tribunal Supremo estatal concluyó que eso, lejos de ser discriminatorio, coadyuva a que la respuesta judicial sea más certera y precisa. En su Writ de Certiorari la defensa planteó diferentes cuestiones. Por un lado, se planteó nuevamente el hecho de que la sentencia se basa en el género y se hizo eco de los argumentos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso *State v. Harris* cuando estableció que no es apropiado utilizar el género como un factor absoluto e inamovible en todas las sentencias. Asimismo, manifestó que, en general, el uso de algoritmos y de lógicas actuariales, priva a las y los acusadas/dos de poder determinar la precisión y la veracidad de la información que se utiliza; por información se entiende las conclusiones y resultados del algoritmo. Además, la defensa nos advierte que legislar y fallar en esta materia se vuelve cada

vez más importante dado a que está aumentado el uso de análisis de data, usualmente en evaluaciones de riesgo, en los Estados. De igual manera, señala que los programas de algoritmos tienen limitaciones cuando se trata de analizar categorías como la raza y el género. En atención a lo anteriormente mentado, la parte defensora entiende que se estaría violando el derecho al debido proceso del Sr. Loomis. Argumenta, además, que, se le está negando al imputado acceso completo a la información atinente a una investigación que luego será utilizada en un juicio. El acusado no tiene posibilidad de acceder a toda la información, revisarla e impugnarla.

Con motivo de la afirmación de la Corte Suprema estatal que establece que el imputado podría haber impugnado las preguntas y los resultados, se esgrime el siguiente argumento, el Sr. Loomis no sabía cómo funcionaba COMPAS, por tanto, no podía impugnar algo que no conocía. No sabía cómo analizaba y sopesaba los distintos factores para llegar a determinadas conclusiones. Consecuentemente, se aleja del estándar que el propio estado de Wisconsin adoptó, y que se ha mantenido con motivo del fallo *Daubert v Merrell Dow Pharm.* Este precedente estipula que las materias específicas deben basarse en conocimiento, que esas especificidades técnicas deben ayudar a quienes juzguen a analizar los hechos y llegar a un veredicto, y que debe existir conexión científica, o con una materia determinada, con el hecho que haga necesario que se explaye sobre una materia técnica, científica, académica, etcétera en el juicio.

Ahora bien, lo que la defensa manifiesta es que con COMPAS si dos más dos es igual a cuatro, no conocemos qué significa ese signo más, qué toma en consideración para arribar a tal resultado y cómo lo hace. La naturaleza privada de COMPAS hace que no se pueda conocer a ciencia cierta cómo funciona y cómo llega a determinadas conclusiones. Ahondando en este punto, se establece que COMPAS no busca dar análisis individuales, de riesgo individual, sino de comportamientos grupales. Consiguientemente, el puntaje recibido vislumbra la posibilidad de reincidir de un grupo de la población, no de una persona individual. La defensa parangona esta situación con la del fallo *Gardner*, situación en la que una persona es acusada a la pena

capital a raíz de información confidencial que el jurado pudo cotejar, pero no así la parte acusada. En su oposición el Procurador General del Estado de Wisconsin responde de forma sucinta estableciendo que la situación actual no era equiparable a la del caso *Gardner v. Florida*, 430, U.S. 349 (1997), ya que aquí no se está tratando de un delito cuya pena sea perpetua o capital, además, aquí no se le está brindando información a quienes juzgan mientras que se le niega al acusado. Por su parte, en el informe como *Amicus Curiae*, las partes establecen, que aún con un argumento bien presentado, si hubiera habido un error de índole constitucional en el puntaje que COMPAS le asignó al acusado, este error hubiera sido inocuo. Esto es así, porque los errores constitucionales son considerados inocuos cuando el derrotero deja en claro que la Corte distrital hubiera arribado a la misma sentencia, aún sin el error. Esto ya se había establecido en *Peugh v. United States* 133 S. Ct. 2072, 2088 n.8 (2013). Justamente, entienden que, como estableció la Corte Suprema del Estado de Wisconsin, se hubiera llegado al mismo resultado sin la consideración del puntaje otorgado al recurrente por COMPAS. Entendiendo, entonces, que la sentencia y la mensuración de la pena tuvieron en cuenta el hecho y los antecedentes del acusado.

Es menester destacar que Justice Abrahamson concluyó que fue un error no permitir que la compañía que diseñó COMPAS, Northpointe, la posibilidad de presentarse como *amicus* dado a que hubiera sido útil tener un mejor entendimiento del algoritmo y permitirles que explique cómo funciona. Entendiendo, además, que la falta de conocimiento sobre cómo funciona COMPAS es un problema, más allá de si se le resta importancia a la injerencia que pudiera llegar a tener a la hora de fallar en determinadas causas. Ahora bien, el caso *Loomis* puso en duda la implementación de algoritmos predictivos en el derecho penal. De hecho, se ha argumentado que en dicho caso se tuvieron en cuenta variables subjetivas que escapaban a la persona del imputado, como vivir en un barrio considerado peligroso. Adicionalmente, se ha advertido sobre el riesgo de que las juezas y los jueces sientan presión en utilizar estos algoritmos dado a que la creencia generalizada es que son confiables. Consiguientemente, puede suceder, como expresó el Magistrado

Horne al decir que Loomis era considerado un riesgo a la comunidad por COMPAS, que la justicia diga que una persona es un 10 en COMPAS y que eso inflencie o, directamente, determine la mensuración de la pena.² (DINAS-HURTADO ET AL, 2022: pp. 287-290).

III. Derecho a la igualdad. Sesgos en los algoritmos predictivos

Para comenzar, es menester aclarar que el derecho a la igualdad está consagrado en múltiples instrumentos de derechos humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (de ahora en adelante DUDH) establece en su artículo 7 la igualdad ante la ley y el derecho a la igual protección, así como la protección contra toda discriminación. También hay que destacar la protección contra injerencias arbitrarias en la vida de las personas, su familia, su domicilio o su correspondencia, y la protección de ataques a su honra y a su reputación consagrada en el artículo 12 de la DUDH. En consonancia con ello, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de ahora en adelante CADH) establece en su artículo 24 la igualdad de todas las personas ante la ley. Corolario de ello, se establece que todas las personas tienen derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley. Finalmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra la protección al derecho a la igualdad en el artículo 16 de su Constitución Nacional.

Ahondando en el principio de igualdad y no discriminación, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante CIDH) ha afirmado que pertenece al dominio del *ius cogens*. Por tanto, es una norma perentoria con obligaciones erga omnes, basado en un vasto conjunto de tratados, en la costumbre, en principios de derecho internacional consuetudinario y en la práctica de los órganos de derechos humanos.³ Ahora

² Corte Suprema de Justicia del Estado de Wisconsin, 13/07/2016, "Loomis v. Wisconsin", 881 N.W.2d 749 Wis. Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 05/10/2016, "Loomis v. Wisconsin", Writ of Certiorari. Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 27/01/2017, "Loomis v. Wisconsin", Brief in Opposition. Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 23/05/2017, "Loomis v. Wisconsin", Brief Amicus Curiae.

³ CIDH. Informe nº 109/99. Caso 10.951, Coard y otros vs Estados Unidos (Estados Unidos de América), 29 de septiembre de 1999, párr. 39.

bien, la CIDH establece que este principio ha de traducirse en derechos sustantivos y que deben protegerse frente a actos estatales o de otros.⁴ De igual modo, debe recalcarse que la CIDH ha afirmado que debe existir una protección estatal de este principio, así como de los derechos humanos de todas y de todos. Se debe asegurar el derecho a la diversidad lo que conlleva prevenir y combatir actos de discriminación, violencia e intolerancia.

En cuanto a la pobreza y a los derechos humanos, específicamente al principio de referencia en este artículo, la CIDH ha establecido que las personas que viven en situación de pobreza ya se encuentran en una situación de exclusión, desventaja y discriminación, empero esta situación podría verse agravada por normas y prácticas que cercenan derechos y garantías de las personas que se encuentran en situación de pobreza por considerarlas indeseables o considerar que contrarían al orden público. Si estas prácticas, además, van acompañadas de sanciones contravencionales y penales, se magnifican los obstáculos que estas personas tienen para vivir. Consiguientemente, la CIDH establece la importancia para los Estados de prestar especial atención a los sectores sociales y a los individuos que han sufrido discriminación y exclusión históricamente.

En cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante Corte IDH) la misma ha establecido que todos los poderes del Estado tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar el derecho humano a la igualdad y a la no discriminación, mas, esto también recae sobre las y los particulares. Asimismo, el Estado es responsable tanto por acciones como por omisiones propias y respecto de comportamientos de particulares. Se entiende, por consiguiente, que los Estados deben de abstenerse de realizar acciones que de manera directa o indirecta generen discriminación de jure o de facto.⁵ No obstante, pueden existir diferencia de trato, pero para que estas diferencias sean legítimas o ilegítimas la Corte IDH indica que ha de

⁴ CIDH. Informe No. 75/02. Caso 11.140. Fondo. Mary y Carrie Dann (Estados Unidos de América), 27 de diciembre de 2002, párr. 143.

⁵ Corte IDH, OC 18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 104.

analizarse su razonabilidad.⁶ Entonces hay que analizar si la diferencia o distinción persigue fines legítimos y si es un medio idóneo para alcanzar dichos fines.

En relación con esto es necesario remarcar el concepto de “categorías sospechosas” que están específicamente prohibidas. Este concepto ha sido desarrollado ampliamente por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y ha establecido que hay un prejuizgamiento del individuo por pertenecer a determinado grupo, raza, religión o género.⁷ Además, se invierte el onus probandi en tanto y en cuanto la persona tiene que probar que no es o hizo determinada cosa o característica. Cabe destacar que, además, es increíblemente difícil tener que probar que por más que una/o tenga determinadas características o pertenezca a determinado colectivo, minoría o grupo excluido, no tiene las características negativas que usualmente se le endilgan a dicho grupo en el imaginario colectivo.

En la misma inteligencia la Corte IDH ha establecido que la noción de igualdad se desprende de la naturaleza del género humano y que es inescindible de la dignidad esencial de la persona. Por ende, no se ha de tratar a un grupo mejor que a otros por considerarlo superior o tratar a un grupo peor que a otros por considerarlo inferior.⁸

En relación al concepto de discriminación, el artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer han establecido que implica una distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos entre lo que menciona la raza, el color, el sexo, pero es meramente enumerativos dado a que incluye a las condiciones sociales en

⁶ Corte IDH, OC 18/03, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, 17 de septiembre de 2003, párr. 89.

⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 25 de abril de 1938, “United States v. Carolene Products Co.”, 304 U.S. 144. Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 18 de diciembre de 1944, “Toyosaburo Korematsu v. United States”, 323 U.S. 214.

⁸ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niña vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 79.

general, pero esta distinción tiene que tener por objeto o fin anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

A su vez, en el ámbito europeo tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante CEDH) establece en su artículo 14 la prohibición de discriminación en relación con el goce de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH. En consonancia con esto, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (de ahora en adelante CDFUE) estipula en su artículo 21 incisos 1 y 2 que se prohíbe toda discriminación y se destacan determinadas características en particular. Además, prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de los Tratados. Un concepto interesante que desarrolla la jurisprudencia de la Unión Europea es el de causalidad, concluyendo que existen “motivos protegidos” de la discriminación, verbigracia sexo, identidad de género o discapacidad, entre otros. Concluyentemente, el trato menos favorable y/o el acto discriminatorio debe tener un nexo causal con el motivo protegido. No obstante, para cumplir con este requisito no es necesario que esa causalidad sea directa y no ha de hacer necesariamente referencia explícita al motivo protegido, siempre que se mencione otro factor indisociable a este.

En el mismo entendimiento que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el Sistema Europeo de Derechos Humanos no se prohíben las diferencias de trato a la luz del principio de no discriminación, sino que lo que sí se prohíbe son las discriminaciones por motivos protegidos. Como ya se ha mentado anteriormente, los motivos protegidos son características o situaciones que distinguen a una persona o a un grupo de las y de los demás. La lista del CEDH y de la CDFUE son abiertas, por tanto, se deben analizar en cada situación en particular.

Como se ha vislumbrado, los algoritmos predictivos pueden esconder un sesgo de discriminación, especialmente de discriminación racial y de discriminación respecto de sectores desaventajados como los sectores empobrecidos. Como se ha manifestado, puede que la discriminación no sea

abierta, que no tome a la raza o a la clase social abiertamente como factores a la hora de realizar el cuestionario, ingresar data y dar un resultado, como se ha establecido anteriormente estos grupos están criminalizados en la sociedad, por tanto, es más probable que tengan antecedentes penales o que vivan en barrios en donde la tasa de criminalidad es más elevada.

HARCOURT controvierte la lógica misma de los métodos predictivos, primero diferenciándolos de los clínicos, en los predictivos se usan estadísticas y metodologías actuariales, mientras que en los clínicos se hace un análisis subjetivo de decisiones tomadas por expertos, también lo hace estableciendo que las y los potenciales delincuentes no responden de forma racional o de forma predictiva, a la detección y al castigo. Luego establece que la policía suele buscar y detener más a grupos minoritarios, sean efectivas/vos de la policía racistas o no, esto se relaciona con lo que se ha descrito del sesgo encubierto que hace que estos grupos estén más criminalizados que la población en general, aunque no sea el objetivo o no se haga de forma conspicua. Asimismo, menciona la “elasticidad” para delinquir, o sea los grupos minoritarios criminalizados tienen más probabilidades de ser atrapados y sentenciados a penas mayores. Consecuentemente, entran en una suerte de círculo vicioso donde la criminalidad aumenta para con ellos. De igual modo, nos expresa que el método actuarial de algoritmos predictivos indicaría que penas mayores disminuirían la cantidad de reincidencias, empero, esto no lo sabemos a ciencia cierta. Para el autor dividimos a las personas en diferentes categorías y les asignamos distintas elasticidades criminales, pero no se sabe a ciencia cierta cómo se comportarán o si estas diferencias existen. Es más, para él, un deseo de la sociedad y de quienes juzgan poder utilizar métodos actuariales y reducir a las personas en categoría que otra cosa. (HARCOURT, 2005: pp. 4-26).

Sin embargo, muchas de las personas afectas al método actuarial, en verdad, consideran que este es beneficioso ya que utilizan la siguiente lógica: si audito a más personas, encontraré a más evasores o si hago mayores controles vehiculares, encontraré a más infractores. Por tanto, se logra incapacitar a más ofensores con los mismos recursos o a más ofensores con

más recursos, y esto es visto como una ventaja y como algo beneficioso. En contraposición a lo establecido, Harcourt va a afirmar que, por un lado, el dinero gastado en aumentar la población carcelaria podría ser destinado a prevenir el crimen con mayor presencia policial y programas de prevención y tratamiento de adicción a las drogas. De igual manera, nos advierte de que esto genera un efecto de trinquete porque el uso de instrumentos predictivos va a generar una distorsión que opera como un trinquete. Se pasa a supervisar a una población en especial en base a eventos pasados. El efecto se vislumbra con claridad en la criminalización a personas de determinada raza, lo que se denomina en inglés “*racial profiling*”. Existen, aún con la implementación de los algoritmos e incluso debido a la utilización de ellos, estereotipos de personas que van a delinquir y de qué delitos van a llevar a cabo. El autor parangona las consecuencias de la utilización de los algoritmos con la denegatoria de la libertad condicional en el sentido de que se condena a quienes reincidieron a volver a reincidir. Se crean y se propagan, de este modo, mensajes simbólicos respecto de diferentes integrantes de la población, especialmente de minorías y de disidencias. (HARCOURT, 2005: pp. 27-31).

En otro orden de ideas, SAPIR busca controvertir los argumentos de Harcourt, si bien concuerda con él respecto a la generalización del uso de estos métodos y del efecto trinquete, estableciendo que no se trata de predicción, sino de prevención. Por tanto, no se trata, para él, de una práctica punitiva, sino de una práctica regulatoria. Igualmente, va a establecer que, justamente, el otorgamiento o la denegatoria de la libertad condicional y el instituto mismo son una forma de predecir la peligrosidad. Finalmente, va a establecer que, en verdad, lo que se critica es el modo en el que funciona el sistema punitivo y criminal, y no así a los algoritmos, ya que las prácticas criticadas no son problemas exclusivos del uso de los algoritmos. De este modo, sería una suerte de pregunta acerca de si lo que es perjudicial es la herramienta, cómo es usada o quién la usa. (SAPIR, 2008: pp. 262-263).

Para OKIDEGBE los algoritmos anteriormente mentados reproducen el *status quo* racial por diversas razones: para ella el hecho de que se usen

factores de riesgo “*colorblind*”, entonces se utilizan factores de riesgo que no específicos a la situación demográfica de la persona. Para demostrar esto, la autora menciona lo que ya se ha expresado en este artículo, las personas afrodescendientes y de grupos históricamente marginados en los Estados Unidos de América tienden a ser arrestadas más veces que las personas caucásicas. Consecuentemente, tomar como parámetro de la peligrosidad o del riesgo oculta las diferentes situaciones que se viven en grupos, colectivos y demografías distintas. Como una suerte de profecía autocumplida, se arresta a más a personas de disidencias, minorías, colectivos desplazados y marginales, por ende, tienen un puntaje de riesgo mayor, se encarcela a estas personas y cuando otra persona perteneciente a determinado colectivo es arrestada, el hecho de que haya muchas personas de ese colectivo presas o con antecedentes, hace que tenga un puntaje que establece que es de alto riesgo.

Como se ha mencionado con anterioridad, estos algoritmos no evalúan las causales socio-políticas que circundan la comisión de diferentes delitos. Usualmente la comisión de un delito por parte de un individuo es el resultado de problemas y/o situaciones sistémicas que pueden ser modificadas, mas no por el individuo. El algoritmo no analiza los problemas y los peligros que acarrea una detención. No se analiza el menoscabo a la salud mental, física y a la integridad económica de la persona. Tampoco se analiza cómo impactaría una detención en su núcleo familiar. Finalmente, ella va a venir a afirmar que en la mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos de América las compañías que fabrican los algoritmos son compañías privadas. Asimismo, muchos de estos algoritmos son probados en poblaciones de otros países, por ejemplo, Canadá, y luego son extrapolados a diferentes países. De igual modo que la defensa del Sr. Loomis lo hizo, la autora va a concluir que estos algoritmos tienen problemas de transparencia y que no reflejan los puntos de vista de las comunidades que se ven más afectadas por su implementación. (OKIDEGBE, 2020: pp. 332-334).

En el mismo sentido, una de las problemáticas que surge con el uso del algoritmo es que no tienen la capacidad de percatarse o de contrarrestar los

sesgos aprendidos. Los sesgos que aprenden los algoritmos no son propios, sino que son los sesgos de los seres humanos. Hay quienes ahondan en este concepto y dicen que las humanas y los humanos somos quienes tenemos sesgos y prejuicios y la inteligencia artificial los aprende. Sin embargo, como se ha aclarado previamente, los algoritmos buscan atajos y los estereotipos son atajos. Los algoritmos son tan buenos o tienen tantos sesgos como la data que se les dé, en cantidad, variedad y calidad.

Otra crítica que se puede realizar es que el pasado no logra predecir el futuro a ciencia cierta dado a que las personas podemos cambiar y no actuar de forma lógica y predecible.

De igual modo, es dable aclarar que se vulnera el derecho a ser oído por un juez o por una jueza consagrado en el artículo 10 de la DUDH y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de ahora en adelante PIDCP). En nuestro ordenamiento, esto se consagra en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Los algoritmos son una herramienta de apoyo para quienes juzgan, pero lo cierto es que sus conclusiones pueden ser contundentes a la hora de fallar en un caso determinado. La persona responde determinadas preguntas, si se realiza un cuestionario, pero el algoritmo no es un juez o una jueza, además, si estos algoritmos tienen sesgos y quien juzga utiliza sus conclusiones, mal puede entenderse que se trataría de un tribunal imparcial. (DINAS-HURTADO ET AL, 2022: p. 229).

A modo de conclusión sobre este punto, cabe destacar que la CIDH ha manifestado, respecto de las personas afrodescendientes en las Américas que la situación de discriminación es histórica y estructural, que se verifica en diferentes indicadores entre los que se encuentran el acceso a la vivienda y la educación, pero también en la expectativa de vida y en la tasa de nutrición. Lo que es más, destaca que la situación de discriminación estructural se advierte, también, en el imaginario colectivo con la estereotipación de la población afrodescendiente.

Efectivamente, se vislumbra que la utilización de algoritmos puede llegar a perjudicar a sectores histórica y estructuralmente desaventajados y,

principalmente, vulnerar el principio de no discriminación y, aún más, el derecho a ser oída/do por un juez, una jueza o un tribunal imparcial.

IV. Conclusión personal

Para comenzar, he de establecer que cuanto menos los algoritmos predictivos son sospechosos en tanto y en cuanto se desconoce la forma en la cual trabajan, pero se ha analizado lo suficiente como para saber que se nutren de nuestros sesgos y estereotipos para obtener determinados resultados. Si bien los juicios penales son hartos técnicos, lo cierto es que existen determinadas garantías de las cuales goza la persona imputada, esto a la luz del principio de no discriminación.

Poco realizan los algoritmos para erradicar las inequidades sociales, todo lo contrario, parecerían perpetuarlas. Si bien, se ha argumentado que deberían seguir utilizándose porque son mejores que el sistema existente, lo cierto es que mantienen y sostienen los mismos sesgos que las personas que juzgan, pero al ser algoritmos, tienen la apariencia de ser objetivos. (OKIDEGBE, 2020: p. 334).

En cuanto al principio de no discriminación, podría argumentarse que, justamente, la no discriminación implicaría tratar a todas y a todos de la misma manera. No obstante, esto es lo que realizan los algoritmos, al ser, supuestamente, objetivos, no tienen en cuenta las situaciones de discriminación estructurales e históricas que viven determinadas personas y determinados grupos. Por tanto, la no discriminación ha de tener en cuenta a cada persona en su situación particular. Esto no sucede con la implementación de los algoritmos. La igualdad es ante la ley y la protección es desde la ley, por tanto, no puede utilizarse un algoritmo como una solución única, especialmente en casos penales.

En concordancia con lo antedicho, es relevante establecer que la utilización de algoritmos ha comenzado a cambiar el concepto de justicia y de castigo. Esto es así ya que no se juzga por el hecho en sí, sino por las características de quién lo realizó, de los grupos o colectivos a los que

pertenece y del riesgo de reincidencia. Se vira, entonces, de un modelo de resocialización, a un modelo de predicción que se ancla en el derecho penal de autor en vez de acto, pero, además, analiza posibles actos futuros en vez del hecho que se juzga en el presente. (HARCOURT, 2005: pp. 31-32). De hecho, el Estado de California ha prohibido el uso de algoritmos entendiendo que refuerza patrones racistas respecto de poblaciones sobre criminalizadas. Por tanto, se puede afirmar que esta implementación de algoritmos vulnera el principio de no discriminación.

Otro argumento, también, se relaciona con la posibilidad de ser oída/do ante un Tribunal imparcial, que quien juzgue sea imparcial, y esto necesariamente debe relacionarse con la implementación de un lenguaje claro y de reglas que le permitan al imputado o a la imputada entender qué es lo que está sucediendo en el proceso penal. Lo cierto es que los algoritmos no son un juzgador imparcial, la personal mal puede ser oída ante ellos, máxime cuando desconoce cómo funcionan para obtener determinadas conclusiones. Además, como ya se ha descrito, estos algoritmos son alimentados con data que posee los sesgos y prejuicios que poseen las personas. Por tanto, las conclusiones no son obtenidas de un modo imparcial. Sin embargo, estas conclusiones son usadas por quien juzga a la hora de fallar y de dictar una determinada sentencia. Aquí vemos que la persona es juzgada primero por el algoritmo y luego por la persona que utiliza sus conclusiones. De igual manera, el lenguaje claro ha de ser importante y primordial, especialmente en procesos penales. Por ejemplo, la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa establece en su artículo 20 que cuando se habla con las asistidas y los asistidos se debe utilizar un lenguaje que le resulte comprensible⁹.

Nuevamente, el uso de algoritmos, que poseen un lenguaje en extremo técnico y cuyo mecanismo de funcionamiento, especialmente de análisis para

⁹ Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa, nro 27149, 2015, artículo 20. Accesible en <https://inecip.org/wp-content/uploads/Ley-27149-Ley-Org%C3%A1nica-del-Ministerio-P%C3%BAblico-de-la-Defensa-de-la-Naci%C3%B3n.pdf>

sacar conclusiones, se desconoce, vulnera los derechos de la persona imputada.

A modo de conclusión, como sea expresado en el presente trabajo, el derecho a la no discriminación y a su protección ante la ley tiene un largo derrotero y desarrollo jurisprudencial.

Lo que es interesante respecto de los algoritmos es que, a diferencia de lo que sucede con juezas, jueces, tribunales y hasta peritos, se nos presentan como objetivos. Aún con peritos que son expertas y expertos en una temática y con juezas y jueces que han de utilizar la lógica y la sana crítica, se puede vislumbrar sesgos y prejuicios. Podemos entender que son sujetos de determinada sociedad. Por el contrario, esto no sucede con los algoritmos que son vistos como un instrumento matemático, actuarial e informático. Ergo, son entendidos como objetos. De todos modos, no hay que olvidar que se valen de data y que esa data se la proporcionan personas que tienen sesgos y prejuicios, pero que, como se ha establecido, pueden cambiar ya que tienen autoconsciencia. Mal puede entender un algoritmo que tiene determinado sesgo y cómo poder cambiarlo. Igualmente, incorporar algoritmos predictivos, como su nombre lo indica, es incorporar el juzgamiento de hechos futuros. Entiendo, entonces, que para que la implementación de programas informáticos funcione, se debería tener como objetivo ser un instrumento y no un juzgador. En una inteligencia similar, opino que es difícil dado a que le hemos dado a la informática un rol preponderante en nuestra existencia y unida a las matemáticas y a cálculos actuariales, se le da un halo de ser infalible. Lo primordial, sin embargo, es entender que vivimos en un mundo que discrimina, en sociedades que discriminan, y que eso se trasladará a diferentes instrumentos, como los algoritmos. Con lo cual, mal puede intentar utilizarse un instrumento de forma objetiva cuando usa información que no lo es. El resultado es perjudicial para los sectores histórica y estructuralmente desaventajados y discriminados.

V. Bibliografía

ANGWIN, J., KIRCHNER, L., LARSON, J. & MATTU, S. (23 de mayo de 2016). Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks. Pro-Publica. <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

ASHER-SCHAPIRO, A. (24 de junio de 2020). California city bans predictive policing in U.S. First. Reuters. [Reuters.com/article/us-usa-police-tech-trfn-idUSKBN23V2XC](https://www.reuters.com/article/us-usa-police-tech-trfn-idUSKBN23V2XC)

DEVLIN, H. (13 de abril de 2017). AI programs exhibit racial and gender biases, research reveals. The Guardian. <https://www.theguardian.com/technology/2017/apr/13/ai-programs-exhibit-racist-and-sexist-biases-research-reveals>

DINAS- HURTADO, K., ROA AVELLA, M. & SANABRIA-MOYANO, J. (2022). Uso del algoritmo COMPAS en el proceso penal y los riesgos a los derechos humanos, *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 8 (1), pp. 282-283. Accesible en <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/615>

HARCOURT, B. (2005). Against Prediction: Sentencing, Policing, and Punishing in an Actuarial Age. Public Law and Legal Theory Working Paper No. 94 pp 4-31. Accesible en https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1021&context=public_law_and_legal_theory

HERNÁNDEZ GIMÉNEZ, M. (2019). Inteligencia Artificial y Derecho Penal, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 19, p. 797. Accesible en <https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/06/792-843.pdf>

OKIDEGBE, N. (2020). When they hear us: race, algorithms and the practice of criminal law. *Kansas Journal of Law & Public Policy*, 29 (3), 332-334. Accesible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3818995

SAPIR, Y. (2008). Against Prevention? A Response to Harcourt's Against Prediction on Actuarial and Clinical Predictions and the Faults of

Incapacitation. *Law & Social Inquiry*, 33 (1) pp. 262-263. Accesible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1747-4469.2008.00101.x>

SMITH, R. (19 de julio de 2017). Opening the lid of criminal sentencing software. New technology aims to make recidivism prediction more accountable. *Duke Today*. Accesible en <https://today.duke.edu/2017/07/opening-lid-criminal-sentencing-software>.

Youtube, NACDLvideo (2019). Algorithms and Criminal Justicia-Litigating the Black Box. Accesible en <https://www.youtube.com/watch?v=DhaYma3QvYI>

Youtube, Dean Kostorowski (2016). 331 Criminal Justice Algorithms. Accesible en <https://www.youtube.com/watch?v=DcbGQKFYnbY>

Youtube, TEDX Talk (2018) The danger of predictive algorithms in criminal justice | Hany Farid | TEDxAmoskeagMillyard. Accesible en <https://www.youtube.com/watch?v=p-82YeUPQh0>

Youtube, CrashCourse (2019) Algorithmic Bias and Fairness: Crash Course AI #18. Accesible en https://www.youtube.com/watch?v=gV0_raKR2UQ

GOBERNABILIDAD MIGRATORIA EUROPEA: LA DESHUMANIZACIÓN DEL ENFOQUE SECURITARIO

MARÍA VICTORIA OLIVIERI¹

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 23 de noviembre de 2022

Resumen

Para hacer frente al ingreso masivo de migrantes ilegales, la Unión Europea ha tenido que desarrollar una extensa serie de políticas. Los valores que se proclaman en su tratado fundacional y que deberían subyacer en cada uno de estos instrumentos, son el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Sin embargo, luego de la crisis de refugiados producida en 2015, ¿estos principios continuaron siendo el motor de las políticas migratorias? Este trabajo buscará comprobar si la Unión Europea ha decidido priorizar su seguridad frente a los derechos humanos de los migrantes, a la hora de tomar decisiones en el plano migratorio durante el periodo 2015-2022.

Palabras clave: migración – Unión Europea – fronteras – políticas – derechos humanos – seguridad

Title: EUROPEAN MIGRATION GOVERNANCE: THE DEHUMANIZATION OF THE SECURITARIAN APPROACH

Abstract

To cope with the massive influx of illegal migrants, the European Union has had to develop an extensive set of policies. The values proclaimed in its founding treaty, and which should underlie each of these instruments, are respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for

¹ Licenciada en Relaciones Internacionales (Universidad Católica Argentina).

human rights, including the rights of persons belonging to minorities. However, after the refugee crisis in 2015, did these principles continue to drive migration policies? This paper will seek to test whether the European Union has decided to prioritize its security over the human rights of migrants when making migration decisions during the period 2015-2022.

Keywords: migration - European Union - borders - policies - human rights - security - migration - European Union

I. Introducción

Ante la inminente llegada del virus de COVID-19, que nos confinó durante todo el 2020 y aún hoy nos obliga a mantener fuertes cuidados, la situación para los migrantes se vio ampliamente dificultada. Muchos, atrapados en sus países de origen, fueron obligados a abortar su proyecto migratorio y otros fueron retenidos en campos de refugiados que cerraron sus puertas (PASETTI, 2021).

Del mismo modo, la pandemia (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2020) ha generado una crisis sin precedentes en todos los países del globo. Principalmente, el impacto económico y social ha sido total y no se ha quedado atrás en los ámbitos políticos, provocando cambios sorprendentes en los gobiernos mundiales tras la evaluación ciudadana de la gestión de la crisis.

Si la situación migratoria en Europa era complicada luego de las olas provocadas por el fracaso de las Primaveras Árabes y la crisis siria en 2015, la pandemia de COVID-19 y los eventos subsecuentes, como la invasión rusa de Ucrania, demostraron llevarlo todo a un estado de crisis total. La Unión Europea debió hacer frente a los millones de migrantes que buscaban penetrar sus fronteras, su principal herramienta para esta difícil tarea fue la legislativa.

Es de público conocimiento que los pilares en los que se basa la Unión Europea para su trabajo diario, tanto en el plano interior como en el exterior, son los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho. Estos se encuentran explicitados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad,

democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”.

Es con estos valores presentes que la Unión Europea trabaja en su política migratoria, una “política europea eficaz, humanitaria y segura”. De todos modos cabe preguntarnos, ¿son estos criterios ciertos? ¿Ha logrado, o mejor dicho buscado, la Unión Europea guiarse por los valores que explicita en este artículo 2 en lo respectivo a la política migratoria?

A lo largo de este trabajo buscaremos entender la evolución de las políticas migratorias de la Unión Europea desde el 2015 hasta el presente para intentar verificar, a través del análisis de las mismas, si se ha mantenido este enfoque humanitario o si el mismo ha mutado.

II. La seguridad en jaque

Hace ya tiempo que la defensa de las fronteras de la Unión Europea —un área conjunta de más de 4.200.000 km²— se ha visto dificultada debido a numerosos desafíos. Entre ellos pueden encontrarse -principalmente y por ejemplo- los problemas que derivan de la migración, ya sea legal o irregular.

Un “migrante irregular o en situación irregular”, según el glosario de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) sobre migración, es una “persona que se desplaza o se ha desplazado a través de una frontera internacional y no ha sido autorizada a ingresar o permanecer en un Estado de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte.” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM), 2019: p. 134).

Hay muchos motivos por los que un migrante puede estar en situación de irregularidad, de una manera u otra, este representa un riesgo para la seguridad, tanto para la nacional como para la humana (ÁLVAREZ, 2018; CASTLES, 2010).

Para el Estado, la migración irregular es un riesgo de importante tamaño en lo concerniente a la salud y el orden público; la falta de control sobre la entrada y salida de individuos podría dar lugar al ingreso de bandas criminales o

de migrantes portadores de enfermedades ya erradicadas, entre otras posibles situaciones (WOHLFELD, 2014). A pesar de que existe efectivamente un grave peligro para el Estado, es necesario considerar de igual manera el aumento que se ha producido en la percepción de la migración como una amenaza; su origen se encuentra, según la academia, en el incremento de la migración irregular. Para KHALID KOSER (2011) esta es una peligrosa percepción que se basa en hipótesis como las anteriores, las cuales no tienen un fundamento sólido y son el caldo de cultivo ideal para los partidos nacional-populistas antiinmigración (GUERRA SESMA, 2018).

Es este mismo autor el que sostiene que para el Estado el mayor riesgo lo corren el ejercicio de su soberanía y la legitimidad de sus políticas, los cuales pueden verse vulnerados frente a la falta de control de sus fronteras. Este es el caso de los territorios de los Estados miembros de la Unión Europea frente a las múltiples rutas de ingreso a su territorio.

i. Rutas de ingreso a la Unión Europea

Los migrantes utilizan varias rutas para ingresar a Europa de manera clandestina. Estas rutas están en continua adaptación y su utilización puede variar debido a variados factores, como el estatus socioeconómico del país, sus políticas migratorias, la actividad ilegal y los conflictos activos en el territorio, entre otros (BESENYŐ, 2016).

El Consejo Europeo y el Consejo de la Unión Europea (2022), en su sitio oficial, reconocen tres grandes rutas migratorias: la ruta del Mediterráneo central, la ruta del Mediterráneo oriental y las rutas occidentales, la del Mediterráneo occidental y la de África occidental. Similarmente, aunque de manera más extensa, el autor János Besenyő (2016) reconoce otras cinco rutas de entrada además de las mencionadas: la ruta de Puglia y Calabria, la ruta de los Balcanes occidentales, la de África oriental, la ruta de África central y occidental y finalmente, la ruta que atraviesa las fronteras del este. A continuación presentaremos una breve descripción de las mismas.

La primera ruta, la del Mediterráneo central, parte desde Libia y cruza el Mar Mediterráneo hacia Italia y Malta. Esta es la ruta más elegida por los migrantes africanos, debido a lo cerca que se encuentran las costas europeas, los cuales dependen en su totalidad de contrabandistas para llegar hasta el límite africano, y luego son abandonados a su suerte antes de realizar el cruce (NACIONES UNIDAS, 2022). Desde enero a junio de 2022 se han registrado 25.164 cruces ilegales en esta ruta. (FRONTEX, 2022a).

La siguiente es la del Mediterráneo oriental, cuyos destinos principales son Grecia, Chipre y Bulgaria (CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2022). La mayoría de los migrantes provienen de Afganistán, Pakistán, Somalia y Siria quienes, en su mayoría, cruzan a Turquía, donde se han establecido innumerables redes de contrabandistas que los ayudan a llegar. La ruta del Mediterráneo oriental es hoy la segunda más elegida si bien, afortunadamente, sus números no sorprenden tanto como hace diez años. Entre 2008 y 2009, 40.000 personas intentaron cruzar a través de esta ruta; a junio de 2022 se han contabilizado entre 18.000 y 22.000 llegadas.

Una ruta complementaria a la oriental es la de los Balcanes occidentales. Esta es, hace ya muchos años, la tercera ruta con más tránsito, por la cual ingresan principalmente ciudadanos de los países aledaños a la Unión Europea pero que no pertenecen a ella (BESENYŐ, 2016). A partir del colapso de Grecia como punto de ingreso a la Unión, muchos migrantes eligieron atravesar los territorios de la ex Yugoslavia para ingresar por los dos Estados miembros de la UE en particular, Croacia y Hungría. Esto llevó a un excesivo aumento en la cantidad de personas en las fronteras de esos países, particularmente en la que divide a Hungría y Serbia. En lo que va del 2022, se han contabilizado 70.770 llegadas, principalmente de migrantes sirios y afganos (FRONTEX, 2022a), siendo la ruta más activa y la que más incremento ha tenido en comparación con el 2021 (FRONTEX, 2022e).

En cuarto y quinto lugar, encontramos a las rutas occidentales: la ruta del Mediterráneo occidental y la ruta del África occidental. La primera de estas refiere al camino que se realiza con rumbo a territorio español, ya sea a la España

peninsular por mar o a las ciudades de Ceuta y Melilla por tierra. Besenyó (2016) comenta que esta es la continuación de las rutas de África occidental y central y que es mayormente utilizada por argelinos, marroquíes y subsaharianos, entre otros. El 2018 fue el año de mayores ingresos, con 56.245 arribos, doblando los números del año anterior (FRONTEX, 2022b).

La ruta de África occidental es la que realizan los migrantes con rumbo a las Islas Canarias, pasando por Mauritania, Marruecos, el Sahara Occidental, Senegal, entre otros países del continente (CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2022). Un evento significativo para la historia de esta ruta fue la “crisis de los cayucos”, producida en 2006, en la que arribaron entre 31.000 y 39.000 migrantes en un año y nada en las Islas estaba preparado para acoger a semejante cantidad de personas (VARGAS, 2020; FIGUEROA, 2014). A partir de ese momento, el número de arribos disminuyó drásticamente, manteniéndose por debajo de los 1000 durante ocho años (2010-2017) pero, a partir de 2020, se puede notar un ascenso importante del número de llegadas por arriba de los 20.000 (FRONTEX, 2022b). Cifras de este calibre parecerían ser la constante desde hace ya un par de años (FRONTEX, 2022a).

Finalmente, la última ruta que vale la pena destacar es la ruta de las fronteras del este. Más de 6000 km separan a los estados del este de la Unión Europea —Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Hungría, Letonia, Lituania, Noruega, Polonia y Rumania— de Bielorrusia, Rusia, Moldavia y Ucrania (FRONTEX, 2022d). Los números no han sido extremadamente altos, considerando que desde 2008 —año en el que hubo 2653 ingresos ilegales— hasta 2021 —año en el que hubo 8184 ingresos ilegales—, los ingresos rondaron entre los 677 y 1220. Siendo que, a partir del conflicto entre Rusia y Ucrania, 7 millones de desplazados ingresaron a la Unión Europea por el este, los números para 2022 serán realmente incalculables (FRONTEX, 2022f).

Ahora bien, habiendo realizado una descripción acorde de cada una de las rutas y de las estadísticas que de ellas se han obtenido, ¿qué conclusiones nos permiten realizar la mismas?

La migración irregular es, principalmente, un problema de seguridad para la Unión Europea, tanto para la seguridad de los Estados de la Unión como para la seguridad de los migrantes que arriesgan sus vidas en el trayecto. Especialmente desde la creación del Espacio Schengen, el control de la migración irregular entre los países del mismo se ha dificultado enormemente, impulsándolos en ocasiones como en 2015, por ejemplo, a la reimposición de fronteras interiores (PARLAMENTO EUROPEO, 2020).

La existencia de una problemática como esta implica el desarrollo de un sistema de prevención y solución para enfrentar los desafíos y complicaciones que de ella derivan. Como bien indican Devia-Garzón y Bautista-Safar (2017), la migración irregular es el disparador de una enorme cantidad de políticas en la Unión Europea, que pueden configurarse gracias a todo el dispositivo con el que cuenta. Disponer de estadísticas e información fiable es el primer paso para el correcto armado de las mismas.

Es imperativo tener en cuenta el avance de la ultraderecha en Europa durante los últimos años. Según ALHO CABRAL (2020), la derecha está en casi todos los países de Europa salvo en cinco -Irlanda, Malta, Luxemburgo, Croacia y Rumania- y se presenta de muchas maneras distintas. La mayoría de los discursos destacan los valores nacionalistas y son contrarios a la inmigración, algunos incluso tienden a extremos como el nazismo. “Los problemas económicos y la llegada de refugiados que huyen de la guerra de Siria han ayudado a la extensión del discurso nacionalista, que ha encontrado en el miedo a los cambios un campo donde florecer.”

Como comentamos en la introducción, la base de la que debería partir la Unión Europea es una de derechos humanos. Sin embargo, gracias a las fuertes olas migratorias y las consecuencias culturales y políticas que estas tuvieron en la sociedad europea, este enfoque fue dejado de lado. Por lo mismo, a continuación presentaremos la evolución de las políticas migratorias de la Unión Europea desde el 2015, con el objetivo de comprobar si efectivamente, el enfoque securitario es la nueva postura predominante.

III. Políticas migratorias de la Unión Europea

Si partimos de la base de que la migración es por sí mismo un tema controvertido, alrededor del que hay una división política de gran magnitud, podremos imaginar el conflicto que provoca la creación y aplicación de políticas migratorias en una Unión de 27 países. Este conflicto se amplifica, como bien explica GUERRA SESMA (2018, p. 66), si entendemos que la política migratoria forma parte del ADN de un Estado, junto con las políticas de nacionalidad, exterior, de defensa, asilo y refugio.

Gracias a ITZEL CRUZ-PÉREZ (2019) sabemos que el espacio de libre circulación se intentó construir de la mano de políticas de inmigración y asilo apropiadas. Sin embargo, debido a la situación en otras regiones del mundo, que causaron olas de migración masiva a la Unión Europea, las instituciones han tenido que replantearse su curso de acción. Esto fue cierto, de manera más urgente, para aquellos Estados “puertas” de la Unión, como Italia, Grecia, Hungría, España, entre otros posicionados en la primera línea de defensa.

¿Por qué estos Estados en particular tuvieron que tomar una línea de acción distinta a la del resto? Todos los autores señalan a los Reglamentos de Dublín, particularmente a los adoptados en 2003 y 2013, en los que se establecen los “criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país” (CONSEJO EUROPEO, 2003). Con estos reglamentos queda establecido que, si no fuera a través de criterios de jerarquía superior como la integración familiar o la residencia, es el Estado receptor el que tiene que hacerse cargo de aquellos que solicitan asilo, aún si estos ingresan de manera irregular (CONSEJO EUROPEO, 2013).

Con este criterio, el sistema de Dublín no es uno de reparto sino uno de asignación, que genera una acumulación de refugiados en los países de entrada, principalmente en los del sur. Luego de la crisis de 2015, fue visible que los reglamentos no funcionaban y se comenzó a buscar una división proporcionada de responsabilidades en cuanto a la migración irregular y a los solicitantes de asilo (DEVIA-GARZÓN & BAUTISTA-SAFAR, 2017). Los países del sur buscaron

lograr una asignación obligatoria de migrantes a pesar de la fuerte resistencia de los países del Este (GUERRA SESMA, 2018, p. 70).

“Desde 1999, la Unión Europea ha adoptado un conjunto de instrumentos legales con el fin de establecer un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) para armonizar la legislación, las condiciones de acogida y otros aspectos vinculados al sistema de protección internacional (...) Lamentablemente, en la actualidad, persisten numerosas divergencias entre los sistemas nacionales (...)” (COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR), 2017, p. 4).

Este párrafo no hace más que confirmar lo mencionado, ha sido casi imposible lograr el consenso y la Unión Europea no ha logrado penalizar, como se había establecido, a aquellos Estados que no incorporaron la normativa acordada. Lo que sucede, al fin y al cabo, es que todo recae en la fina línea que divide las competencias acordadas para cada uno de los actores involucrados (REGI, 2020).

A partir de todas las complicaciones anteriormente presentadas, comenzamos a entender que la respuesta de la Unión Europea a la migración ha venido siguiendo la línea securitaria, es decir buscando proteger sus fronteras y evitando la inmigración (CRUZ-PÉREZ, 2019). El hecho de que ciertos Estados se nieguen a aplicar normativas que fomentan el ingreso de inmigrantes -cualquiera sea su carácter- a sus países, más allá de mostrar el conflicto interno que ya mencionamos, comprueba que estos buscan proteger a sus Estados e impedir el ingreso de individuos migrantes.

i. Políticas migratorias: 2015-2019

Desde que en abril de 2015, un navío libio con 700 migrantes se hundió en el estrecho de Sicilia las acciones de la Unión Europea frente a la migración no fueron las mismas. Esta tragedia dio inicio a una serie de medidas que modificaron el rumbo de la política migratoria europea.

Automáticamente luego de difundida la noticia, se organizó una reunión extraordinaria del Consejo Europeo en la que se acordó “movilizar todos los

esfuerzos necesarios para evitar que muera más gente en el mar y abordar las causas profundas de la migración” (CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2022); acto seguido, se aprobó la Agenda Europea de Migración (ARAGUÁS CEREZO, 2019). “El Consejo Europeo centró el foco de actuación en tres dimensiones, las cuales, debían de avanzar de forma paralela: en primer lugar, la reubicación y el reasentamiento; en segundo lugar, el retorno, la readmisión y la reintegración; y, en tercer lugar, la cooperación con los países de origen y tránsito” (SOLER GARCÍA, 2017: p. 7).

La situación en la ruta de los Balcanes occidentales llevó a que, el 25 de octubre de 2015, dirigentes en representación de once Estados acordaran un Plan de Acción para mejorar la cooperación y la consulta entre los países de la ruta, junto a medidas operativas pragmáticas para resolver la crisis de refugiados, situación que acordaron no podía ser resuelto a nivel nacional (EUROPEAN COMMISSION, 2015). En noviembre de ese año se llevó a cabo la Cumbre de La Valeta sobre migración, que reunió a jefes de Estado y de Gobierno africanos y europeos “en un intento de reforzar la cooperación y abordar los desafíos actuales de la migración, pero también las oportunidades que brinda” (CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2015a).

El denominador común, a lo largo de todo el 2015, fue la fuerte cooperación con los Estados afectados, la reubicación de individuos en los distintos Estados miembros de la Unión y el particular interés del Consejo Europeo en la cooperación con el Líbano, Jordania y Turquía.

Un hecho de incalculable trascendencia con este último fue la reunión de los jefes de Estado del 29 de noviembre de 2015, en la cual se adoptó un Plan de Acción Conjunto para detener, a través de una colaboración política y financiera —de 3000 millones de euros—, la migración irregular y, con más urgencia, a los refugiados sirios que llegaban a la UE a través de Turquía. Gracias a esto, Turquía consiguió un acuerdo de readmisión y la liberalización de visados para ciudadanos turcos en el espacio Schengen a partir de 2016 (CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2015b). Sin embargo, la principal consecuencia del acuerdo fue el traslado del flujo de migrantes del

Mediterráneo oriental hacia otras rutas, principalmente a la del Mediterráneo central, generando situaciones de hacinamiento, insalubridad e inseguridad en los campos de refugiados. (GARCÉS MASCAREÑAS, 2020; SOLER GARCÍA, 2017).

El 2016 comenzó con tres iniciativas importantes a nivel Unión Europea: la creación de un mecanismo de asistencia urgente, las propuestas de reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y la propuesta del reglamento de la Guardia Europea de Fronteras y Costas. El primero consistió en la búsqueda de una respuesta rápida, eficaz y que garantice la dignidad humana para todos aquellos que llegaban a las costas europeas. Con respecto al segundo, el 4 de mayo, la Comisión Europea presentó propuestas “para crear un sistema más equitativo, eficiente y sostenible a fin de repartir las solicitudes de asilo entre los Estados miembros” (EUROPEAN COMMISSION, 2016), reformando así instituciones como la Oficina Europea de Apoyo al Asilo y el Sistema de Dublín, entre otros.

Finalmente, el reglamento de la Guardia Europea de Fronteras y Costas (GEFC) se propuso en mayo de 2016 y terminó siendo aprobado en septiembre de ese mismo año. La GEFC llegó para “realizar una gestión europea integrada de las fronteras como responsabilidad compartida de la Agencia y de las autoridades nacionales responsables de la gestión de las fronteras” (PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2016, pág. 13), sustituyendo y ampliando las competencias de Frontex, creada en 2004. Es importante notar que la Agencia Europea de la GEFC, únicamente complementa el trabajo de los Estados miembros, principales responsables de la gestión de su sección de las fronteras exteriores. Frente a una institución como Frontex, que para SOLER GARCÍA (2017: p. 43) era insuficiente frente a los retos de la crisis migratoria por la falta de personal, de medios técnicos y de cooperación de algunos Estados miembros, el reglamento buscó dotar a la Agencia de mayor capacidad de actuación.

A principios de 2017 se gestó un plan concreto para tratar de detener el flujo de migrantes en la ruta del Mediterráneo central desde su punto de origen, Libia. El foco fue puesto en el entrenamiento, equipamiento y apoyo de la guardia costera libia; en detener a las redes de facilitadores y tratantes de personas y en

fortalecer a las comunidades locales, entre otras acciones orientadas a estabilizar al país africano (CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2017a). Ante el poco impacto de la primera medida, en junio los dirigentes de la UE pidieron medidas adicionales para detener la afluencia.

Otro hecho significativo fue el establecimiento del Sistema de Entradas y Salidas. “Este sistema permitirá registrar los datos de las entradas, salidas y denegaciones de entrada relativos a los nacionales de terceros países que crucen las fronteras exteriores del espacio Schengen”, con el objeto de agilizar los procesos en las fronteras, de identificar con certeza a aquellos que permanecen en la Unión una vez transcurrido el plazo legal de estancia autorizada y de reforzar la seguridad interna y externa (CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2017c).

El 2018 fue recibido con un refuerzo económico de importante magnitud para los proyectos relacionados a cuestiones migratorias, a través de la autorización del aumento de los préstamos del Banco Europeo de Inversiones. A su vez, el foco se colocó en la actuación futura de la Unión Europea frente a estas cuestiones y en intensificar el trabajo en distintos ámbitos. Un tema sobre el que se decidieron varias medidas fue el de la lucha contra los tratantes y traficantes de seres humanos, algunos de los cuales fueron directamente sancionados por la Unión.

A comienzos de 2019, podemos notar un impulso del trabajo de la Unión Europea en el plano normativo. Primero, se alcanzó un acuerdo provisional para establecer una red europea de funcionarios en terceros países que puedan lidiar con problemas migratorios o sus derivados. Acto seguido, el Consejo confirmó el acuerdo sobre la modificación del Código de Visados, por el cual se intentó beneficiar a los viajeros legítimos y “aumentar los instrumentos disponibles para responder a los retos que plantea la migración ilegal”. Para esto último, algunos elementos propuestos fueron el beneficio a terceros países con visados para que cooperen en la readmisión de migrantes y la penalización —mediante restricción de visados y tasas— a aquellos países que no lo hicieran (CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2019a).

Otra política sobre la que se acordó una posición parcial de negociación ese año fue la Directiva sobre el Retorno. La misma buscaba “acelerar los procedimientos de retorno, prevenir las fugas y los movimientos secundarios e incrementar las tasas de retorno” (CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2019b).

Una de las últimas y más valiosas medidas que debe mencionarse es la presencia de la política migratoria en la Agenda Estratégica de la Unión Europea para el periodo 2019-2024. La Agenda ronda alrededor de cuatro temas fundamentales: proteger a los ciudadanos y las libertades; desarrollar una base económica sólida y dinámica; construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social y promover los intereses y valores europeos en la escena mundial. En el apartado dedicado al primer punto, el Consejo declara: “Debemos garantizar la integridad de nuestro territorio. Hemos de saber quién accede al territorio de la UE y ser nosotros quienes decidamos dicho acceso (...).” (CONSEJO EUROPEO, 2019: p. 3). Allí mismo, sostienen que reforzarán el espacio Schengen y tratarán de hallar consenso para reformar el Reglamento de Dublín. También aclaran que intensificarán la lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza, a la vez que fortalecerán su resiliencia frente a catástrofes naturales y de origen humano y protegerán a la población europea de todo tipo de amenazas.

Es pertinente detenernos, antes de ingresar al periodo pandémico, para analizar la evolución de las políticas durante estos cinco años (2015-2019). Podemos observar que lo que ha venido construyendo la Unión Europea desde el 2015 hasta este punto de análisis es una estructura normativa y una operativa que van de la mano. Así lo sostiene el CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2019: p. 3) en un informe sobre el futuro de la política migratoria y de asilo: “el papel de las agencias de la UE es fundamental para fomentar la coherencia entre las políticas en la práctica”. Por un lado, vemos el trabajo de campo a través de las distintas operaciones activas, como la Eunavfor Med Sophia y la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por otro, vemos la construcción normativa que encuadra el trabajo de estos. Es justamente a través de estas distintas normas que podremos vislumbrar el avance del enfoque securitario.

Desde el inicio explicitamos el abandono sufrido por los países del sur frente al caudal inabarcable de migrantes. El hecho de que se tuviera que forzar la recepción de migrantes y solicitantes de asilo, a través de instrumentos como la Agenda Europea de Migración, y que para colmo estas cuotas no hayan sido cumplidas, demuestra la poca intención por parte de algunos Estados de la Unión de permitirles el ingreso.

La situación se torna aún más conflictiva cuando analizamos el trato dado a ciertas solicitudes. Mediante el establecimiento de una lista común de países seguros, los Estados de la UE definieron, como sostiene ARAGUÁS CEREZO (2019: p. 220), “quién tiene derecho (o no) a pedir asilo”. Por una lista que -en su momento- incluía a países como Afganistán, Albania, Bosnia y Herzegovina, Macedonia, Kosovo, Montenegro, Serbia y Turquía, cualquiera podía ser denegado el derecho de refugio y enviado de vuelta al país de origen. Como sostuvieron la AEDH, EuroMed Rights y la FIDH por aquel entonces: “No podemos considerar ningún país como país “seguro”, (...) institucionalizarán a escala europea una práctica que permitirá que un Estado miembro pueda negarse a cumplir con sus responsabilidades hacia los solicitantes de asilo, en clara vulneración de sus obligaciones internacionales” (FEDERACIÓN INTERNACIONAL POR LOS DERECHOS HUMANOS, 2016). Es claro que con esta decisión, la Unión Europea estaba poniendo a la devolución de migrantes por sobre los derechos humanos, legalizando, con esta lista, el retorno a países que en la realidad podían no ser seguros.

Este proceso avanzó junto a la creación de múltiples acuerdos de readmisión con terceros países. El más famoso de los sucedidos fue el Plan de Acción con Turquía, en el que este se comprometía a readmitir a toda persona llegada irregularmente a las costas griegas y a cambio, la Unión Europea aceleraría el tema visados y asentaría ciudadanos turcos por cada sirio recibido (GARCÉS MASCAREÑAS, 2020). La cuestión es muy grave desde el punto de vista de los derechos humanos ya que, para Amnistía Internacional (2017), Turquía no solo no es un país seguro, sino que ha devuelto a solicitantes de asilo a lugares como Siria, Irak o Afganistán sin poder realizar el pedido de asilo o presentar un recurso contra la devolución. Así, nuevamente podemos ver como

la UE sobrepuso su seguridad a los derechos humanos de los migrantes. Por otro lado, debemos resaltar que a través de este acuerdo, la Unión Europea delegó totalmente la gestión de las fronteras externas del sureste europeo.

Es claro que las decisiones frente a la migración irregular se vuelven más rígidas con el tiempo y buscan únicamente la seguridad de la Unión.

ii. Período pandémico: 2020-2022

Las primeras semanas del 2020, donde todavía no se había podido advertir la gran amenaza del COVID-19, el trabajo de la Unión Europea en el plano migratorio continuó con total normalidad.

Durante el mes de marzo, a cuatro años del acuerdo Unión Europea-Turquía, se produjo una reunión entre Charles Michel, Ursula von der Leyen y el Presidente turco Recep Tayyip Erdoğan, a la vez que se emitieron varias declaraciones sobre la situación que se desarrollaba en las fronteras externas de la Unión. El Consejo de Asuntos Exteriores declaró que Ankara estaba haciendo uso político de la situación en su frontera con Grecia y que esto no se toleraría. Tampoco darían lugar al aumento de cruces ilegales en las fronteras europeas, los cuales también acusaron a Turquía de alentar con rumores falsos (CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2020).

Sin embargo, todos los actores se encontraban violando alguna obligación internacional ya que Grecia había suspendido en ese mismo momento el derecho de asilo, bloqueando a algunos migrantes en sus fronteras y haciendo regresar a otros (SANDU, 2022). Según El País (2020), muchos fueron los refugiados que atestiguaron haber cruzado a Grecia para luego ser devueltos por las fuerzas de seguridad sin su dinero ni sus pertenencias; Turquía frente a esto, envió 1.000 agentes especiales para evitar las devoluciones en caliente y suspendió la readmisión de los que eran enviados de vuelta. Esta información pone en evidencia, muy brevemente, el maltrato que sufren aquellos que buscan cruzar las fronteras de la Unión Europa, la violación a la prohibición de las devoluciones colectivas que esta ejerce y demuestra cómo un Estado miembro,

frente a una disputa política entre países, puede poner en riesgo la vida y los derechos de personas físicas.

“Numerosos afectados y testigos relatan sobre abusos y maltratos (...) Todo es señal del total fracaso de la política de migración de la Unión Europea y especialmente de las prácticas de expulsión o devolución en las fronteras (...) violan numerosos derechos de refugiados y derechos humanos fundamentales” (EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS, s.f).

Solo semanas después de este conflicto en las fronteras de la Unión Europea y Turquía, se produjo un hecho histórico: el cierre total de las fronteras externas por la pandemia de COVID-19. Con esta noticia se vieron frustrados los planes migratorios de millones de personas que buscaban ingresar a la Unión Europea y muchas de ellas terminaron atrapadas en los campos de refugiados linderos.

No fue la pandemia la que produjo una situación falta de derechos humanos en estos campos sino aquella que puso en evidencia esta misma. Ya en febrero de 2020, France 24 denunciaba la terrible falta de necesidades básicas en el campo de refugiados de Moria, en la isla de Lesbos en Grecia. Todos los migrantes atrapados expresan un aterrante pensamiento: preferirían haberse quedado en sus países y morir ante las balas y las bombas, que quedar atrapados en Moria sin luz, agua, sanidad, educación y seguridad (ROCHA, 2020; BLANCO, 2019). Algunos incluso intentaron suicidarse para salir de este “infierno” mientras esperan que la burocracia griega procese sus solicitudes de asilo. Lamentablemente, el gobierno griego lo único que busca es expulsarlos. Podemos imaginar entonces, el impacto que la pandemia tuvo en estos campos de refugiados. Estamos hablando de millones de personas confinadas, en condiciones extremadamente paupérrimas, faltos de provisiones y de higiene, al acecho de un virus que estaba causando estragos en el mundo.

Si bien el 2020 se caracterizó por el breve avance de las políticas migratorias, en septiembre se publicó un Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. La propuesta buscaba vincular el proceso de asilo con el resto de los procesos

de la migración a través de, por ejemplo, propuestas concretas como un nuevo procedimiento fronterizo, el control previo a la entrada para todos los migrantes ilegales y la modificación de varios reglamentos (SANDU, 2022). Este pacto demuestra que la queja que los migrantes expresan sobre la burocracia es efectivamente cierta y algo que se fomenta desde las Comisiones de la Unión. Aun cuando entendemos que es imposible procesar millones de solicitudes de asilo en tiempo récord, la incorporación de otras etapas previas y posteriores al proceso de asilo puede interpretarse como un intento de desalentar y posponer el ingreso, lo cual produciría el agolpamiento de personas en las fronteras y una propensión mayor a las devoluciones en caliente.

El año de trabajo en 2021 comenzó en mayo con un acuerdo provisional para fomentar la migración legal y retener a estos trabajadores altamente cualificados a través de una tarjeta azul. En junio, se llevó a cabo una reunión del Consejo Europeo en Bruselas y allí se discutió el tema migratorio. Se resolvió la intensificación de las asociaciones y la cooperación con los países de tránsito y de origen, con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (IOM) y la utilización de todos los recursos disponibles con un enfoque pragmático, flexible y a medida (CONSEJO EUROPEO, 2021).

Un acontecimiento que marcó un antes y un después en el 2021 fue el derrocamiento del gobierno afgano y la vuelta al poder de los talibán. El 31 de agosto, a medio mes del hecho, los ministros del Interior de la Unión Europea celebraron una reunión extraordinaria para resolver sobre el hecho. Las conclusiones fueron claras: se procedería a evacuar a todos los ciudadanos europeos que se encontraran en Afganistán, se continuaría trabajando para estabilizar la región, luchando por evitar el surgimiento de nuevas amenazas - como el terrorismo- y se colaboraría con terceros países para que acojan refugiados afganos (CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2021). La línea en este último punto fue concreta: la Unión Europea no realizaría esfuerzos por acoger a estos refugiados sino que pondría todo su aparato a disposición para distribuirlos en otros países. Esta es una postura llamativa, teniendo en cuenta

la larga trayectoria en defensa de los derechos humanos de la Unión y si, adelantándonos temporalmente y salvando las enormes diferencias que existen entre ambos casos, analizamos la respuesta que la UE dio a la crisis de refugiados ucraniana.

En octubre, el Consejo Europeo se reunió para tomar conclusiones sobre varios temas y allí destacó el migratorio. Principalmente, se decidió poner en marcha "y sin demora" los ocho planes definidos en junio por el Consejo, en cooperación con los países socios. A su vez, se pidió a Turquía cumplir con el acuerdo celebrado en 2016 y se rechazó su uso político de la migración.

Por último, el Consejo volvió a hacer hincapié en la necesidad de garantizar el retorno efectivo y los acuerdos de readmisión "ejerciendo la influencia que sea necesaria", al igual que en la necesidad de asegurar el control efectivo de las fronteras, reduciendo los movimientos secundarios y garantizando "un equilibrio justo entre responsabilidad y solidaridad entre los Estados miembros".

La situación de la Unión Europea en 2022 tomó un giro luego de la invasión rusa de Ucrania, a finales del mes de febrero. Rápidamente, el 4 de marzo, la Unión decidió iniciar un sistema de protección temporal para las personas que huían de la guerra en el territorio vecino. Según la Agencia de la ONU para los refugiados (2022), más de 5,6 millones de refugiados procedentes de Ucrania se han registrado en Europa hasta julio de este año.

En abril, la Unión Europea liberó 17.000 millones de euros para ayudar a los refugiados ucranianos. Mediante la adopción de un reglamento para la "Acción de Cohesión para los Refugiados en Europa (CARE)" se pudieron liberar estos fondos, que pertenecían a otras políticas, con el fin de que los Estados receptores de refugiados cuenten con los "recursos suficientes para satisfacer las crecientes necesidades de vivienda, educación y asistencia sanitaria" (CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2022).

La rápida disponibilidad de fondos y la voluntad de satisfacer las necesidades de los refugiados nos hace comparar aun involuntariamente, el

tratamiento de la UE hacía esta crisis y las anteriores. Si bien entendemos que se trata de un conflicto militar que la impacta directamente por su proximidad geográfica, algo más subyace a la rápida bienvenida. No es un dato menor que, como destaca Garcés Mascareñas (2022), los ucranianos han sido inmigrantes económicos históricamente deseados y buscados por la UE, los cuales además provienen del “granero de Europa”. Es notorio y directo el contraste frente a otros inmigrantes económicos, de otras regiones, “que en lo discursivo y legal a menudo no tienen derecho a quedarse” y son duramente rechazados.

“En la huida de Ucrania, la discriminación de trato en función del origen y la nacionalidad, y la posibilidad de que esta distinción se mantenga a la hora de acceder a la protección temporal dentro de la UE, hace mucho daño. Hacia dentro, porque una vez más recuerda a los ciudadanos europeos (...) que no siempre todos somos iguales. Hacia fuera porque (...) *confirma los dobles estándares de una Europa que a menudo dice una cosa y hace otra.*” (GARCÉS MASCAREÑAS, 2022, p. 3)

IV. Conclusión

En este trabajo se ha buscado analizar, a través de una revisión de las políticas migratorias producidas por la Unión Europea en el periodo 2015 – 2022 y de la opinión de la academia, la predominancia del enfoque securitario frente a la llegada de migrantes a las puertas de Europa.

A partir de este análisis, hemos podido ver que, mediante propuestas de distintos estilos, la Unión Europea ha buscado disuadir el ingreso de migrantes, cualquiera sea su estado. Lo que es imperativo destacar es la amplitud y la creatividad a la hora de legalizar esta conducta. El desafío se buscó abordar mediante varios frentes, tres para ser precisos.

El primero fue el de las acciones concretas, en el terreno, para intentar frenar a los migrantes. Siendo quizás las menos, la Unión Europea buscó poner una barrera física a través de, por ejemplo, el establecimiento de la Guardia Europea de Fronteras y Costas, de las distintas operaciones médicas y de

seguridad, de la red de funcionarios europeos, entre otras. La eficacia de estas medidas está inevitablemente ligada a la voluntad de los Estados miembros, principales responsables de la gestión de las fronteras externas.

En segundo lugar, encontramos a las propuestas normativas que impulsó la UE para frenar el ingreso de migrantes. Iniciativas como la reforma del Sistema de Entradas y Salidas, la modificación del código de visados, la Directiva sobre el retorno o el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, son algunas de las barreras que la UE intentó establecer a través de este medio. A pesar de que con estas se buscó dar una respuesta rápida, eficaz y humana a la migración, el entramado burocrático en la práctica no parece demostrar resultados que condicen con el objetivo. Como hemos mencionado en el apartado anterior, las dificultades burocráticas, las idas y las vueltas, la poca claridad para los migrantes, solo conllevan a su agolpamiento en las puertas de Europa.

Por último, presentamos múltiples iniciativas impulsadas junto o hacia terceros países. Si existió una constante a lo largo del período analizado, esta fue el intento de enviar, devolver y frenar a los migrantes en otros países, mucho antes de que estos pudieran emprender el viaje a la UE. Desde el acuerdo con Turquía se han producido intentos como la Cumbre de La Valeta, el fortalecimiento de Libia y su aparato de seguridad, la firma de múltiples acuerdos de recepción de migrantes a cambio de beneficios, la penalización a aquellos países que se negaran a aceptarlos, la lista de países “seguros”, entre otros. Si algo queda nos queda en claro es que la cooperación internacional es fundamental para el tratamiento del tema migratorio y que la UE está dispuesta a hacer lo necesario para evitar la acogida de migrantes en su territorio.

¿Ha tenido resultado la extensa labor de la Unión Europea? Lamentablemente, en ninguna ruta ha habido avances significativos por lo que podríamos decir que el éxito es parcial. En el frente este y central de Europa los números han aumentado en todas las rutas, si bien debemos destacar la disminución notable de ingresos en Grecia, Chipre y Bulgaria gracias al acuerdo con Turquía. En el frente occidental, por el contrario, los números parecen mantenerse estables.

El principal obstáculo en el trabajo de la Unión Europea, a la hora de lidiar con el problema migratorio, son las acciones y posiciones de sus propios Estados miembros. La existencia de opiniones totalmente opuestas entre las partes que componen a la Unión ha dificultado sobre manera la aplicación de la normativa aprobada, al punto tal que esta ha sido incapaz de penalizar a miembros que no aplicaron lo acordado en el plazo establecido. Como se expuso al comienzo de este trabajo, la política migratoria está íntimamente vinculada al ADN de un Estado y es por eso por lo que existen 27 maneras distintas de aplicar la política migratoria y ninguna puede imponerse sobre la otra.

La Unión Europea ha puesto en riesgo la vida de los migrantes y refugiados con tal de hacerlos responsabilidad de alguien más, del otro lado de sus fronteras. Ha utilizado acuerdos con terceros países como moneda de cambio para la readmisión y ha considerado a países peligrosos como “seguros”, con tal de legalizar la expulsión de estos individuos. Complementariamente, la violencia vivida por los refugiados en las fronteras o el total estado de abandono de los campos en los que viven, demuestran el nulo grado de interés por sus condiciones de vida. Esto nos deja en claro que los derechos humanos de ciertos grupos pueden quedar relegados frente a la seguridad de los Estados, en este caso de estos 27.

Para finalizar, debemos quedarnos con las palabras de Cruz-Pérez (2019, p. 13), quien resume a la perfección y confirma la tendencia que analizamos en este trabajo:

“A través de la revisión de las acciones puestas en marcha en los últimos años, se evidencia que no existe interés por parte de los líderes europeos en respetar incluso, elementales normas de derechos humanos; comenzando por los bastante cuestionables acuerdos con terceros países, ya sea enfocados en las readmisiones o en el financiamiento para gestionar sus fronteras ante la migración”.

Podemos decir entonces que la llegada del enfoque securitario ha dejado de ser tan solo una hipótesis. Cuestionarnos la validez moral y, particularmente

legal, de semejante postura es de suma importancia y expone una interesante línea de investigación.

V. Bibliografía

ACNUR. (9 de julio de 2022). *Emergencia en Ucrania*. Obtenido de La Agencia de la ONU para los refugiados. Accesible en <https://www.acnur.org/emergencia-en-ucrania.html#:~:text=Hacia%20finales%20de%202021%2C%20casi,personas%20desplazadas%20por%20el%20conflicto>.

ALHO CABRAL, I. (21 de enero de 2020). La ultraderecha tiñe el mapa de Europa: está en cinco gobiernos y 22 parlamentos de la UE. Público.

ÁLVAREZ, F. (2018). Migración y seguridad: perspectivas de Europa. Instituto Español de Estudios Estratégicos, pp. 733-751.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. (15 de septiembre de 2015a). Hungría: Refugiados bloqueados por fuerzas militarizadas y criminalizados por las leyes. Amnistía Internacional.

—(16 de septiembre de 2015b). Serbia/Hungría: Refugiados atrapados en “tierra de nadie” en la frontera, en lo que constituye una atroz catástrofe humanitaria. Amnistía Internacional.

—(20 de marzo de 2017). El acuerdo UE-Turquía, un año de vergüenza para Europa. Amnistía Internacional.

ARAGUÁS CEREZO, M. (2019). *Política europea y migraciones; la necesidad de un enfoque de derechos humanos de cuarta generación frente a la mirada securitaria*. Revista Crítica Penal y Poder, Número 18, pp. 216-229.

BESENYŐ, C. J. (2016). *Security Preconditions: Understanding Migratory Routes*. Journal of Sustainability Issues. Volumen 6 (1), pp. 5-26.

BLANCO, S. (28 de noviembre de 2019). MORIA, la cruel bienvenida de Europa a los refugiados . *El País*.

CASTLES, S. (2010). *Migración irregular: causas, tipos y dimensiones regionales*. Migración y desarrollo, Volumen 7, Número 15, pp. 49-80.

COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR). (2017). *Hacia dónde va el nuevo sistema europeo común de asilo: Retos, amenazas y propuestas*. Madrid: Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR).

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (2019). *El futuro de la política de migración y asilo de la UE - Resultado de los debates*. Bruselas.

—(29 de junio de 2021). *Agencia de Asilo de la UE: la Presidencia del Consejo y el Parlamento Europeo alcanzan un acuerdo provisional*. Obtenido de Comunicados de prensa: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/06/29/eu-asylum-agency-council-presidency-and-european-parliament-reach-provisional-agreement/>

—(31 de agosto de 2021). *Declaración sobre la situación en Afganistán*. Obtenido de Comunicados de prensa: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/08/31/statement-on-the-situation-in-afghanistan/>

CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (12 de noviembre de 2015a). *Cumbre de La Valeta sobre migración, 11 y 12 de noviembre de 2015*. Obtenido de Cumbre Internacional: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/international-summit/2015/11/11-12/#:~:text=La%20Cumbre%20de%20La%20Valeta,tambi%C3%A9n%20las%20oportunidades%20que%20brinda.>

CONSEJO EUROPEO - CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (29 de noviembre de 2015b). *Reunión de los Jefes de Estado o de Gobierno de la UE con Turquía, 29.11.2015 - Declaración UE-Turquía*. Obtenido de Comunicados de prensa: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/29/eu-turkey-meeting-statement/>

—(3 de febrero de 2017a). *Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos exteriores de la migración: abordar la ruta del Mediterráneo central*. Obtenido de Comunicados de Prensa: Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos exteriores de la migración: abordar la ruta del Mediterráneo central

—(7 de febrero de 2017b). *Espacio Schengen: el Consejo recomienda prorrogar los controles en las fronteras interiores*. Obtenido de Comunicados de prensa: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/02/07/prolongation-border-controls/>

—(20 de noviembre de 2017c). *Sistema de Entradas y Salidas: adopción final por el Consejo*. Obtenido de Comunicados de prensa: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2017/11/20/entry-exit-system-final-adoption-by-the-council/>

—(20 de febrero de 2019a). *Política de visados: el Consejo confirma el acuerdo sobre la modificación del Código de Visados*. Obtenido de Comunicados de prensa: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/02/20/visa-policy-council-confirms-agreement-on-changes-to-the-visa-code/>

—(7 de junio de 2019b). *Política de migración: el Consejo acuerda una posición parcial de negociación relativa a la Directiva sobre el Retorno*. Obtenido de Comunicados de prensa: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2019/06/07/migration-policy-council-agrees-partial-negotiating-position-on-return-directive/>

—(6 de marzo de 2020). *Declaración del Consejo de Asuntos Exteriores. Comunicados de prensa*.

—(22 de junio de 2022). *Cronología - Política de migración de la UE*. Obtenido de Política de migración de la UE: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/migration-timeline/>

—(24 de marzo de 2022). *Flujos migratorios en las rutas del Mediterráneo occidental y África occidental*. Obtenido de Política de migración de la UE: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/western-routes/>

—(26 de julio de 2022). *Infografía - Flujos migratorios: rutas oriental, central y occidental*. Obtenido de Infografía: <https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/migration-flows/>

—(22 de marzo de 2022). *Política de migración de la UE*. Obtenido de Flujos migratorios: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/central-mediterranean-route/>

CONSEJO EUROPEO. (18 de febrero de 2003). Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea*, pág. L 50/1. Obtenido de Diario

Oficial nº L 050 de 25/02/2003 p. 0001 - 0010: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003R0343&from=ES>

CONSEJO EUROPEO. (26 de junio de 2013). REGLAMENTO (UE) No 604/2013. *Diario Oficial de la Unión Europea*, pág. L 180/31.

CONSEJO EUROPEO. (2019). *UNA NUEVA AGENDA ESTRATÉGICA (2019 - 2024)*. Bruxelles: Consejo Europeo.

CONSEJO EUROPEO. (25 de junio de 2021). *Consejo Europeo, 24 y 25 de junio de 2021*. Obtenido de Reuniones : <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/european-council/2021/06/24-25/>

CONSEJO EUROPEO. (2021). Reunión del Consejo Europeo (21 y 22 de octubre de 2021) - Conclusiones. *EUCO 17/21* (págs. 1-8). Bruselas: Consejo Europeo.

CRUZ-PÉREZ, I. E. (2019). Migración, seguridad y derechos humanos en la Unión Europea. *Huellas de la Migración Año 4 No. 7*, 173-195.

DEVIA-GARZÓN, C. A., & BAUTISTA-SAFAR, T. (2017). La realidad de la crisis migratoria europea. *Universidad Libre de Cali*, 144-156.

EL PAÍS. (6 de marzo de 2020). La crisis humanitaria en la frontera entre Turquía y Grecia, en imágenes. *El País*.

EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS. (s.f). *Expulsiones automáticas / Devoluciones en caliente*. Obtenido de ECCHR: <https://www.ecchr.eu/es/temas/expulsiones-automaticas-devoluciones-en-caliente/>

EUROPEAN COMMISSION. (4 de mayo de 2016). *Towards a sustainable and fair Common European Asylum System*. Obtenido de Press corner: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_1620

EUROPEAN COMMISSION. (25 de octubre de 2015). *Meeting on the Western Balkans Migration Route: Leaders Agree on 17-point plan of action*. Obtenido de Press corner : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5904

EUROSTAT. (Marzo de 2022). *Eurostats: statistics explained*. Obtenido de Migration and migrant population statistics: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics#:~:text=

To%20compare%2C%20in%202019%20there,another%20Member%20State%20in%202019.

FEDERACIÓN INTERNACIONAL POR LOS DERECHOS HUMANOS. (26 de mayo de 2016). *La lista de "países seguros" de la Unión Europea: una denegación del derecho al asilo*. Accesible en <https://www.fidh.org/es/region/europa-y-asia-central/la-lista-de-paises-seguros-de-la-union-europea-una-denegacion-del>

FIGUEROA, V. (11 de marzo de 2014). El precedente, 'la crisis de los cayucos'. *El País*.

FRONTEX. (Mayo de 2022a). *Frontex*. Obtenido de Migratory Map: <https://frontex.europa.eu/we-know/migratory-map/>

—(Abril de 2022b). *Frontex*. Obtenido de Migratory Routes: <https://frontex.europa.eu/we-know/migratory-routes/central-mediterranean-route/>

—(abril de 2022c). *Western Balkan Route*. Obtenido de Migratory Routes: <https://frontex.europa.eu/we-know/migratory-routes/western-balkan-route/>

—(5 de mayo de 2022d). *Eastern Borders Route*. Obtenido de Migratory Routes: <https://frontex.europa.eu/we-know/migratory-routes/eastern-borders-route/>

—(14 de julio de 2022e). *EU external borders in June: Western Balkan route most active*. Obtenido de News: <https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/eu-external-borders-in-june-western-balkan-route-most-active-oPV0mM>

—(2 de junio de 2022f). 5.3 million Ukrainians have entered EU since the beginning of the invasion. *Frontex*.

GARCÉS MASCAREÑAS, B. (2020). Cuatro años del acuerdo UE-Turquía. *Barcelona Center for International Affairs*, pp. 1-3.

—(2022). Por qué esta crisis de refugiados es distinta. *Barcelona Center for International Affairs*, pp. 1-3.

GUERRA SESMA, D. (2018). *La política migratoria común de la Unión Europea: efectos políticos de su ausencia*. Revista chilena de derecho y ciencia política. Volumen 9 (2), pp. 62-87.

KOSER, K. (31 de marzo de 2011). When is migration a security issue? *Brookings*.

NACIONES UNIDAS. (10 de junio de 2022). Migrantes y refugiados en el Mediterráneo: Disminuye el número de travesías, pero crece el número de muertes. *Noticias ONU*.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM). (2019). *Glosario de la OIM sobre la migración*. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. (11 de marzo de 2020). *Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020*. Obtenido de <https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

PARLAMENTO EUROPEO. (4 de junio de 2020). *Schengen: retos en el área sin fronteras interiores*. Obtenido de Noticias: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/eu-affairs/20180525STO04311/schengen-retos-en-el-area-sin-fronteras-interiores#:~:text=El%20impacto%20se%20centra%20principalmente,infraestructura%20para%20el%20sector%20p%C3%ABlico>.

PARLAMENTO EUROPEO; CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. (16 de septiembre de 2016). *REGLAMENTO (UE) 2016/1624 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO*. Obtenido de Diario Oficial de la Unión Europea: <https://www.boe.es/doue/2016/251/L00001-00076.pdf>

PASETTI, F. (2021). *La gobernanza europea de las migraciones en tiempos de pandemia: una oportunidad perdida*. Anuario internacional CIDOB, pp. 88-89.

REGI, J. (2020). *Las políticas de migración y asilo en la Unión Europea y sus problemas de aplicación en los Estados miembros*. Revista de Estudios en Seguridad Internacional, pp. 57-77.

ROCHA, A. (11 de febrero de 2020). Moria, el infame campo de refugiados a las puertas de Europa. *France 24*.

SANDU, G. (junio de 2022). *La política de asilo*. Obtenido de Parlamento Europeo: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/151/la-politica-de-asilo>

SOLER GARCÍA, C. (2017). *La guardia europea de fronteras y costas: ¿Un avance respecto a Frontex? Una valoración provisional*. Revista electrónica de estudios internacionales, Número 34, pp. 1-44.

TELESUR - JG. (19 de abril de 2015). Barco con 700 inmigrantes se hunde frente a costas de Libia. *teleSUR*.

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. (11 de Julio de 2007). *Official Journal of the European Union*. Obtenido de REGULATION (EC) No 862/2007 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32007R0862&qid=1448964364407&from=EN>

VARGAS, N. (11 de septiembre de 2020). De la crisis de los cayucos de 2006 al colapso de la acogida: claves del repunte migratorio en Canarias. *Canarias Ahora*.

WIKIPEDIA. (24 de junio de 2022). *Anexo:Histórico de diputados de los grupos políticos del Parlamento Europeo*. Obtenido de https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Hist%C3%B3rico_de_diputados_de_los_grupos_pol%C3%ADticos_del_Parlamento_Europeo#Junio_de_2015

WOHLFELD, M. (2014). Is migration a Security ssue? En O. Grech, & M. Wohlfeld, *Migration in the Mediterranean : human rights, security and development perspectives* (págs. 61-77). Malta: MEDAC, University of Malta.

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



revistajeانmonnetuba

