

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

Año XII – Nº 1 – 1º semestre 2024



**RI&HR**

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

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

**IR&DH**



# 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 XII – N°1 – Primer semestre 2024

**ISSN: 2346-9196**

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

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

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

## **DIRECTOR**

CALOGERO PIZZOLO

Catedrático *Jean Monnet* (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

## **CONSEJO ACADÉMICO**

PAOLA ACOSTA (Universidad del Externado de Colombia, Colombia)

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

JAVIER PALUMMO (Universidad de la República, Uruguay)

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

MARCELLO DI FILIPPO (Universidad de Pisa, Italia)

ROBERTO CIPPITANI (Universidad de Perugia, Italia)

JAVIER GARCÍA ROCA (Universidad Complutense de Madrid, España)

LAURENCE BURGORGUE LARSEN (Universidad de París I, Francia)

LAURA MONTANARI (Universidad de Udine, Italia)

VALENTINA COLCELLI (Consiglio Nazionale delle Ricerche, Italia)

FABRIZIO FIGORILLI (Universidad de Perugia, Italia)

PABLO PODADERA RIVERA (Universidad de Málaga, España)

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ (Universidad de Granada, España)

ALFREDO SOTO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

SANDRA NEGRO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

## **CONSEJO EDITORIAL**

ANDREA MENSA GONZÁLEZ (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

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

## **EDICIÓN**

GUILLERMO ALVAREZ SENDON

# Índice

<b>Estudios /</b>	
<i>Fragmentos de Derecho Constitucional Europeo en la era digital</i> JOAQUÍN SARRIÓN ESTÉVE	4
<b>Doctrina /</b>	
<i>La migración laboral en el contexto de la ruta de integración latinoamericana. Un estudio jurídico sobre las legislaciones nacionales de los Estados miembros.</i> ISABELLE DÍAS CARNEIRO SANTOS	21
<i>La gobernabilidad migratoria y su impacto en el abordaje de la trata de personas</i> MARÍA EUGENIA DÍAZ	45
<i>El derecho a la defensa penal en el derecho internacional de los derechos humanos</i> NATALÍ PAVIONI	66
<i>Demandas SLAPP: La libertad de expresión al banquillo de los acusados. Perspectiva latinoamericana y avances europeos</i> AGUSTÍN PÉREZ ALEDDA	85
<i>El Doble Estándar en Derechos Humanos</i> AGUSTÍN ULANOVSKY Y CAMILA KESTELBOIM	105
<b>Jurisprudencia /</b>	
<b>Tribunal de Justicia de la Unión Europea:</b> <i>Reseña de jurisprudencia primer semestre 2024</i> SOFIA TONELLI	127
<b>Corte Interamericana de Derechos Humanos</b> Comentario a sentencia del 26 de enero de 2024, Caso Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina <i>Derechos Humanos y el Caso A.M.I.A</i> ANABEL PAPA - NATALÍ PAVIONI	162

Estudios/

# FRAGMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO EN LA ERA DIGITAL

Joaquín Sarrión Estéve<sup>1</sup>

---

*Algunos de los Grandes Bienes no pueden vivir juntos. Es una verdad conceptual.  
Estamos condenados a elegir, y cada elección puede entrañar una pérdida irreparable  
Isaiah Berlin, El fuste torcido de la humanidad.*

## Resumen

Este trabajo realiza una revisión de la aproximación de la disciplina del Derecho constitucional contemporáneo a los desafíos que, para la Constitución, implican la integración supranacional -en particular la europea-, así como el proceso de digitalización y transformación que vive la sociedad actual. Defiende la necesidad de desarrollar el Derecho constitucional europeo vinculándolo con el Derecho de la integración y el emergente Derecho europeo de la Ciencia y la Tecnología, para estudiar, en el espacio europeo, los principios éticos y jurídicos que deben regular y gobernar la Era Digital.

*Palabras clave: Derecho constitucional - Derecho constitucional europeo - integración supranacional – digitalización - constitucionalismo digital - era digital - postconstitucionalismo.*

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Constitucional. Catedrático Jean Monnet y Director de la Cátedra ISAAC en la UNED. Trabajo vinculado a una visita de investigación realizada en el Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos”, de la Facultad de Derecho, en la Universidad de Buenos Aires, desde el 20/04/2024 al 06/05/2024, en el marco de los siguientes proyectos:

-Cátedra Jean Monnet Gobernanza y Regulación en la Era Digital -Proyecto 101127331 GovReDig. Financiada por la Unión Europea. Las opiniones y puntos de vista expresados solo comprometen al autor y no reflejan necesariamente los de la Unión Europea o los de la Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura (EACEA). Ni la Unión Europea, ni la EACEA pueden ser considerados responsables de ellos;

- Proyecto “El Modelo de Estado de Derecho, Gobernanza y Protección de Derechos y Garantías en el sistema de integración de la Unión Europea” (EDERGOPRO-UE), ref. UNED 2023-COO-0004;

-Cátedra “ISAAC” Derechos individuales, investigación científica y cooperación, formada por la UNED en colaboración con el CNR-IFAC.

Así como también en las actividades de los grupos de investigación “Derechos Fundamentales Multinivel” de la UNED, y Grupo de Investigación “Regulation Research Group” de la Universitat de València.

**Title:** FRAGMENTS OF EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW IN THE DIGITAL ERA.

### **Abstract**

This work reviews the approach of the discipline of contemporary constitutional law to the challenges that, for the Constitution, imply supranational integration - particularly the European integration - as well as the process of digitalization and transformation that the today's society is living. It defends the need to develop the European constitutional law, linking it with the law of integration and the emerging European law of science and technology, to study, in the European space, the ethical and legal principles that should regulate and govern the Digital Age.

*Keywords: Constitutional law, European constitutional law, supranational integration, digitalization, digital constitutionalism, digital era, postconstitutionalism*

### **I. Motivación**

Podemos considerar que el constitucionalismo contemporáneo es esencialmente un constitucionalismo de tipo racional-normativo, vinculado a la configuración del Estado de Derecho y su desarrollo, desde el un primer marco basado en el Estado liberal, y unido a un progresivo reconocimiento y protección de los derechos y libertades en sus diversas generaciones; de forma que son – y siguen siendo- esenciales la separación de poderes y el reconocimiento y garantía de los derechos, sus principales pilares<sup>2</sup>.

Este paradigma constitucional ha contribuido a la superación del positivismo, y al desarrollo de teorías de constitucionalismo no positivista, o postpositivistas, basadas en la idea de constitucionalización del Derecho, y de una concepción dual del mismo -como sistema jurídico y práctica social-, y sustentada en un objetivismo (moral) mínimo, dando especial relevancia a la

---

<sup>2</sup> Muy frecuente es citar el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que dispone que «Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la división de poderes carece de Constitución», como manifestación prescriptiva esencialista de la Constitución (Véase SARRIÓN ESTEVE, 2023)

argumentación, que han servido para explicar el fenómeno del constitucionalismo y su triunfo en la realidad jurídica contemporánea; es decir, en el Derecho constitucional vigente<sup>3</sup>.

Sin embargo, el Derecho constitucional contemporáneo enfrenta grandes desafíos y no parece, tal y como se ha entendido hasta hoy, ser un marco suficiente para dar respuesta a los retos que proponen la internacionalización y la integración supranacional que vivimos, así como su convergencia con la proliferación de sistemas de gobierno tipo red, muy unido al fenómeno de la digitalización, y que requieren de una revisión de este paradigma o, incluso, de nuevas teorías que traten de dar explicación y sustentar la realidad jurídica que nos ha tocado vivir, puesto que, dada la pérdida de referencia del valor de la Constitución, quizá estamos abocados a vivir en una era postconstitucionalista, cuya teorización, sin embargo, está pendiente.

Y es que, de los desafíos planteados, tanto por los modelos de integración supranacional (PIZZOLO, 2022, 2023) como por el proceso de digitalización (SARRIÓN ESTEVE, 2023), se puede deducir que estamos viviendo el ocaso del constitucionalismo tal y como lo hemos conocido hasta ahora.

Por eso, algunos autores han tratado de reconstruir la narrativa constitucional a través de un constitucionalismo digital (REDEKER, LEX, & URS, 2018; CELESTE, 2019), un constitucionalismo tecnológico (FROSSINI, 2020), o un constitucionalismo algorítmico (BALAGUER CALLEJÓN, 2023), poniendo énfasis en la necesidad de responder a los desafíos que se plantean y que requieren de un nuevo paradigma en la era digital (SARRIÓN ESTEVE, 2023), o buscando las imágenes del Derecho constitucional a través del constitucionalismo visual, con la iconización o también, de forma más lúdica, emotización (*emojification*) (BELOV, 2022: p. 11).

De esta forma, se hacen necesarios trabajos que revisen el estado actual de aproximación de la disciplina a los desafíos y oportunidades que producen tanto la integración supranacional y el gobierno en red, como la propia era digital en la que vivimos, vamos a tratar aquí de realizar una breve aproximación<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, sobre la superación del positivismo y la importancia del advenimiento del paradigma constitucional las excelentes contribuciones de Atienza (ATIENZA, 2007 y 2017).

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión, y analizando muy en detalle, tanto el objeto y campo de estudio del Derecho constitucional, como su ampliación, la dogmática del Derecho constitucional, el Derecho constitucional europeo, el Derecho constitucional de la Unión Europea en el marco del Derecho

## **II. El objeto y campo de estudio del Derecho constitucional contemporáneo y sus desafíos desde la perspectiva del Derecho constitucional europeo en la era digital**

Podemos considerar que, el objeto de estudio del contemporáneo Derecho constitucional podría abarcar la formación histórica del Estado constitucional y la evolución del mismo hasta el conocido como Estado social y democrático de Derecho, y que incluyen tanto los temas del Estado como de la Constitución, la democracia representativa, y lo que se conoce como constitucionalismo histórico; también son objeto de atención, sin duda, la organización de los poderes del Estado, incluyendo las cuestiones de organización territorial del poder y las relaciones entre poderes y órganos constitucionales; las fuentes del Derecho constitucional; y, finalmente, los importantes temas de la protección y garantías de los derechos y libertades, incluyendo aquí no solo el nivel nacional o interno, sino incluso también el nivel de protección supranacional e internacional.

Ciertamente, son los procesos de internacionalización y de integración supranacional, en los que se insertan algunos Estados, los que ponen en cuestión o desafían los clásicos y tradicionales elementos definitorios de la soberanía nacional, desde una perspectiva del proceso de transformación del Estado constitucional, y que implican una afectación del propio sistema de organización del poder y su control, así como del sistema fuentes, y de la configuración del sistema (estatal o nacional) de protección de los derechos y libertades por las obligaciones internacionales derivadas de los sistemas de protección de derechos humanos o fundamentales que están en pleno desarrollo.

Piénsese, por ejemplo, en el impacto que supone la aplicación de los principios de efecto directo y primacía del Derecho de la Unión Europea en cualquier sistema jurídico estatal de los Estados miembros de la Unión, y que

---

de la integración, y la utilidad de la perspectiva multinivel, multidisciplinar y de la Sociología Jurídica, así como de otros métodos de estudio e investigación, para el Derecho constitucional contemporáneo, véase el libro dedicado a la Ampliación del objeto y campo de estudio, los desafíos actuales para la investigación y el postconstitucionalismo, en el que realizo un estudio más desarrollado (SARRIÓN ESTEVE, 2024).

obliga a la inaplicación de las normas internas, incluso constitucionales; o la pérdida o limitación del ejercicio de competencias soberanas por el propio proceso de integración (a través de la moneda, control de fronteras, potestad legislativa, etc.); lo que motiva que el Derecho constitucional contemporáneo no puede quedar ajeno al estudio de este fenómeno.

A esto hay que añadir el proceso de transformación digital que vivimos en la sociedad actual, y que supone una modificación sustancial del estatus de las personas, vinculado al poder real y efectivo que tienen algunas plataformas tecnológicas y empresas globales que inciden en la vida (y estatus) de las personas y sus derechos, así como en la propia conciencia e identidad colectiva de la sociedad, estirando e incluso rompiendo las costuras de la identidad y cultura constitucional, y que pone en evidencia la necesidad de un poder de control supranacional que, a través de regulación y mecanismos de gobernanza, limite los riesgos para las personas y sus derechos, derivados de la digitalización<sup>5</sup>.

Obsérvese que, precisamente, estos dos fenómenos, tanto la internacionalización e integración supranacional, como la transformación digital, son los que, por un lado, motivan y requieren de una ampliación del objeto y campo de estudio del Derecho constitucional contemporáneo, a la vez que levantan suspicacias y reacciones soberanistas estatales, ante el temor de la imposición de una homogeneización supranacional, y que buscan en la identidad constitucional y los límites constitucionales una salvaguarda de lo que queda del constitucionalismo; por ello, un nuevo paradigma constitucional se hace esencial (SARRIÓN ESTEVE, 2023: pp. 167-171).

Es aquí donde cabe plantear que este paradigma debe dar respuesta integral a ambos fenómenos, en cuanto que los dos desafían al constitucionalismo contemporáneo, anclado aún -si se me permite- en la discusión con el positivismo y que, si bien superándolo, aún no se ha desprendido totalmente de sus cadenas (SARRIÓN ESTEVE, 2024: p. 32).

El fenómeno de la integración supranacional, y en particular de la europea, ha motivado que se desarrolle lo que se ha denominado Derecho

---

<sup>5</sup> Esto es lo que trata de realizar la Unión Europea, consciente de los límites del poder estatal, a través de la regulación de los servicios digitales, la protección de datos de carácter personal, los sistemas de inteligencia artificial, los sistemas europeos de datos, etc.

constitucional europeo, como disciplina jurídica fundamentada a partir de la idea de Derecho constitucional común europeo enunciada por el prof. P. Häberle (1993), y que permite, como dice F. Balaguer, estudiar el fenómeno de constitucionalización del proceso de integración europea, a la vez que integrar las cuestiones constitucionales europeas en el Derecho constitucional, considerando en el mismo, con una perspectiva amplia e integradora, los espacios constitucionales de la Unión y de los propios Estados miembros (BALAGUER CALLEJÓN, 2016: pp. 79 y ss.)<sup>6</sup>.

Desde una perspectiva del Derecho constitucional de un Estado miembro, como podría ser el español, debemos considerar que la Constitución no podría ser un texto cerrado, sino que se abre tanto en la interpretación de los derechos y libertades (art. 10.2 CE) como a la cesión del ejercicio de competencias y soberanía en el marco del proceso de integración europea (art 93 CE), lo que necesariamente convierte al Derecho de la Unión Europea, y sus principios, en última instancia, en normas de interés constitucional, en particular aquellos principios que se pueden calificar como constitucionales, y que permiten dotar de efectividad al ordenamiento jurídico europeo, y por tanto, también, a los derechos que el mismo reconoce.

Esto motiva que, frente a planteamientos exclusivamente soberanistas, sea necesario contemplar planteamientos pluralistas que permitan una interpretación de las normas e instituciones jurídicas -para su comprensión- del funcionamiento de la actual realidad y práctica jurídica, en la que de forma progresiva se produce un desplazamiento del llamado "paradigma de la estatalidad" y la consolidación de la Constitución o constitucionalismo "en red" en el marco de convergencia de sistemas jurídicos (PIZZOLO, 2022: pp. 21 y ss).

Por ello, el Derecho constitucional europeo se debe vincular al desarrollo del Derecho de la integración<sup>7</sup>, que busca el estudio de las reglas y principios que rigen los procesos de integración transnacional, para entender su

---

<sup>6</sup> El Derecho constitucional europeo ha sido defendido como aproximación desde las Cátedras Jean Monnet en Derecho Constitucional Europeo de los profesores F. Balaguer, T. Freixes, y Y. Gómez (GÓMEZ SÁNCHEZ & ELÍAS MÉNDEZ, 2020: pp. 20 y ss.)

<sup>7</sup> Destaca el importante trabajo realizado, para el desarrollo del Derecho de la Integración, en el Centro de Excelencia Jean Monnet "Integración Regional & Derechos Humanos" de la Universidad de Buenos Aires, dirigido por el profesor C. Pizzolo, accesible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/>

funcionamiento, para tratar de aprehender la realidad jurídica en la que vivimos, si bien le pueden interesar los diversos fenómenos y procesos de integración supranacional y su comparativa, mientras que el Derecho constitucional europeo se focaliza en el proceso supranacional de integración europea, atendiendo a las cuestiones constitucionales tanto europeas como de los Estados miembros.

Al mismo tiempo, el Derecho constitucional europeo debe vincularse al emergente Derecho (europeo) de la ciencia y la tecnología, en cuya construcción se ha estado trabajando desde diversas Cátedras Jean Monnet, desde una perspectiva multidisciplinar, para poder estudiar los desafíos y oportunidades que plantea la innovación científica y transformación digital<sup>8</sup>.

Y ello se debe realizar huyendo de una excesiva y formalista fragmentación por las tradicionales áreas de conocimiento disciplinares, fragmentación quizá artificial en gran medida, que se da en la Ciencia jurídica, y a las ventajas aparentes que supuestamente la especialización jurídica, dentro del más amplio Derecho, pudiera suponer; puesto que la realidad parece constatar que una excesiva fragmentación dificulta la innovación en la Ciencia del Derecho, facilita la inhibición de la crítica y dificulta enormemente el diálogo entre las distintas áreas o disciplinas, tanto a nivel nacional como internacional, lo que -en última instancia- empequeñece y limita las posibilidades de hacer frente intelectualmente, y desde la investigación, a los grandes desafíos jurídicos del Derecho contemporáneo<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, cabe destacar el destacado trabajo del profesor R. Cippitani en la construcción del “Derecho europeo de la ciencia y la tecnología”, a través de sus Cátedras Jean Monnet, desde la Cátedra Jean Monnet “teKla” sobre el Espacio Legal de Conocimiento Europeo (*The European Knowledge Legal Area*), Grant Decision no. 2011-3067, 2011-2014, hasta la más reciente Cátedra Jean Monnet sobre la 5ª libertad, la libertad de investigación como la 5ª libertad *5th\*Freedom, Freedom of Research as EU Fifth Freedom*), 619985-EPP-1-2020-1-IT-EPPJMO-CHAIR; junto con los Centros de Excelencia Jean Monnet, desde el Centro de Excelencia *Rights & Science*, 2015-2018, hasta el Centro de Excelencia Baldus (*Building the Age of a Lawful and sustainable Data-Use*), 101047644, 2022-2025; al que se pretende unir ahora la Cátedra Jean Monnet Gobernanza y Regulación en la Era Digital (*GovRedig*) - Proyecto 101127331 GovReDig, que dirijo; y la Cátedra “ISAAC” Derechos individuales, investigación científica y cooperación, formada por la UNED en colaboración con el CNR-IFAC, y que codirigimos el prof. Cippitani y yo mismo.

<sup>9</sup> Así, como dice G. Doménech Pascual, “*la realidad enseña que los problemas jurídicos suelen atravesar los estrechos lindes de las áreas de conocimiento (...)*” y el aislamiento que se produce “dificulta la visión de lo que se está haciendo en otras comunidades. Reduce el intercambio de ideas entre individuos que están analizando problemas similares. Entorpece que cualquier investigador pueda aprovechar lo que debería ser un acervo común de conocimientos para hacer progresar la ciencia jurídica.” (DOMÉNECH PASCUAL, 2016: pp. 19-20).

Por ello, un desarrollo y conceptualización de un Derecho europeo de la ciencia y de la tecnología, necesariamente multidisciplinar, nos permitiría estudiar los problemas relacionados con la utilización de las innovaciones tecnológicas, las cuestiones éticas y jurídicas vinculadas, así como el uso de datos, los principios éticos de la ciencia, incluyendo los aplicables a los sistemas de inteligencia Artificial, etc. en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y que, desde hace ya algunos años, está mereciendo la atención de la dogmática, tanto a nivel de la Unión Europea, como también, en particular, en España (por todos, SÁNCHEZ BARRILAO, 2015; RECHE TELLO & TUR AUSINA, 2022; BALAGUER CALLEJÓN & COTINO HUESO, 2023; PRESNO LINERA, 2023; y SARRIÓN ESTEVE, 2023).

Así, y en este ámbito, en un mundo regido por algoritmos diseñados por grandes compañías tecnológicas que tienden a configurar los procesos de producción industrial, de prestación de servicios, incluyendo en particular todo el proceso comunicativo, con la consiguiente influencia lógica en la toma de decisiones, se producen una serie de rupturas en el contexto cultural constitucional, con nuevos factores de legitimación que corresponden al poder global; la pérdida de la Constitución como referente cultural unitario; la ruptura entre la realidad física y virtual, dado que una se regula por el Derecho público y la otra por el Derecho privado; y la afectación de la propia configuración de la realidad por destrucción de la percepción social compartida de la realidad, afectando al espacio público; y la pérdida de la capacidad del Estado de ordenar la vida social por el desarrollo tecnológico; haciendo necesario una revalorización constitucional en el ordenamiento y en el espacio público fundamentada en los derechos fundamentales (BALAGUER CALLEJÓN, 2023: pp. 29-56).

Estas rupturas e incidencias tienen repercusión también en la investigación científica, puesto que como juristas preocupados por las cuestiones jurídicas y éticas de la investigación somos conscientes de que vivimos en una nueva realidad que es híbrida, y polarizada.

Por ello, esto motiva que necesitemos buscar una «redefinición del constitucionalismo» que haga frente a la transformación en que estamos insertos, de forma que la constitución normativa mantenga la función de

ordenación de la realidad y de la resolución de conflictos, haciendo frente al cambio, con una reconstrucción intelectual, jurídica, y científica, de las categorías propias de la estructura (Estado) y el sujeto (ciudadano, usuario-consumidor/profesional) que son fundamentales para el Derecho (constitucional), a través del valor de la ciudadanía (GUILLÉN LÓPEZ, 2023: pp. 113-115); en definitiva, que realicemos juntos la búsqueda de un nuevo paradigma (constitucional) que logre mantener en el centro del debate la protección de los derechos y las libertades de las personas (SARRIÓN ESTEVE, 2023: pp. 170-171).

Debemos considerar que tanto las compañías privadas, como también las Administraciones Públicas, los usuarios, los ciudadanos, y los juristas, vamos a tender a utilizar, de forma progresivamente creciente, las innovaciones tecnológicas, y por tanto los algoritmos, en nuestras actividades diarias, también en la investigación científica y en los procesos de toma de decisiones, y, de esta forma, los sesgos y errores de lo que se ha denominado como “armas de destrucción masiva” (O’NEILL, 2018), que nos van a acompañar, van a sumarse a nuestros propios sesgos y errores, con los riesgos para los derechos fundamentales que siempre han tenido las innovaciones tecnológicas (DOMÉNECH PASCUAL, 2006), pero con las particularidades que los algoritmos parecen presentar (SORIANO ARNAZ, 2021; COTINO HUESO & CASTELLANOS 2023).

Cabe entender que, en el estado actual de las cosas, debemos tratar de superar la dualidad *online/offline*, del mundo virtual y físico, pues vivimos en un mundo híbrido en el que hay que garantizar una correcta aplicación e interpretación del Derecho, también por supuesto el constitucional, que ponga en el centro de nuestra reflexión y nuestra actividad a la persona, y el reconocimiento y protección de los derechos y libertades que el Derecho está llamado a garantizar, esto obliga a buscar la aplicación de los derechos y libertades en su dimensión digital, además de identificar nuevos derechos y principios para el mundo digital.

Esto requiere, sin duda, que el Derecho, que los juristas, con nuestra particular mirada, tratemos de dar respuestas, quizá provisionales, para las legítimas preocupaciones que surgen en la ciudadanía frente a este proceso de

transformación digital, a esta 4ª revolución industrial (GARCÍA NOVOA & SANTIAGO IGLESIAS, 2018), tratando de preservar unos principios y garantías, que no pueden perderse, y que deben formar parte de una misma conciencia y cultura (post)constitucional en la edad que nos ha tocado vivir.

Por supuesto, especial importancia reviste para esto la ética, es decir, el establecimiento de una ética que garantice los derechos y bienes jurídicos que pueden quedar afectados por el desarrollo de ciencia y tecnología, y que formaría el núcleo del Derecho europeo de la ciencia y la tecnología.

Así, la búsqueda de principios jurídicos es esencial en el Derecho actual; sobre todo desde una perspectiva superadora del positivismo (formalista), puesto que se hace esencial garantizar, en la práctica, y desde una teoría normativa (de la Constitución), en el Estado (constitucional) social y democrático de Derecho, la realización de los derechos y las libertades, también en el ámbito de la actividad científica. Para mí, desde luego, no cabría otra concepción del Derecho, que una que parta de la idea de que la garantía de los derechos y libertades debe ser real y efectiva, lo que exige un Derecho prescriptivo para la tutela de la libertad; al constituir todos los derechos y libertades concreciones específicas de la más amplia libertad.

Un planteamiento que, si bien alguna doctrina -sobre todo, desde posiciones positivistas o formalistas-, calificaría de “neoconstitucionalismo”<sup>10</sup>, sería más bien una posición de un «constitucionalismo pospositivista», que se distancia del positivismo para poder dar cuenta de lo que supuesto el constitucionalismo, pero que no cae en la tentación de considerar superada la autoridad de las normas que es lo que, en última instancia, se achaca en gran parte al neoconstitucionalismo (populista), que podría preservarse, al mismo tiempo que se busca la realización de un objetivismo mínimo, destacando para ello la importancia de la dimensión argumentativa del Derecho, y abriendo la actuación jurídica a la transformación de la práctica para «aproximarla a los valores del constitucionalismo» (ATIENZA, 2017: pp. 117 y ss., pp. 143 y ss.).

---

<sup>10</sup> Porque como ha sostenido, con certeza, Atienza, hoy en día resulta difícil precisar en qué consiste el neoconstitucionalismo, pues se trata de una expresión que “al haber sido utilizada para significar casi todo, ha terminado (...) por no significar prácticamente nada” (ATIENZA, 2017: p. 145).

De esta manera, el funcionamiento práctico del Derecho contemporáneo no solo se explica por el fenómeno del constitucionalismo y la transformación que ha supuesto el Estado (constitucional) democrático y social (de Derecho), desde una teoría democrática y normativa de la Constitución, sino que también a través de la energía cinética de los procesos de integración supranacional, con el *conudrum* de las fuerzas centrípetas armonizadoras y homogeneizadoras del centro de integración y de las fuerzas centrífugas de los entes que se integran, en los que se revive el soberanismo de las antiguas naciones, y en el que participa este Estado constitucional golpeado y mutado.

Un Estado constitucional que vive una mutación hacia un constitucionalismo supranacional y global (Derecho de la integración) donde existe, sin embargo, también una dimensión y elementos constitucionales, en esos procesos de integración supranacional e internacionalización, lo que se trata de estudiar y explicar a través del constitucionalismo multinivel y el pluralismo constitucional desde el Derecho constitucional europeo; a la vez que una dosis de realidad de sus límites por el fenómeno de transformación digital, en el que las innovaciones tecnológicas, en particular lo digital, requieren también de una respuesta del Derecho (constitucional) contemporáneo, para tratar de preservar unos principios y garantías que forman parte de la conciencia constitucional, en una nueva conciencia y cultura (post)constitucional. De ahí que, vistos estos fenómenos, hayamos considerado, que quizá, vivimos ya en un “postconstitucionalismo” (SARRIÓN ESTEVE, 2024).

De hecho, la evolución que actualmente sufren los propios ordenamientos jurídicos en este doble contexto, global y digital, y en particular en el ámbito de procesos regionales de integración, y en el mundo híbrido (físico-digital), manifiestan hoy más una tendencia hacia la intervención regulatoria<sup>11</sup>, que no de desregulación (frente a la desregulación liberalizadora que supuso la anterior globalización), en particular en el ámbito europeo, bajo un modelo de gobernanza complejo de tipo red, y macro complementada con intervenciones

---

<sup>11</sup> Una regulación, además, debemos considerar, que enfrenta sus propios desafíos y oportunidades a la hora de regular las innovaciones tecnológicas, vinculados al problema de la incertidumbre en relación con las potenciales implicaciones para la sociedad, y los retos críticos, que pueden ser clasificados en cuatro amplias categorías: i) el problema del ritmo; ii) el diseño de marcos regulatorios “adecuados para su propósito”; iii) los desafíos de la aplicación regulatoria; y iv) los desafíos institucionales y transfronterizos (Véase OCDE, 2019).

de tipo micro (NADALES, 2023, pp. 51 y ss.); y el riesgo puede venir de un poder, quizá enmascarado, que bajo el paraguas de la protección y garantía de derechos y libertades, en ocasiones, aprovecha para limitar los derechos y desdibujarlos, hasta hacerlos irreconocibles.

Por ello es importante que el Derecho constitucional contemporáneo asuma el reto de identificar y desarrollar principios (constitucionales)<sup>12</sup> que rijan esta nueva regulación y gobernanza en la Era Digital, atendiendo en particular a la importancia de limitar el poder y proteger y garantizar los derechos y libertades en su dimensión digital, de forma que el objeto nuclear sigue siendo, en esencia, el mismo, si bien, en general, el objeto y el campo de estudio se ha ampliado, para incluir los elementos constitucionales de los procesos supranacionales de integración y de las organizaciones internacionales y sus problemáticas, así como también, los desafíos que las innovaciones tecnológicas, destacando las digitales, producen, en particular para la garantía de los derechos y libertades.

Por ello hay que poner especial atención a estudiar el impulso regulador y de gobernanza expandida que se desarrolla en la Unión Europea, tanto en materia de sistemas de Inteligencia Artificial, como también, de datos, teniendo en consideración tanto la Estrategia Europea de Datos, que pretende convertir a la UE en líder de la sociedad digital con los datos, con la consecución de un mercado único de datos; como también la Década Digital de Europa (COMISIÓN EUROPEA, 2024), en cuyo marco se ha aprobado la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales, firmado por las presidentes de la Comisión y del Parlamento Europeo y el presidente del Consejo (COMISIÓN EUROPEA, 2022), y toda la normativa que se está desarrollando en este ámbito, desde la perspectiva del Derecho constitucional contemporáneo, para garantizar los derechos y libertades de las personas.

---

<sup>12</sup> Dentro de los más amplios principios éticos del emergente Derecho europeo de la Ciencia y la Tecnología, que podrían incluir, entre otros, el principio de la dignidad humana como fundamento de la libertad, de la igualdad y de los derechos en los que se concretan la libertad y la igualdad, el principio de autodeterminación en la participación de las personas en la actividad científica, los principios de prevención y precaución que definen la cultura, los principios de transparencia e integridad en la actividad científica, el principio de innovación regulatoria, etc. Sobre la elaboración de principios éticos de la ciencia y la tecnología véase a Cippitani (CIPPITANI, 2023: p. 119 y ss.)

### **III. Conclusiones**

El Derecho constitucional contemporáneo, esencialmente de tipo racional-normativo, y vinculado al último estadio del Estado constitucional -el Estado social y democrático de Derecho, enfrenta la transformación y mutación de éste y la Constitución, por el doble fenómeno de los procesos de integración supranacional y la transformación digital.

Esto requiere una ampliación del objeto y campo de estudio del Derecho constitucional, en particular, atendiendo al ámbito europeo, del Derecho constitucional europeo que, vinculado al Derecho de integración y al emergente Derecho europeo de la Ciencia y la Tecnología, no pierda el núcleo de atención (la limitación del poder y la garantía de los derechos y libertades), a la vez que presta atención y analiza los desafíos de la regulación y gobernanza en la Era Digital.

Por ello, el cambio de paradigma constitucional requiere una revisión de las categorías y de las garantías de los derechos y libertades, siendo conscientes de la necesidad de hacer efectivos los derechos y libertades en su dimensión digital, a la vez que puede ser necesario el reconocimiento de nuevos derechos y principios digitales; todo ello sin obviar los riesgos de que el poder aproveche la regulación no para proteger los derechos sino para su limitación y desdibujación.

Por ello, en este trabajo se defiende la necesidad de estudiar e identificar los principios (constitucionales), estudio aún por realizar, y que deben regir la regulación y gobernanza, tanto de los procesos de integración supranacional, como de las innovaciones tecnológicas, en aras de la garantía de la libertad de la persona.

### **IV. Bibliografía**

ATIENZA, M. (2007). "Constitución y argumentación", en Anuario de Filosofía del Derecho. Tomo XXIV, Monográfico. Ponencias de las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía (pp. 197-228).

— (2017). Filosofía del Derecho y Transformación Social (1ra ed.). Madrid: Trotta.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (2023). *La Constitución del Algoritmo* (2da. Edición). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

BALAGUER CALLEJÓN F., COORD., CÁMARA VILLAR, G., BALAGUER CALLEJÓN, M. L., MONTILLA MARTOS, J. A. (2016). *Introducción al Derecho Constitucional*, 5ª ed., Madrid, Tecnos.

BALAGUER CALLEJÓN, F., & COTINO HUESO, L. (2023). *Derecho Público de la Inteligencia Artificial*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad de estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

BELOV, M. (2022). *Constitutional Semiotics: The Conceptual Foundations of a Constitutional Theory and Meta-Theory*. Bulgaria, Hart.

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

— (2023). “Desafíos actuales de la jurisdicción constitucional europea: Debate por la “primera” y la “última” palabra”. *Revista Electrónica Integración Regional & Derechos Humanos*, vol. 11, n. 2, pp. 4-65. Accesible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica/009/pizzolo.pdf>

CELESTE, E. (2019). “Digital constitutionalism: a new systematic theorisation”. *International Review of Law, Computer & Technology*, vol. 33, nº 1, pp. 76-99. Accesible en: <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604>.

CIPPITANI, R. (2023). *La dimensión jurídica del Espacio Europeo de la investigación*. Roma, Cnr Edizioni. Accesible en: [https://www.cnr.it/sites/default/files/public/media/attivita/editoria/la%20dimension%20juridica\\_finale\\_web.pdf](https://www.cnr.it/sites/default/files/public/media/attivita/editoria/la%20dimension%20juridica_finale_web.pdf)

Comisión Europea (2022). *La Década Digital de Europa: metas digitales para 2030*. Accesible en: [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030\\_es](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_es)

Comisión Europea (2022). Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales. Accesible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/european-declaration-digital-rights-and-principles>

COTINO HUESO, L. & CASTELLANOS, J. (2023). Algoritmos abiertos y que no discriminen en el sector público. Valencia, Tirant lo Blanch.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2006). Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— (2016). “Que innoven ellos: Por qué la ciencia jurídica española es tan poco original, creativa e innovadora”. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Vol. 2.

FROSSINI, T. E. (2020). “Il Costituzionalismo nella società tecnologica”, en A. Pérez Miras, G. Teruel Lozano, E. Raffiotta, y M. P Ladicicco, (dir); S. Romboli, (coord.), Setenta Años de Constitución Italiana y 40 años de Constitución Española. (pp. 273-285). Madrid: CEPC. Accesible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PB-2020-108\\_5](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2020-108_5)

GARCÍA NOVOA, C. & SANTIAGO IGLESIAS, D. (2018). 4ª revolución industrial. Impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital. Madrid, Aranzadi.

GÓMEZ SÁNCHEZ & ELÍAS MÉNDEZ, C. (2020). Derecho Constitucional Europeo. Madrid, Aranzadi.

GUILLEN LÓPEZ, E., “Definición y redefinición del constitucionalismo en la era digital”, en N. Reche Tello, y R. Tur Ausina, (dir), La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías. Madrid, Aranzadi (pp.97-117).

HÄBERLE, P. (1993). “Derecho constitucional común europeo”, traducción de E. Mikunda Fanco, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), nº. 79, (pp. 7-46).

NADALES, A. (2023). Sistema de red. Hacia la gobernanza regional europea, Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad de estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

OCDE (2019), Regulatory effectiveness in the era of digitalization, accesible aquí:<https://web-archive.oecd.org/2019-06-11/522814-Regulatory-effectiveness-in-the-era-of-digitalisation.pdf>

O'NEIL, C. (2018). Armas de destrucción masiva (1º Ed.). Capitán Swing Libros.

PRESNO LINERA, M. A. (2023), Derechos fundamentales e inteligencia artificial. Madrid, Marcial Pons.

RECHE TELLO, N., TUR AUSINA, R., DIR. (2022). La teoría constitucional frente a la transformación digital y las nuevas tecnologías. Madrid, Aranzadi.

REDEKER, D., LEX, G., URS, G. (2018). Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. *International Communication Gazette*, vol. 80, nº 4, pp. 302–19. Accesible en: <https://doi.org/10.1177/1748048518757121>.

SÁNCHEZ BARRILAO, F. (2015). El Derecho constitucional ante la era de Utrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional. *Estudios de Deusto*, vol. 64, nº 2, pp. 225-58. Accesible en: [https://doi.org/10.18543/ed-64\(2\)-2016](https://doi.org/10.18543/ed-64(2)-2016).

SARRIÓN ESTEVE, J. (2023). El reconocimiento y protección de los derechos y libertades en un mundo en transformación ¿Hacia un nuevo paradigma constitucional?, Madrid, Aranzadi.

— (2024). Ampliación del objeto y campo de estudio. Los desafíos actuales para la investigación. *Postconstitucionalismo*. Madrid, Universitas.

SORIANO ARNAZ, A. (2021). “Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales”. *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 56.

Doctrina/

**LA MIGRACIÓN LABORAL EN EL CONTEXTO DE LA RUTA DE INTEGRACIÓN  
LATINOAMERICANA. UN ESTUDIO JURÍDICO SOBRE LAS LEGISLACIONES NACIONALES  
DE LOS ESTADOS MIEMBROS<sup>1</sup>.**

Isabelle Días Carneiro Santos <sup>2</sup>

---

Fecha de recepción: 15 de abril de 2024

Fecha de aceptación: 13 de junio de 2024

### **Resumen**

La integración regional en América del Sur existe desde hace algunas décadas, en gran medida con el objetivo de lograr el desarrollo económico. Siguiendo esta meta, cuatro países sudamericanos decidieron fortalecer aún más sus relaciones creando una Ruta de Integración Latinoamericana (RILA), con la intención de establecer inicialmente un corredor vial, con la intención de conectar dos océanos para facilitar y abaratar el flujo de productos. Con la RILA, se plantea la hipótesis de aumento de la migración por motivos laborales en la región. Así, el objetivo es abordar la influencia de este proceso integrador y la protección laboral ante este posible crecimiento. Para ello se analizarán las legislaciones de los cuatro Estados, así como los tratados internacionales de que sean partes. La metodología utilizada es la investigación deductiva, cualitativa y bibliográfica, basada en documentos legales, doctrinas y sitios web. Como resultado, existe la posibilidad no sólo de un aumento de la migración laboral en el territorio que forma parte de la RILA, sino también la necesidad de unificar la legislación sobre migración laboral.

---

<sup>1</sup> La traducción al español de los textos originales en portugués e inglés corresponde a la autora.

<sup>2</sup> Profesora en la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Brasil. Post-Doctoranda en Derecho Internacional y Comparado en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (FDUSP), Brasil. Pasantía Postdoctoral en Derecho Público, con énfasis en Derechos Humanos y Fundamentales, en la Universidad de Santiago de Compostela (USC), España. Doctorado en Derecho Político y Económico de la Universidad Presbiteriana Mackenzie (UPM), Brasil. Maestría en Ciencias Jurídicas Internacionales por la Universidad de Lisboa (UL), Portugal.

*Palabras clave: Integración Regional - Ruta de Integración Latinoamericana - Migración Laboral.*

**Title:** LABOR MIGRATION IN THE CONTEXT OF THE LATIN AMERICAN INTEGRATION ROUTE. A LEGAL STUDY ON THE LEGISLATION OF THE MEMBER STATES

### **Abstract**

Regional integration in South America has existed for some decades, largely with the goal of achieving economic development. Following this objective, four South American countries decided to further strengthen their relations by creating a Latin American Integration Route (RILA), with the aim of initially establishing a road corridor, with the intention of connecting two oceans to facilitate and lower the cost of the flow of products. With the RILA, the hypothesis of an increase in migration for work reasons in the region is raised. Thus, the objective is to address the influence of this integrative process and labor protection in the face of this possible growth. To this end, the legislation of the four States will be analyzed, as well as the international treaties to which they are parties. The methodology used is deductive, qualitative and bibliographic research, based on legal documents, doctrines and websites. As a result, there is a possibility not only of an increase in labor migration in the territory that is part of the RILA, but also the need to unify legislation on labor migration.

*Keywords: Regional Integration - Latin American Integration Route - Labor migration.*

### **I. Introducción**

La integración regional es una forma de cooperación internacional entre estados soberanos, que puede ocurrir a nivel continental o subcontinental. En el caso de América Latina, la integración regional es un propósito que existe desde hace siglos, con ideas que se remontan a Simón Bolívar.

Respecto a la región sur del continente, se ha buscado una integración regional con alcance económico, teniendo en cuenta aspectos similares que vinculan a los pueblos de la región, ya sea en el aspecto cultural, ya sea en el ámbito lingüístico, ya que la mayoría de la población de América del Sur tiene el español como lengua oficial.

En las últimas décadas, la integración regional se ha centrado en el comercio, donde temas como el transporte de mercancías, la reducción de costos y los aranceles aduaneros suelen ser objeto de debates, como en el caso del Mercosur. Ante esta realidad, y con el objetivo de crear un mayor desarrollo económico y social en el interior de América del Sur, hasta entonces relegado a un segundo puesto de importancia frente a los grandes centros, cuatro países se unieron para crear la Ruta de la Integración Latinoamericana, mejor conocido como RILA o Corredor Vial Bioceánico.

A pesar de RILA abarcar los corredores bioceánicos vial, ferroviario y fluvial, aquí sólo nos centraremos en el corredor vial que conectará el Puerto de Santos, en Brasil, con los Puertos de Iquique y Antofagasta, en Chile, atravesando parte del centro oeste de Brasil y países como Paraguay y Argentina.

El objetivo es analizar la legislación interna de los cuatro países que integran la RILA, tanto en lo que respecta a las políticas de integración regionales y migratorias como en lo que respecta al derecho social laboral, teniendo en cuenta la posibilidad, con la implementación de la RILA, de un gran crecimiento de la migración laboral en la región.

La investigación empleada tiene bases descriptivas exploratorias, combinadas con el método deductivo y posibilitadas por la investigación bibliográfica, mediante el uso de la Constitución y legislación infraconstitucional de los cuatro países que conforman la RILA, doctrinas, sitios web oficiales y no oficiales.

## **II. Integración Regional**

El fenómeno de la globalización tiene varias dimensiones que van más allá de la cuestión económica, impactando a otros sectores de los Estados

soberanos involucrados en el proceso de integración, que en el caso de América Latina se remonta a principios del siglo XVIII.

Durante la colonización portuguesa y, principalmente hispana, en América, el primer anhelo de las colonias fue la independencia y, posteriormente, la integración regional, algo iniciado por Francisco Miranda, con el objetivo de crear una Gran Colombia, uniendo a las antiguas colonias españolas en un solo país.

Ya en la América portuguesa, Silvestre Pinheiro Ferreira propuso una alianza con los países vecinos, a través de una confederación de Estados, «con el objetivo de defensa mutua [...] la libertad de comercio, la igualdad de derechos de navegación y la ciudadanía común» (FIGUEIREDO, 2015, p. 87).

En el siglo XIX surgió el influenciador más importante de la integración regional, Simón Bolívar, en un «contexto en el que ni el nacionalismo ni las fronteras de lo que serían los estados latinoamericanos estaban abiertas, a las más diversas posibilidades políticas - cómo los actores de ese proceso lo sabían» (FIGUEIREDO; BRAGA, 2017: p. 310).

En 1826 articuló el primer proyecto integrador de la región con la celebración del Congreso Anfictiónico de Panamá, con la participación de Perú, México, la Federación Centroamericana y la Gran Colombia, en el que «Bolívar deseaba una uniformidad ideológica cuyos elementos principales fueran el republicanismo y [la] anti-esclavitud». (FIGUEIREDO, 2015: p. 88).

En el siglo XX, más precisamente después del final de la Segunda Guerra Mundial, se produce *“el diseño de una sociedad internacional más plural, recién reforzada por el desencadenamiento del proceso de globalización y de la necesidad de un mundo más integrado jurídicamente, comercialmente y culturalmente, los países de América Latina otra vez se esfuerzan en buscar diseñar su modelo de relaciones jurídicas interestatales, insertándose en el contexto internacional, fuera del paradigma de la dependencia, con una agenda dinámica de relaciones jurídicas internacionales, a través de la inserción de los países en bloques económicos, organizaciones internacionales, y, también en las relaciones institucionales con organismos internacionales”* (MENEZES, 2010: p. 26)

Como destaca AZEVEDO (1991, p. 73), para que este regionalismo tenga éxito, debe haber un «acuerdo de voluntades entre unidades nacionales, para alcanzar una solución uniforme en ciertos campos donde la actividad estatal aislada se vuelve inoperante o ineficiente».

En Latinoamérica la integración regional se desarrolló lentamente durante las décadas de 1960 hasta 1980. Durante esas dos décadas se crearon la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960 y su sucesora la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) en 1980. Diferente, los años 1980 y 1990, a pesar de la creación de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), en 1986 y del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), en 1991, fue un período conocido como la «década perdida» en América Latina, en que «tuvo [...] por un lado el retroceso de la integración económica en la región y por el otro el inicio de un proceso de democratización política que estableció las bases para un progreso renovado hacia la integración en la próxima década». (CEPAL, 1998)

En el caso de los países que integran la RILA, es decir, Argentina, Brasil, Chile y Paraguay, además de vivir una redemocratización, la intención de integración quedó clara en la legislación de tres de ellos a través de disposiciones en sus Constituciones nacionales.

En el caso brasileño, el artículo 4, párrafo único de la Constitución de la República Federativa del Brasil establece que: «La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, teniendo como objetivo la formación de una comunidad latinoamericana de naciones». (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, 1988).

En el caso de Chile no ocurre lo mismo, ya que «en 1975 ninguno de los miembros de la Comisión Ortuzar de Estudios Constitucionales, instituida por la Junta Militar de Gobierno de la época, estaba de acuerdo con la posibilidad de incluir la Integración americana en el texto constitucional». (HERRERA, 2022)

Cabe destacar que en 2022 se intentó redactar una nueva Constitución chilena, aprovechando el momento para incluir expresamente en ella, entre otros

temas, el asunto de la integración regional. Sin embargo, el pueblo chileno, a través de un plebiscito, rechazó la propuesta de una nueva Constitución para el país. Así, la Constitución chilena de 1981, creada durante el régimen militar de Pinochet, sigue vigente.

En lo que respecta a Argentina, también abordó la integración regional en su Constitución Nacional, señalando en su artículo 75, n° 24 que *“Corresponde al Congreso: 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo (CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, 1994)*

En el caso de Paraguay, el tema está previsto en el artículo 143, inciso 4, de la Constitución de la República del Paraguay, el en que establece que: «la República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: 4. la solidaridad y la cooperación internacional» (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 1992)

Además de los ejemplos ya mencionados otros casos de integración regional fueron creados en las Américas, como los bloques Alianza Bolivariana para las Américas (ALBA), en 2004, y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), en 2008.

### **III. La Ruta de Integración Latinoamericana – RILA**

No es novedad que los países sudamericanos tengan una cierta proximidad histórico-cultural relacionada con el proceso de colonización ibérica

y que incluye a casi todos los países de la región, entre ellos Argentina, Brasil, Chile y Paraguay, países que forman parte de RILA y a través de los cuales se pasará el Corredor Vial Bioceánico. Pero para llegar al escenario actual es necesario abordar los antecedentes históricos de esta relación

### **III. a. Precedentes de la RILA**

En el año 2000, en el cambio del siglo XX al XXI, se lanzó un esfuerzo para fortalecer las relaciones entre los países de la región en la I Reunión de presidentes de América del Sur, denominada Cumbre de presidentes de América del Sur, en la que invitados por el Presidente de Brasil, Fernando Henrique Cardoso, los Jefes de Estado de Argentina, Fernando De la Rúa; Bolivia, Hugo Bánzer Suárez; Chile, Ricardo Lagos Escobar; Colombia, Andrés Pastrana Arango; Ecuador, Gustavo Noboa; Guyana, Bharrat Jagdeo; Paraguay, Luis Angel González Macchi; Perú, Alberto Fujimori Fujimori; Surinam, Runaldo Ronald Venetiaan; Uruguay, Jorge Batlle Ibañez; y Venezuela, Hugo Chávez; participaron en la Reunión de Presidentes de América del Sur, los días 31 de agosto y 1º de septiembre de 2000. También estuvieron presentes los presidentes del Banco Interamericano de Desarrollo, Enrique Iglesias, y de la Corporación Andina de Fomento, Enrique García. Evento de carácter histórico y pionero en la región, el encuentro representó un importante estímulo para la organización de nuestra convivencia en el espacio común suramericano y para seguir apoyando, en América del Sur, la configuración de un área singular de democracia, paz, cooperación solidaria, integración y desarrollo económico y social compartido (COMUNICADO DE BRASILIA, 2000).

Ante las discusiones sobre el desarrollo de la región por parte de los presidentes de los Estados participantes, con la mirada puesta en el mercado mundial, surgió la Iniciativa de Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA), con el objetivo de construir una estructura que interconecte las regiones de América del Sur, a través de obras de infraestructura en la región occidental de Brasil y el interior de Argentina, Chile y Paraguay.

Con la IIRSA los países participantes han establecido un plazo de 10 años para la implementación del proceso de integración de infraestructura, con

garantías que incluyeron financiamiento bancario para las redes de infraestructura a implementar, marcando la transición desde el regionalismo de la década anterior. Sin embargo, al interior de IIRSA no se lograron los resultados esperados. Además de la no ejecución de obras de infraestructura por cuestiones financieras, también hubo críticas de defensores ambientales. Ante esto, IIRSA fue incorporada al Comité Coordinador del Consejo Suramericano de Infraestructura y Planificación (COSIPLAN), dentro de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

A partir de estas discusiones iniciales, casi veinte años después, cuatro países sudamericanos decidieron crear una ruta de integración comercial en la región que involucra a Argentina, Brasil, Chile y Paraguay, denominada Ruta de Integración Latinoamericana - RILA.

### **III. b. Consolidación e Implementación**

La América del Sur es uno de los principales centros productores de energía y alimentos del planeta, al que algunos incluso llaman el granero del mundo. Para el transporte de este tipo de productos se utiliza el comercio marítimo, por el Canal de Panamá o el contorno sur, por la Patagonia, en el extremo sur argentino.

Como una forma de crear una nueva ruta para el flujo de productos de la región, además de abaratarla, se pensó en una nueva ruta en el año 2000, que recién se concretó en 2017 con la llamada Ruta de la Integración Latinoamericana, también conocida como RILA, Ruta Bioceánica o Corredor Vial Bioceánico, con el objetivo de conectar el Océano Atlántico con el Océano Pacífico, e implementar la integración comercial en América del Sur.

Para que esto se materialice, hubo varios debates entre gobiernos y empresarios, para discutir la construcción del corredor vial bioceánico desde Campo Grande, capital del estado de Mato Grosso do Sul (MS), hasta el municipio de Porto Murtinho, también en MS y la frontera con Carmelo Peralta, Paraguay, pasando por Salta y Jujuy, en Argentina, hasta llegar a los puertos de Antofagasta e Iquique, en Chile, como se muestra en la siguiente figura.



Fuente: Venceslau (2021)

Tal es la importancia de RILA para la región que en 2019 el diplomático de carrera Parkinson de Castro destacó que el Corredor bioceánico creará «[...] nuevas oportunidades [de trabajo] para el comercio y la inversión en los territorios que abarca el Corredor, mejorando las condiciones de vida de la población». (PARKINSON, 2019: p. 20).

Cabe destacar aquí un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), según el cual «siete de cada diez latinoamericanos favorecen a su país integrándose más con otros países latinoamericanos y caribeños, lo que confirma un amplio apoyo a una mayor integración comercial». <sup>3</sup> (BID/IDB, 2022).

Además de los cambios que puedan surgir en el ámbito comercial, otros factores también tendrán impactos en la región, como el medio ambiente, los pueblos indígenas, la migración, el trabajo, entre otros, en los que el aumento de la migración, con fines laborales, tanto durante la construcción e implementación de la Ruta de la Integración Latinoamericana, hasta el inicio y funcionamiento.

#### IV. Proceso Migratorio

La migración es un fenómeno que la humanidad ha experimentado desde la Antigüedad, en el que grupos de personas, sin importar si abandonaban su

<sup>3</sup> Para obtener esta proporción, el BID realizó «El estudio [que] se basó en 20.000 entrevistas realizadas en 2020 y finalizada en 2021 a ciudadanos de 18 países de la región». (BID/IDB, 2022).

lugar de residencia para fundar nuevas ciudades o unirse a las existentes, comenzaron a desplazarse, dentro o fuera de sus territorios, por diferentes motivos, tales como: guerras, cuestiones climáticas, mejores condiciones laborales y persecuciones de diversas naturalezas.

A lo largo de la historia, la migración ha sido una fuente de diversidad que promueve el desarrollo de diferentes regiones del planeta a través de intercambios, ya sea en el ámbito cultural, económico o incluso laboral, siendo considerada un derecho humano de acuerdo con el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Los procesos migratorios de las últimas décadas han incorporado una variedad de destinos, muchas veces marcados por retornos y circularidad entre dos o más Estados soberanos, ya que la migración en el siglo XXI está marcada por facilidades antes inexistentes, como los medios de comunicación y transporte que facilitan los viajes, en cuanto a salidas y llegadas en diferentes territorios.

A pesar de que la mayoría de los países del norte global siguen presentando los mejores indicadores socioeconómicos, actuando como atractivos para los migrantes, las posibilidades de entrada, regularización y permanencia en estos países a menudo se han visto reducidas debido a políticas migratorias más restrictivas, como se ve en los países europeos y en los Estados Unidos de América.

Por otro lado, las nuevas dinámicas políticas y económicas en los países del sur global han actuado como promotoras de flujos migratorios desde el mundo en desarrollo, con énfasis en las migraciones intrarregionales en América del Sur, como el Mercosur, donde ocurren movimientos en la región principalmente entre países vecinos o fronterizos, en busca de empleos, generalmente temporales, como trabajos en agricultura, construcción, ventas, formándose así un flujo migratorio muy intenso (BAENINGER, 2004).

Esta realidad también se ve con la implementación de la RILA, que además de estar integrada por países miembros del Mercosur, también puede ser una alternativa más en la búsqueda de mejores condiciones de vida, mediada por el acceso al trabajo regular y tal vez permanente.

Esto puede suceder no sólo entre los cuatro Estados que integran la RILA, sino también con ciudadanos de países vecinos, lo que plantea debates sobre garantizar a la población migrante derechos sociales para proteger su dignidad humana, ya que el trabajo es un derecho humano, según lo dispuesto en el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y también fundamental, de acuerdo con la legislación nacional de los países miembros de la RILA.

## **V. Política Migratoria**

### **V. a. En Brasil**

La política migratoria brasileña ha sufrido cambios significativos en los últimos siglos. Si en los primeros días de la formación del país la migración tenía un carácter exploratorio y/o de asentamiento, con el tiempo pasó a tener el alcance de atraer mano de obra europea, reemplazando a los esclavos liberados.

Así, desde finales del siglo XIX y principios del XX se produjo la llamada gran inmigración, en la que italianos, alemanes, japoneses, libaneses, entre otros, comenzaron a migrar en busca de nuevas oportunidades económicas y de vida. Ya con el siglo XXI los flujos cambiaron y hubo un aumento de chinos, sirios y venezolanos. Cada grupo se mueve internacionalmente por motivos diferentes o similares.

Sin embargo, la legislación brasileña, antes de la entrada en vigor de la Ley nº 13.445 de 2017, más conocida como Ley de Migración, estaba marcada por actos de restricción y discriminación contra los migrantes. El Estatuto de Extranjería, de 1980, quedó desconectado de la realidad, por ser una norma obsoleta incapaz de legislar sobre la dinámica migratoria del momento actual.

Creado bajo el régimen militar, el Estatuto de Extranjería veía a los migrantes internacionales como una posible amenaza. Por esta razón, «sus dispositivos [eran] medios para proteger al Estado ante una posible «amenaza extranjera»» (VEDOVATO, 2013: p. 127). Si bien ha sido modificada a lo largo de su existencia, no ha seguido los avances resultantes de la nueva Constitución de la República Federativa del Brasil, de 1988, con sesgo democrático y carácter

de protección de la persona humana, y que trae consigo el reconocimiento, entre otros derechos, la igualdad de trato entre nacionales y no nacionales.

Con la nueva ley de migración, se constató que en 2019 «predominaron personas provenientes de América Latina, con un perfil heterogéneo en cuanto a origen nacional, inserción en el mercado laboral y dinámica del flujo migratorio [...]», incluidos venezolanos, paraguayos, bolivianos y haitianos. (OBMIGRA, 2020: p. 3)

Cabe destacar que la Ley de Migraciones n°13.445/2017, de manera expresa y complementaria, establece como principios de la política migratoria «el acceso igualitario y gratuito de los migrantes a servicios, programas y beneficios sociales, bienes públicos, educación, asistencia jurídica pública integral, trabajo, vivienda, servicio bancario y seguridad social». (BRASIL, 2017).

Ya en diciembre de 2022, la Comisión Especial sobre Trabajadores Migrantes aprobó la adhesión del país a la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familias, lo que fue crucial para tratar a este grupo de manera más amplia y adecuada.

#### **V. b. En otros países del Mercosur**

De la misma manera que en Brasil, los países que integran el Mercosur también tuvieron la presencia de europeos en sus primeras oleadas migratorias.

Solamente en el siglo XX que la migración sur-sur se hizo más presente. Un ejemplo de esta realidad es Chile, donde *“(...) la actual oleada migratoria está compuesta principalmente por inmigrantes sudamericanos, quienes pasaron de representar menos del 20% de la inmigración en 1952, al 75% en el 2012 y el 81% en el 2015, según reporta la encuesta CASEN [2015] de ese año. En esta segunda oleada destaca el creciente peso que adquieren los países fronterizos, quienes pasan de aportar sólo el 23% de la inmigración en 1960, al 53% en el 2015”* (CANALES, 2018: p. 41)

Ante esto, la Ley chilena n° 21.325 de 2021, mejor conocida como Ley de Migración y Extranjería derogó el Decreto Supremo 597 de 1984, entonces redactado durante el régimen militar. La nueva ley tiene como objetivo, de conformidad con su artículo 1, «regular materias relacionadas con el ingreso, la

estadía, la residencia y el egreso de los extranjeros del país, así como con el ejercicio de sus derechos y deberes, en armonía con los principios y normas vigentes en materia de migración». (LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA DE CHILE, 2021)

Se puede ver, por tanto, que al igual que Brasil, fue necesario adaptarse a las situaciones actuales, a pesar de que la Constitución chilena vigente aún ser del período dictatorial.

En el caso de Argentina, en 2004 se promulgó la Ley n° 25.871 – Ley de Migraciones, que define a los inmigrantes como «todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país». (LEY DE MIGRACIONES, 2004)

Para que la migración se realice respetando a los derechos humanos, el artículo 6 de la citada ley establece que el Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (LEY DE MIGRACIONES, 2004).

Lo mismo puede verse en el artículo 28, en el que el principio de igualdad de trato no se considerará afectado por la posibilidad que tiene el Estado, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y las leyes, acuerdos bilaterales de alcance general y parcial, que permitan atender fenómenos específicos, como el de la migración laboral fronteriza, ni por la posibilidad de establecer esquemas diferenciados de tratamiento entre los países que con la Argentina forman parte de una región respecto de aquellos países que resulten terceros dentro del proceso de regionalización, priorizando las medidas necesarias para el logro del objetivo final de la libre circulación de personas en el Mercosur (LEY DE MIGRACIONES, 2004).

En materia laboral, el artículo 51 de la Ley de Migraciones Argentina establece que los extranjeros admitidos o autorizados como «residentes permanentes» podrán desarrollar toda tarea o actividad remunerada o lucrativa, por cuenta propia o en relación de dependencia, gozando de la protección de las leyes que rigen la materia. Los extranjeros admitidos o autorizados como

«residentes temporarios» podrán desarrollarlas sólo durante el período de su permanencia autorizada. (LEY DE MIGRACIONES, 2004)

Hay, por tanto, un avance en la legislación del país vecino, con el objetivo de proteger a los migrantes, incluyendo un listado de derechos que debe observar el Estado argentino.

En cuanto a Paraguay, la Ley de Migraciones que estuvo vigente hasta mediados de 2022 fue la Ley n° 978 de 1996, que disponía en su artículo 1 que *“esta Ley regula la migración de extranjeros y migración y repatriación de nacionales, a los efectos de promover la corriente poblacional y de la fuerza de trabajo que el país requiere, estableciendo la organización encargada de ejecutar la política migratoria nacional y aplicar las disposiciones de esta ley”*.

El artículo 2 de la Ley de Migración paraguaya resaltaba los intereses nacionales en materia de mano de obra calificada como una forma de desarrollar el país, siempre y cuando no comprometa el empleo de los trabajadores paraguayos.

Con la creación de la Ley n° 6.984/2022, se produjo una modernización de la legislación paraguaya con un sesgo hacia una mayor protección de la persona humana y la derogación de los artículos discriminatorios contra los no nacionales establecidos en la Ley anterior, de 1996. De esta manera, Paraguay, siguiendo las recomendaciones internacionales, pretende fortalecer aún más su desarrollo social, cultural y económico.

Se puede observar que las legislaciones de Argentina, Brasil, Chile y Paraguay tienen en común leyes migratorias que apuntan a proteger los derechos humanos, en mayor o menor medida, de nacionales y no nacionales.

Saliendo de la lista de medidas incluidas en las legislaciones nacionales, en el ámbito del Mercosur se redactaron el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur y el Reglamento Administrativo, de 1997, el Acuerdo sobre Regularización Migratoria Interna de Ciudadanos del Mercosur, Bolivia y Chile, de 2002, y el Acuerdo de Libre Residencia de 2002, teniendo en cuenta que hasta entonces los éxitos en el Mercosur se referían únicamente a cuestiones económicas, dejando de lado las discusiones sobre la libre circulación de personas y mano de obra, con residencia y trabajo entre los ciudadanos del

Mercosur, y la necesidad de reconocimiento de los derechos laborales en cualquiera de los estados miembros. del Tratado de Asunción.

Lo que es seguro es que la Ruta de la Integración Latinoamericana – RILA, no sólo permitirá la circulación de capitales, productos y bienes, sino que también podrá estimular el movimiento de personas, incluyendo a los trabajadores migrantes de la región, razón por la cuál es necesario abordar los derechos sociales de esta colectividad en la subregión de la ruta.

## **VI. Derecho Social al Trabajo y Migración Laboral**

Las migraciones son procesos sociales que, en el caso de la Ruta de Integración Latinoamericana – RILA – tienen una característica transnacional. Para que los migrantes laborales sean observados y respetados en sus derechos laborales, es necesario abordar sus derechos sociales, ya sea en condición de tránsito, que puede durar mucho tiempo, o en condición de permanencia, aunque marcada por la inestabilidad, el sujeto migrante, en tesis, conlleva un conjunto de derechos que apuntan a garantizar la dignidad humana.

Vale la pena señalar que el derecho otorgado no significa que se logre definitivamente. En el caso de los derechos sociales, estos sólo crean bases materiales si es posible alcanzarlos a través de la acción estatal, a través de políticas públicas.

Sin embargo, la implementación de RILA puede alentar a los ciudadanos que viven en los países que forman el corredor vial bioceánico y, tal vez, a los países vecinos a migrar con el objetivo de mejorar sus condiciones de vida y tener más oportunidades en sus áreas de trabajo.

### **VI. a. Dentro del Mercosur**

El Tratado de Asunción, firmado el 26 de marzo de 1991 entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay estableció la estructura institucional del Mercado Común del Sur – MERCOSUR –, trayendo consigo una preocupación en materia de integración comercial.

En 1992, con el Protocolo de Las Leñas, se fortaleció el compromiso de uniformar la legislación relativa a temas administrativos, civiles, comerciales y laborales. En 1994, el Protocolo de Ouro Preto, base institucional del Mercosur, estableció la estructura del bloque, así como los órganos que debían crearse.

Con la aprobación, en 1997, del Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur y el Reglamento Administrativo, la Declaración Sociolaboral, el bloque abordó temas de protección de los derechos humanos, hasta entonces olvidados, entre los que se incluyen los migrantes laborales, desde la perspectiva de que *“la integración regional no puede limitarse al ámbito comercial y económico, sino que debe abarcar cuestiones sociales, tanto en lo que respecta a la adecuación de los marcos regulatorios laborales a las nuevas realidades configuradas por esa misma integración como por el proceso de globalización de la economía, respecto del reconocimiento de un nivel mínimo de derechos de los trabajadores en el ámbito del MERCOSUR, correspondiente a los convenios fundamentales de la OIT”* (ACUERDO MULTILATERAL DE SEGURIDAD SOCIAL DEL MERCOSUR Y EL REGLAMENTO ADMINISTRATIVO, 1997)

Aún en lo que respecta a la migración laboral, podemos destacar el Acuerdo de Residencia del Mercosur y Estados Asociados, que sólo cubre a los ciudadanos del Mercosur que quieran trabajar en uno de los países miembros del bloque, es decir, personas de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay, permitiendo así la libre circulación de personas y mano de obra, con el corolario de la movilidad laboral.

#### **VI. b. En la Ruta de Integración Latinoamericana**

El debate y cuestionamiento que se cierne en el contexto de la Ruta de la Integración Latinoamericana – RILA – gira en torno a la creación de una estandarización normativa dirigida a la plantilla de trabajadores que laborarán en los cuatro países que conforman el territorio RILA.

En el Estado argentino, con la Modificación de 1994 de su Constitución, de 1853, hubo «[...]», como parte de una vasta reforma constitucional, varios tratados de derechos humanos fueron incorporados en la Constitución argentina. Una larga lista de derechos económicos, sociales y culturales adquirió de esta

forma estatus constitucional» (ZARAGOZA, 2016: p. 14), dichos derechos se recogen en su artículo 14 bis, incluyendo en su lista el derecho al trabajo, siempre que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial (CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, 1994).

Ya en su artículo 75, inciso 22, los tratados suscritos por el país comenzaron a tener mayor jerarquía que las leyes, incorporando a su ley fundamental la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, entre otros tratados más específicos de protección de la persona humana.

La actual Constitución de Chile de 1980, creada durante el período dictatorial del gobierno de Pinochet, también abarca la protección de los derechos sociales, que incluye el derecho al trabajo en su artículo 19, inciso 16, que establece que la Constitución asegura a todas las personas “la libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así [...]”. (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 1980)

Vale la pena señalar que Chile también es signatario del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Respecto a la Constitución paraguaya de 1992, también se preocupó por tratar dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, en línea similar a los países vecinos que integran la RILA, trayendo, respectivamente, en sus artículos 86 y 88 que “Todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas. La ley protegerá el trabajo en todas sus formas y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables. No se admitirá discriminación alguna entre los trabajadores por motivos étnicos, de sexo, edad, religión, condición social y preferencias políticas o sindicales. El trabajo de las personas con limitaciones o incapacidades físicas o mentales será especialmente amparado” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, 1992)

En Brasil, la Constitución de la República Federativa de Brasil, de 1988, trae consigo una disposición legal especial en materia de protección de los derechos sociales, denominados derechos de segunda dimensión, incluidos en la lista de Derechos y Garantías Fundamentales incluidas en el Título II. en sus artículos 6 al 11. Es claro que el legislador constituyente estableció un Estado democrático de derecho basado en la promoción e implementación de los valores sociales e individuales a la luz del principio de la dignidad humana.<sup>4</sup>

Junto a la Ley Mayor brasileña de 1988, está la Ley nº 13.445/2017, más conocida como Ley de Migraciones, que a diferencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familias, que otorga acceso a instituciones y servicios únicamente a trabajadores migrantes documentados o regulares, no distingue entre migrantes documentados e indocumentados.

Esto es de suma importancia, ya que según datos del Sistema Nacional de Registro de Migraciones - SISMIGRA, de 2011 a 2021, alrededor de un millón cuatrocientos mil migrantes internacionales se establecieron en Brasil, de los cuales una gran proporción eran ciudadanos de las Américas del Sur y Central, como los venezolanos y los haitianos. Este desplazamiento diversificó su distribución geográfica en el territorio brasileño, beneficiándose en gran medida

---

<sup>4</sup> La dignidad de la persona humana está expresamente prevista en la Ley Mayor brasileña en su artículo 1, III.

de la «Operación Acogida», que consiste en un programa de internalización de venezolanos que ingresaran a Brasil.

Algo similar también podría suceder con la implementación de RILA, en los próximos años, resaltando que el acceso al trabajo formal por parte de los migrantes es indispensable, debido a la condición social de estos sujetos, en la que: «la labor no sólo asegura la supervivencia individual, sino también la vida de la especie». (ARENDR, 2009: p. 22).

Como no existe uniformidad en la legislación de los cuatro países que forman la RILA, ni siquiera en lo que respecta al origen de sus Constituciones, habiendo tres redactadas en períodos de redemocratización y otra aún en fase histórica dictatorial, en las que los derechos sociales a veces se trabajan de forma más detallada y amplia y otras de forma menos específica.

Por tanto, la solución temporal es la aplicación de documentos inherentes al Mercado Común del Sur – MERCOSUR<sup>5</sup> –, considerando que de los países que integran la Ruta de la Integración Latinoamericana, tres son miembros efectivos y uno, Chile, actúa como miembro asociado del bloque.

## VII. Conclusión

La integración regional en América Latina es un viejo anhelo que se remonta a tres siglos y que comenzó a materializarse a través de la cooperación internacional entre los países de la región, especialmente a partir de los años sesenta.

En cuanto a la Ruta de la Integración Latinoamericana – RILA –, con su corredor vial bioceánico, se trata de un sueño de décadas que no se ha concretado desde hace años por obstáculos políticos, económicos e incluso geográficos, con la década actual, se espera que en pocos años esté implementado y operativo, con la conexión de cuatro países y dos océanos.

Entre los impactos que traerá la RILA está el posible aumento de la migración laboral sur-sur, es decir, entre ciudadanos de América del Sur,

---

<sup>5</sup> Los países que integran el Mercado Común del Sur, como miembros efectivos, son Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay. También están Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Suriname como miembros asociados. Cabe señalar que Venezuela se encuentra actualmente suspendida.

involucrando no sólo a argentinos, brasileños, chilenos y paraguayos, sino también a personas de países vecinos que vislumbran la posibilidad en la RILA de obtener mejores condiciones de vida y de trabajo.

Sin embargo, a la vista del análisis de las Constituciones y demás legislaciones de los cuatro países que forman la RILA, se desprende que hasta el momento no existe una uniformidad jurídica de la legislación interna de los cuatro Estados, ya sea en lo que respecta a la integración de Latino América, ya sea en términos de la protección a la migración laboral.

De hecho, lo que sucede es que la libre circulación de trabajadores hoy en día no ha sido muy respetada, bajo la justificación del obstáculo en la distinción entre las legislaciones constitucional e infraconstitucional de cada país, y el debate que se cierne en el ámbito de RILA es precisamente cómo proceder y qué reglas aplicar en casos de migración laboral.

Lo cierto es que aún quedan muchas dudas y desafíos por superar, para que, de hecho, el corredor vial bioceánico pueda ser exitoso, en el que uno de los puntos a tratar se refiere precisamente el aspecto legal, además de futuras políticas públicas.

Por lo tanto, inicialmente, mientras no exista una homogeneización de la legislación o la creación de un tratado que aborde el tema en el territorio que integra la RILA, se entiende que las reglas del Mercosur se aplicarán en los casos de conflictos que impliquen migración internacional por motivos de trabajo.

## **VIII. Bibliografía**

Acuerdo Multilateral De Seguridad Social Del Mercado Común Del Sur (1997).  
Accesible en: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec1997.asp>

ARENDR, H. (2009). La condición humana. Buenos Aires: Paidós.

AZEVEDO, A M. (1991). Os aspectos institucionais da integração latino-americana.  
Revista de informação legislativa. Vol. 30.

BAENINGER, R. & PATARRA, N.L. (2004) Migrações Internacionais, Globalização e Blocos de Integração Econômica – Brasil no Mercosul. Congresso de Associação Latino Americana de População, ALAP, Minas Gerais.

BRASIL. Senado Notícias (28 de noviembre de 2023). Aprobado ingreso da Bolívia no Mercosul; texto vai à promulgação. Accesible en: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/11/28/aprovado-ingresso-da-bolivia-no-mercosul-texto-vai-a-promulgacao>.

CANALES. A. I. (2018) Nueva era de las migraciones en Chile. De la diferenciación migratoria a la desigualdad social In: Baeninger, R. & Bógus, L. M. (org.) Migrações Sul-Sul. Campinas, SP: Núcleo de Estudos de População Nepo/Unicamp.

Comunicado De Brasilia (2001). Reunión de presidentes de América del Sur, 2000. Revista del Centro Andino de Estudios, vol.1.

Constitución de la Nación Argentina. Fecha de publicación en el Boletín Oficial: 15/12/1994. Accesible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804/texto>.

Constitución de la República del Paraguay. Fecha de promulgación: 20/06/1992. Accesible en: <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/9580/constitucion-nacional->

Constitución de la República Federativa del Brasil. Fecha de promulgación: 5/10/1998. Accesible en: [https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF\\_espanhol\\_web.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF_espanhol_web.pdf)

Constitución Política de la República de Chile. Fecha de promulgación: 21/10/1980. Accesible en: [https://www.camara.cl/camara/doc/leyes\\_normas/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion_politica.pdf).

FIGUEIREDO, A. G. DE B. (2015) Simón Bolívar: uma persistência latinoamericana. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAMUSP), São Paulo.

FIGUEIREDO, A. G. B. & BRAGA, M. B. (2017). Simón Bolívar e o Congresso do Panamá: O primeiro integracionismo latino-americano. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, vol. 9, n. 2, maio-agosto, p. 308-329.

HERRERA, J. C (23 de mayo de 2022). Chile ya no quiere intentar ser la «Inglaterra de América Latina.» Accesible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2022/05/23/chile-ya-no-quiere-intentar-ser-la-inglaterra-de-america-latina/>.

IDB (2022). Inter-American Development Bank. More than two-thirds of Latin Americans support integration, despite the pandemic. Accesible en: <https://www.iadb.org/en/news/more-two-thirds-latin-americans-support-integration-despite-pandemic>

Ley 13.445 de migraciones de Brasil. Fecha de promulgación: 24/05/2017. Accesible en: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm).

Ley 21.325 de Migración y Extranjería de Chile. Fecha de promulgación: 11/04/2021. Accesible en: <https://serviciomigraciones.cl/normativa-migratoria/#:~:text=Ley%20N%C2%B0%2021.325%20de%202021%2C%20de%20Migraci%C3%B3n%20y%20Extranjer%C3%ADa&text=Establece%20normas%20con%20el%20objeto,nueva%20institucionalidad%20para%20estos%20fines>.

Ley 25.871 de Migraciones Argentina. Fecha de publicación en el Boletín Oficial: 21/01/2004. Accesible en: [http://www.migraciones.gov.ar/pdf\\_varios/campana\\_grafica/pdf/Libro\\_Ley\\_25.871.pdf](http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/campana_grafica/pdf/Libro_Ley_25.871.pdf).

Ley 6.984 de migraciones de Paraguay. Fecha de promulgación: 20/10/22. Accesible en: <http://www.gacetaoficial.gov.py/index/getDocumento/78999>

MENEZES, W. (2010). Derecho Internacional en América Latina. Brasília/DF: Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG).

MERCOSUR (1991). Tratado de Asunción para la Constitución de un Mercado Común. Accesible en: <https://www.mercosur.int/documento/tratado-asuncion-constitucion-mercado-comun/>.

MERCOSUR (1997). Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur y el Reglamento Administrativo. Accesible en: <https://www.mercosur.int/temas/asuntos-laborales-empleo-y-seguridad-social/>

N.U. CEPAL (1998). Regional integration in Latin America, globalization and South-South trade. Accesible de: <https://www.cepal.org/en/publications/31059-regional-integration-latin-america-globalization-and-south-south-trade>

OBMIGRA (2020). Observatório das Migrações Internacionais. Resumo Executivo. Relatório Anual 2020. Accesible en: [https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/dados/relatorioanual/2020/Resumo%20Executivo%20\\_Relat%C3%B3rio%20Anual.pdf](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/dados/relatorioanual/2020/Resumo%20Executivo%20_Relat%C3%B3rio%20Anual.pdf).

OIM (2019). Migrantes internacionais somam 272 milhões, 3,5% da população global, aponta relatório da OIM. Accesible en: <https://brazil.iom.int/pt-br/news/migrantes-internacionais-somam-272-milhoes-35-da-populacao-global-aponta-relatorio-daoim#:~:text=A%20necessidade%20de%20em%20prego%20%C3%A9,alta%20renda%20destacou%20a%20OIM.>

ONU. (1990). Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Accesible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-protection-rights-all-migrant-workers>

PARKINSON DE CASTRO, J. C. (2019) Turismo como instrumento dinamizador do Corredor Rodoviário Bioceânico. Interações (Campo Grande), v. 20, n. 1, p. 19-29.

UNASUR/COSIPLAN (2011). Agenda de Projetos Prioritários de Integração Conselho Sul-Americano de Infraestrutura e Planejamento. Novembro.

VEDOVATO, L. R. (2013). O Direito de Ingresso do Estrangeiro. São Paulo: Atlas.

VENCESLAU, I. (10 de junio de 2021). Outra vez, o Brasil busca uma saída para o Pacífico. Accesible en: <https://outraspalavras.net/descolonizacoes/outra-vez-o-brasil-busca-uma-saida-para-o-pacifico/>

ZARAGOZA, M. M. (2016). Historia, evolución y actualidad de los derechos sociales. Pontificia Universidad Católica de Argentina. Facultad «Teresa de Ávila». Departamento de Derecho, p. 14. Accesible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/historia-evolucion-derechos-sociales.pdf>.

**LA GOBERNABILIDAD MIGRATORIA  
Y SU IMPACTO EN EL ABORDAJE DE LA TRATA DE PERSONAS**

María Eugenia Díaz<sup>1</sup>

---

Fecha de recepción: 15 de abril de 2024

Fecha de aceptación: 13 de junio de 2024

### **Resumen**

En los últimos años, las políticas migratorias de algunos Estados de la región se centraron más en un enfoque de seguridad nacional y contención de los flujos migratorios que desde un enfoque de derechos humanos. Aparece así la tensión entre el postulado de la *gobernanza de las migraciones* en contraposición al abordaje de la migración como un derecho humano. En este sentido, las respuestas a la trata no siempre se han basado en los principios de los derechos humanos, sino que se ha distorsionado la naturaleza del problema al darle prioridad a otras preocupaciones como la prevención del delito y el control de las migraciones, por encima de los derechos de las víctimas. Esta situación ha puesto el foco, fundamentalmente durante la pandemia de Covid-19, sobre el rol de las políticas migratorias y los enfoques a partir de los cuales los Estados abordan estas problemáticas. Consecuentemente, el objetivo de este trabajo consiste en describir las características del postulado de la gobernabilidad de las migraciones y su relación con el abordaje de la trata de personas desde las políticas públicas.

*Palabras clave: Migración - Políticas Públicas - Gobernabilidad - Trata de Personas – Derechos Humanos - MERCOSUR*

**Title:** MIGRATION GOVERNANCE AND ITS IMPACT ON ADDRESSING HUMAN TRAFFICKING

### **Abstract**

---

<sup>1</sup> Socióloga (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Especialista en Planificación y Gestión de Políticas Sociales (Universidad de Buenos Aires, Argentina) y Magister en Investigación en Ciencias Sociales (Universidad de Buenos Aires, Argentina).

In recent years, the migration policies of some States in the region have focused more on a national security approach and containment of migratory flows than on a human rights approach. Thus, the tension appears between the postulate of migration governance as opposed to addressing migration as a human right. In this sense, responses to trafficking have not always been based on human rights principles, but rather the nature of the problem has been distorted by giving priority to other concerns such as crime prevention and migration control, for example. above the rights of victims. This situation has put the focus, fundamentally during the Covid-19 pandemic, on the role of migration policies and the approaches from which States address these problems. Consequently, the objective of this work is to describe the characteristics of the postulate of migration governance and its relationship with the approach to human trafficking from public policies.

*Keywords: Migration - Public Policies - Governance - Human Trafficking - Human Rights - MERCOSUR*

## **I. Introducción**

La movilidad humana ha sido una característica inherente de los seres humanos a lo largo de la historia de la humanidad. Se trata de un fenómeno multicausal que implica que las personas migran por diversas razones, entre las cuales se encuentran razones económicas, sociales, políticas y/o ambientales.

De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), entre los factores que conllevan a que las personas migren de sus lugares de origen (factores de expulsión) se encuentran la violencia generada por actores estatales y no estatales, los conflictos armados, la desigualdad, la pobreza, la falta de garantía de derechos económicos, sociales y culturales, la inestabilidad política, la corrupción, inseguridad, distintas forma de discriminación, desastres naturales y el impacto del cambio climático. Asimismo, es posible identificar un conjunto de factores que operan como atracción, y que promueven la migración, para las personas que buscan mejorar sus condiciones de vida como mejores niveles de seguridad humana, menores

niveles de violencia y criminalidad, mayor estabilidad política, reunificación familiar, mayores posibilidades para acceder a empleo o educación, servicios, y condiciones climáticas, entre otros aspectos (CIDH, 2015).

La movilidad de las personas puede darse en un marco de regularidad o irregularidad de acuerdo a los marcos normativos de los países de origen como receptores. La condición de fragilidad e inseguridad en la que se encuentra gran parte de la población que decide migrar hace que esta movilidad se de en un marco de irregularidad que no hace más que acentuar las condiciones de vulnerabilidad estructural en las que se hallan las personas migrantes. Estas condiciones de vulnerabilidad suelen ser aprovechadas por redes delictivas que lucran en torno a las necesidades de las personas para cruzar fronteras internacionales y que no poseen los documentos necesarios para hacerlos de acuerdo a los requisitos de los países involucrados. A su vez, estas condiciones de precariedad, vulnerabilidad y necesidad llevan a que las personas que migran en condiciones irregulares se conviertan en potenciales víctimas de redes de trata de personas.

Cabe aclarar en este punto que la migración irregular no implica necesariamente que la persona sea víctima de trata de personas ni que estas sean migrantes irregulares. Se busca con esto echar luz sobre problemáticas que muchas veces se encuentran combinadas y que forman parte de problemas similares.

La trata de personas representa una seria violación a los derechos humanos y tiene como objetivo la obtención de ganancia por parte de redes delictivas que se aprovechan de las condiciones de vulnerabilidad de las víctimas. Este fenómeno se acentúa en contextos de crisis económicas, sociales, políticas, de guerra, sanitarias, entre otras (DÍAZ, 2021).

Se estima que la creciente vulnerabilidad social y económica creada y acentuada por la pandemia incrementará las tasas de trabajo infantil, matrimonio infantil y uniones tempranas, además del desplazamiento forzado, la migración, la trata de personas con fines de explotación sexual y laboral, y el reclutamiento por parte de grupos criminales. Por otra parte, la desigualdad de género preexistente hace que las mujeres y las niñas sean particularmente vulnerables

en este contexto, lo que aumenta su exposición a múltiples formas de violencia de género.

A estos aspectos se le suman las “porosidades fronterizas” y fallas en los controles migratorios, sea por falta de información y conocimiento o por complicidad por parte de las autoridades migratorias.

Estas problemáticas han puesto el foco sobre el rol de las políticas migratorias y los enfoques a partir de los cuales los Estados abordan estas problemáticas. Aparece así la tensión entre el postulado de la *gobernanza de las migraciones* en contraposición al abordaje de la migración como un derecho humano. En este sentido, las respuestas a la trata no siempre se han basado en los principios de los derechos humanos, sino que se ha distorsionado la naturaleza del problema al darle prioridad a otras preocupaciones como la prevención del delito y el control de las migraciones, por encima de los derechos de las víctimas.

La existencia de múltiples marcos normativos, foros e instituciones, a través de los cuales los Estados tratan de controlar la migración internacional, principalmente de forma unilateral o bilateral, ha llevado a una falta de coherencia en la gobernanza mundial, regional y nacional de la migración internacional, a la vez que plantea desafíos para los marcos normativos a nivel universal y regional de protección de derechos humanos. (CIDH, 2015: p. 12). A nivel regional, los Estados miembro del MERCOSUR además de abogar por el desarrollo de un bloque regional comercial también se propusieron incluir políticas y organismos destinados a consagrar y promover los derechos humanos en la región en el marco de su compromiso democrático (RISTOFF & MARTÍNEZ, 2020).

Por todo lo antes expuesto, el objetivo de este trabajo consiste en describir las características del postulado de la gobernabilidad de las migraciones y su relación con el abordaje de la trata de personas desde las políticas públicas. Para ello, en primer lugar, se detalla el marco normativo sobre la migración y la trata de personas en los instrumentos internacionales, pero también en términos regionales. En segundo lugar, se desarrolla cómo el paradigma de la gobernabilidad migratoria puede incidir en la forma en que se aborda la trata de

personas. Para dar cuenta de esto, en tercer lugar, se presenta un breve análisis de lo que implicó la pandemia de Covid-19 en materia de política migratoria y las consecuencias en las acciones contra la trata de personas.

## **II. Marco normativo e institucionalización de la migración y trata de personas en el marco del MERCOSUR**

El enfoque de derechos humanos en las políticas públicas tiene como idea esencial la estrategia de políticas basadas en las normas y principios establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos. El derecho internacional brinda un marco normativo que orienta la formulación de políticas y estrategias nacionales e internacionales (ABRAMOVICH, 2006).

Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos (aunque no los únicos) son: el Pacto internacional de derechos civiles y políticos; el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

La abolición de la esclavitud y del trabajo forzoso representó el primer hito en la defensa de los derechos humanos de la historia moderna, y la evolución de la legislación internacional en torno a este tema ha contribuido en la definición de las relaciones laborales en general. Existen numerosos instrumentos de Derechos Humanos en la órbita internacional aplicables a la trata de personas. Entre los principales, cabe mencionar: la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias (1990); la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Violencia Contra la Mujer (1993); el Protocolo Opcional para la Convención de los Derechos del Niño sobre Venta de Menores, Prostitución Infantil y Pornografía Infantil (2000); y el Protocolo de Palermo (2000).

Otros documentos que pueden ser mencionados son: la Convención sobre la Esclavitud (1926), la Convención Complementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, Comercio de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965), el Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Convenio Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres (1979) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares (CTM) es el principal instrumento internacional de protección de los derechos de las personas migrantes<sup>2</sup>. Esta convención se aplica durante todo el proceso de migración de los trabajadores migratorios y sus familiares, que incluye la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el periodo de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como también el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual. Entre los derechos reconocidos a todas las personas migrantes se pueden mencionar derechos civiles como los derechos a la vida y a la integridad física; la prohibición de torturas, malos tratos y trabajos forzoso; las libertades de expresión y pensamiento como también el derecho a la vida familiar; la prohibición de detención arbitraria; el acceso a la justicia y las garantías de debido proceso. Entre los derechos económicos, sociales y culturales, se reconocen el derecho a la salud, la educación, la sindicalización, los derechos laborales, el derecho a la seguridad social y a conservar y practicar su cultura. (IPPDH, 2016).

En el marco de la tensión que existe, por una parte, entre el derecho de los Estados a regular la migración, como una manifestación del principio de soberanía, y por la otra, el respeto a la dignidad intrínseca y el derecho de millones de seres humanos que emigran de sus países en busca de mejores condiciones de vida para ellos y sus familias, el Derecho Internacional de los

---

<sup>2</sup> La CTM fue aprobada en 1990 y entró en vigor recién en el año 2003, y en la actualidad presenta un bajo nivel de ratificaciones.

Derechos Humanos y los mecanismos de protección –entre ellos el sistema interamericano- adquieren especial relevancia (PIZZOLO, 2020).

A nivel regional, si bien el MERCOSUR se concibe como un espacio de integración comercial y económica, muchos instrumentos de derecho originario y derivado apuntan a consolidar la dimensión social y política del proceso de integración y señalan que el respeto de la democracia es una condición indispensable para el sostenimiento del mismo. En este sentido, el derecho del MERCOSUR no contiene normativa fundacional relativa a la protección y promoción de los derechos humanos. Sin embargo, los Estados Parte han considerado necesario emprender tareas concernientes a su reconocimiento, en línea con los sistemas universales y regionales de protección de los mismos, creando una amplia gama de instrumentos jurídicos e instituciones vinculadas a su respeto, protección y promoción. (RISTOFF & MARTÍNEZ, 2020).

En cuanto a los instrumentos normativos del MERCOSUR se pueden mencionar: la Declaración Socio-laboral del MERCOSUR (1998) que busca consolidar la ratificación de las principales convenciones de la OIT; la primera y segunda Declaración Presidencial sobre Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil en el MERCOSUR (2002 y 2012); la Declaración de Rio de Janeiro sobre la institución del Refugio (2000); la Declaración de Santiago sobre principios migratorios (2004); el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (2005) el cual es el instrumento más relevante en materia de derechos humanos; la Declaración sobre Derechos Humanos (2005) que apoya la plena vigencia de los principios y valores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU y reafirma la adhesión a los instrumentos regionales de derechos humanos. A estos instrumentos normativos se le suman la creación de: el Foro especializado migratorio (2003) creado en el la XIV Reunión de ministros del MERCOSUR; la Reunión de Altas Autoridades en el Área de Derechos Humanos (RAADH) (2004); el Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el MERCOSUR (2004); el Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDH) (2009).

Si bien es posible observar el avance de la adopción de marcos normativos e institucionalización de los mismos en la región, existen aún déficits normativos que se encuentran asociados al peso o valor que los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen en los sistemas jurídicos nacionales de los Estados Parte. En este sentido, *“pese a la importancia que tuvo la creación de órganos especializados en la defensa y promoción de los derechos humanos, estos no tienen capacidad decisoria en el espacio mercosureño, ni pueden comprometer la responsabilidad de los Estados Parte. Su carácter meramente consultivo o de concertación obstaculiza la efectividad material de los derechos que declaran reconocidos”* (RISTOFF & MARTÍNEZ, 2020: p. 380).

En este aspecto, existen importantes problemas derivados de las prácticas y políticas implementadas por los Estados de la región para regular las condiciones de ingreso, residencia y las causales de expulsión de las personas migrantes. En la región conviven legislaciones avanzadas de protección a los derechos fundamentales de los trabajadores migratorios y sus familias, con violaciones sistemáticas y graves a los derechos fundamentales de este grupo. (IPPDH, 2016).

Esta situación tiene un impacto directo en la garantía de los derechos de las personas migrantes y aquellas que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad como son las víctimas de trata de personas<sup>3</sup>.

### **III. Trata de personas y gobernabilidad migratoria**

En los últimos años, la CIDH ha observado que las políticas migratorias de algunos Estados de la región se centraron más en un enfoque de seguridad nacional y contención de los flujos migratorios que desde un enfoque de derechos humanos. Diversos Estados han endurecido sus políticas migratorias a partir de una mayor utilización de medidas tendientes a la externalización del

---

<sup>3</sup> En Argentina la Ley de Migraciones 25.871, sancionada en 2004, establece los requisitos de admisión, ingreso, permanencia y egreso de personas. A partir de esta ley, las personas en situación irregular son alentadas a ser regularizadas, en vez de ser deportadas. El desconocimiento que las víctimas tienen de este aspecto de la ley es clave para el funcionamiento de la trata, ya que suele ser aprovechado por parte de los tratantes como mecanismo de engaño y coerción.

control migratorio, la securitización de las fronteras, la criminalización de los migrantes (fundamentalmente aquellos en situación irregular) a través del uso generalizado de la detención migratoria y de deportaciones sumarias, y a limitar el acceso a procedimientos de protección internacional, en particular al procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiados. (CIDH, 2015: p. 16).

En este sentido, Pizzolo (2020) resalta aquello que la CIDH sostiene enfáticamente sobre el ejercicio de facultad de los Estados de fijar políticas migratorias. Los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingreso a su territorio y salida de él con respecto a personas que no sean nacionales suyas siempre que dichas políticas sean compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana. Si bien los Estados guardan un ámbito de discrecionalidad al determinar sus políticas migratorias, estas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes. Entendiendo a las migraciones como un proceso social y no exclusivamente asociado a la inseguridad es que se coloca en un lugar central la necesidad de implementar en las fronteras procedimientos de facilitación y no de restricción. (PIZZOLO, 2020: p. 58).

Esta forma de abordar un fenómeno tan complejo como la migración ha impactado en los modos en que se piensa y diseñan las medidas contra la trata de personas que no se ha visto exenta de este paradigma de la securitización de las migraciones.

La trayectoria de la trata como problema social encuentra un hito en la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, realizada en el año 2000. A partir su aprobación, la trata fue reconocida como una forma moderna de esclavitud y definida como una de las peores formas de vulneración de los derechos humanos. El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños complementó dicha convención. Conocido como el Protocolo de Palermo, en su artículo 3 expone la definición de trata más reconocida mundialmente como *“la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de*

*coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.*

Si bien la elaboración del Protocolo de Palermo marcó un antecedente en el abordaje de esta problemática al ser incorporado por diversos países a sus constituciones, Varela (2012) sostiene que este instrumento ha sido desarrollado a partir de los intereses de los países centrales por controlar sus fronteras en un contexto de migraciones transnacionales crecientes. Señala que, de este modo, se presenta un enfoque más punitivo que de derechos, que busca centrar su acción en el movimiento de personas, armas o drogas. Asimismo, para Anderson & Andrijasevic, el Protocolo de Palermo es un instrumento para facilitar la cooperación entre Estados en la lucha contra el crimen organizado antes que para proteger a las víctimas de trata (ANDERSON & ANDRIJASEVIC, 2008). Por tal motivo, consideran que existe una intención de despolitizar las intervenciones anti-trata y desviar la atención respecto al rol del Estado en la creación de las condiciones en las que se produce la explotación.

En este sentido, la trata es concebida como una forma abusiva de la migración que sólo puede ser respondida a través de *“alternativas legales a la migración irregular”* (MAGLIANO & CLAVIJO, 2011: p. 4). Esta interpretación, plantean las autoras, ubica el debate de la trata en la esfera de la política migratoria, que no se aleja de los postulados de control y seguridad que surgen en un contexto de búsqueda de gobernabilidad. (MÁRMORA, 2003), *“reconfigurando y legitimando una concepción de las migraciones y del/a migrante como ‘problema’”*. (MAGLIANO & CLAVIJO, 2011: p.1). A la vez, se focaliza en la penalización del proceso desconociendo las causas más profundas que dan lugar a este delito<sup>4</sup>. Es decir, son *“escasamente problematizadas las*

---

<sup>4</sup> O’Connell Davidson considera que el discurso de trata imperante descalifica a las víctimas como sujetos políticos a la vez que se centra en la moral individual de los explotadores y de las prácticas “incivilizadas” y “corruptas” que toleran la esclavitud sin dar cuenta de la naturaleza

*condiciones estructurales de un sistema socio-económico jerárquico y desigual que crea, reproduce y se nutre de múltiples dispositivos de exclusión y explotación, siendo la trata de personas una materialización de esos dispositivos”* (MAGLIANO & CLAVIJO, 2011: p. 4).

La *securitización* de las migraciones ha llevado a colocar el eje del debate de la trata en torno a los migrantes dejando de lado e invisibilizando a aquellas personas víctimas de este delito que no se encuentran migrando, pero que sí se hallan en el marco de una relación laboral ilegal y de explotación.

La trata no tiene como víctimas exclusivas a población migrante, por lo que se requiere de un enfoque multiagencial que enfrente a este delito en cualquiera de sus numerosas etapas. En este sentido se pone el énfasis en la trata como un problema del sistema capitalista ya que la trata *“no debe plantearse de manera unívoca o producto de las migraciones, sino que atraviesa al sujeto como parte de un grupo vulnerado y donde es indispensable no criminalizarlo o establecer relaciones que encapsulen el fenómeno, desentendiéndolo de las múltiples variables que lo atraviesan”* (NEJAMKIS & CASTIGLIONE, 2013: p. 41).

Siguiendo en la misma dirección, O’Connell Davidson complementa la postura acerca del modo en que la figura de trata, hasta el momento, se ha abordado más eficazmente en relación (y apoyo) a las políticas restrictivas de inmigración y de control de las fronteras. A su vez, discute con el término de trata elaborado por las Naciones Unidas, ya que, en su opinión, no permite distinguir a otros grupos de víctimas que no sean los migrantes, funcionando así este concepto como un paraguas para un proceso que puede conducir a una variedad de resultados (O’ CONELL DAVIDSON, 2010).

A su vez, no debe perderse de vista que dentro del gran universo de la población que migra existen grupos que no solo se encuentran bajo la condición de migrante, sino que también se ven expuestas a condiciones de vulnerabilidad

---

represiva de todo trabajo en el capitalismo. Anderson y Andrijasevic (2008) sostienen que la trata aparece como una actividad que se realiza fuera de cualquier marco social donde los individuos criminales son los responsables. Se pierde de vista la existencia e intersección de una serie de otros mercados, instituciones, prácticas, algunos de los cuales estarían siendo socialmente tolerados y legalmente regulados, mientras que otros espacios dan cuerpo a prácticas ilegales, estigmatizantes y/o socialmente disputados (O’CONNELL DAVIDSON, 2010).

acentuadas por la interseccionalidad de otras categorías como el género, la etnia, nivel socioeconómico, edad, entre otras.

El sistema sexo/género sigue colocando a las mujeres en un papel de subordinación a diferencia de los varones migrantes ya que son ellas quienes enfrentan mayores situaciones de vulnerabilidad y riesgo a caer en redes de trata. (GODOS PEREZ, 2021).

Flamtermesky plantea que “en el caso de las mujeres tratadas, por un lado, han experimentado la forma más extensa de colonización sobre sus cuerpos y, posteriormente, se han enfrentado también a la colonización de sus conocimientos y sus experiencias como mujeres y como inmigrantes” (FLAMTERMESKY, 2014: p. 394-395). Para la autora, las mujeres migrantes víctimas de trata solo son visibilizadas por el delito cometido contra ellas, pero no se toman en cuenta sus propias vivencias de resistencia y cómo superaron las dificultades ante las que se vieron expuestas, sin ser consideradas por las políticas públicas. Este aspecto es resaltado por la CIDH en la Resolución 04/19<sup>5</sup> al considerar que incontables mujeres, niñas y personas LGBTIQ+ migrantes, incluidos los refugiados, sufren por violencia específica, continua y desmedida en sus países de origen, tránsito o destino, incluida la violencia sexual y de género, violación de sus derechos sexuales y reproductivos, y trata de personas para todos los fines, lo que debe ser analizado desde una perspectiva de derechos humanos y de género con enfoque diferenciado.

Las mujeres y personas LGBTIQ+ ven acentuadas estas condiciones de vulnerabilidad, violación de sus derechos y sufren mayor violencia al movilizarse. Esto puede observarse, por ejemplo, en el modo en que las legislaciones migratorias tienden a favorecer más a los hombres, ya sea con permisos y residencias a pesar de haber un mayor flujo de mujeres que migran para acceder al mercado laboral (GODOS PÉREZ, 2021).

La interseccionalidad del género sumado al factor migrante resulta una doble vulneración de los derechos humanos para estas poblaciones, por ello es

---

<sup>5</sup> Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas. (Resolución 04/19 aprobada por la Comisión el 7 de diciembre de 2019).

necesario fortalecer las instituciones gubernamentales en materia de migraciones.

#### **IV. La gobernabilidad migratoria en épocas de pandemia**

Los diferentes escenarios que plantea la migración internacional sitúan a las personas migrantes frente a distintos procedimientos judiciales y administrativos que tienen implicaciones directas sobre la tutela efectiva y el ejercicio de sus derechos humanos (PIZZOLO, 2020).

Las personas migrantes son un grupo en situación de vulnerabilidad debido a situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce a diversas formas de desigualdad en el acceso a los recursos otorgados por los Estados. Además, existen prejuicios culturales sobre estos grupos que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y que favorecen la reproducción de sus condiciones de vulnerabilidad, como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo. (IPPDH, 2016).

La pandemia de Covid-19 ha reforzado la importancia de analizar el rol de las fronteras y la movilidad de las personas. Estas medidas afectaron de manera desproporcionada a ciertos grupos de personas en riesgo de explotación como las personas migrantes irregulares y trabajadores temporales. (UNODC, 2020).

El cierre de fronteras y la restricción comercial afectaron a la población migrante por la pérdida de medios de subsistencia y las dificultades para acceder a necesidades básicas de alimentación, vivienda y salud. Estas condiciones aumentan el riesgo a la trata y otros tipos de abuso y explotación, especialmente para mujeres y niñas. A esto se añadió la falta de conocimiento de la cultura y los mecanismos de denuncia, la escasez de redes de apoyo y el miedo a la deportación para aquellas en situación administrativa irregular. (OIM-CEPAL, 2020).

En este sentido, las fronteras constituyen zonas complejas dado que allí confluyen una diversidad de factores que van desde desequilibrios económicos y sociales, operaciones comerciales, tránsito de personas en general, con fines turísticos y cotidianos, hasta operaciones ilegales que tienen que ver con el

tráfico de personas y de bienes. Estos factores, potenciados por la inequidad y las incoherencias normativas, aumentan las situaciones de riesgo y vulnerabilidad a la que normalmente están expuestas las personas migrantes, especialmente mujeres, niños, niñas y adolescentes (MALUF MARTÍNEZ, 2020: p. 140)<sup>6</sup>.

Los niños y niñas migrantes se encuentran ante una “doble” situación de vulnerabilidad. Tal es así que la combinación entre edad y condición migratoria demanda una protección específica y adecuada de sus derechos por parte de los Estados y de los actores involucrados<sup>7</sup>.

El cierre de fronteras reforzó la vulnerabilidad y exposición al riesgo de muchos migrantes. Para Liberona Concha esto se debe al momento histórico en el que nos hayamos dado que *“la movilidad humana ha demostrado su capacidad de traspasar fronteras a pesar de todas las medidas de control – incluyendo el sanitario– impuestas internacionalmente, y la dificultad de contener los flujos migratorios hacia adentro y hacia afuera constituye una alerta para los Estados”* (LIBERONA CONCHA, 2020: p. 49-50).

Por un lado, la limitación en la circulación planteó serias dificultades para que los trabajadores migrantes en condición de contratación irregular retornaran a sus hogares. Por otra parte, el cierre de las fronteras internacionales dificulta las acciones de repatriación de aquellas víctimas internacionales que deben retornar a sus países.

---

<sup>6</sup> Dentro de los principales instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y de las personas migrantes se puede mencionar: la Opinión Consultiva OC-21/2014 sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la Observación General Conjunta sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno (2017), del Comité de los Derechos del Niño y el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares. También incorpora el enfoque del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, aprobado en 2018. Finalmente, incluye aportes de documentos adoptados en el ámbito del MERCOSUR, principalmente la Guía Regional para la Identificación y Atención de Necesidades Especiales de Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes (2017).

<sup>7</sup> Se entiende por niño o niña migrante a toda persona menor de 18 años que se encuentre fuera del Estado del cual es nacional con la intención o necesidad de residir allí o en otro Estado al cual se dirige, o que encontrándose en el país del que es nacional o reside, podría migrar en un futuro cercano. Esta interpretación reafirma que la configuración de una persona como niño o niña migrante significa una doble protección: por su condición de niño y de migrante (IPPDH, 2016: p. 17).

Esta medida puso de manifiesto la *porosidad de las fronteras* dejando al descubierto irregularidades en los controles y situaciones de complicidad policial dando lugar a la perpetuación de la trata de personas como también del tráfico ilícito de migrantes. (LIBERONA CONCHA, 2020: p. 51).

Resulta necesario entonces establecer una distinción entre trata de personas y tráfico ilícito de migrantes. Mientras la primera ya ha sido definida en este trabajo, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) establece que el término “*tráfico ilícito de migrantes*” se refiere a apoyar el traspaso ilegal de una frontera. La gran diferencia entre “tráfico” y “trata” radica en que el tráfico atenta contra las leyes del Estado al que se ingresa irregularmente, mientras que la trata atenta contra los derechos humanos de una persona. El delito de tráfico de migrantes se caracteriza por la facilitación de la entrada ilegal de una persona a otro país, la creación o suministro de un documento de identidad o pasaporte falso, y la habilitación, por medios ilegales, de la estadía permanente de un no-nacional o no-residente. El tráfico y la trata, están a menudo relacionadas, pues el tráfico coloca a las personas en situaciones de vulnerabilidad que pueden desencadenar un proceso de trata de personas. (OIM, 2020).

En este sentido, los controles más estrictos en las fronteras pueden aumentar el riesgo de trata de personas. De hecho, las víctimas con documentación confiscada pueden correr el riesgo de sufrir abusos, detención y revictimización por parte de agentes de seguridad/policía que aplican cuarentenas y gestionan puntos de control. (OIT, 2020).

Las víctimas de trata de personas, independientemente de su situación migratoria u origen nacional, deben ser protegidas de la revictimización y provistas de asistencia jurídica, consejería e información, incluso con respecto a sus derechos en un idioma que puedan entender, con sensibilidad de género y asistencia médica, psicosocial y material, así como de la privacidad e identidad de la víctima, a partir de un enfoque diferenciado, teniendo en cuenta el derecho a la igualdad de trato y a no discriminación.

Los *Principios Interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*, establecen una serie de aspectos que hacen a la garantía de derechos de este

conjunto de la población. En este sentido, a partir del principio 40 se establece que todo migrante tiene derecho a acceder a la justicia para la protección de todos sus derechos, y a reparación integral de los daños sufridos, de manera gratuita y en igualdad con los nacionales del Estado, incluido el derecho al debido proceso y a garantías judiciales. El derecho de acceso a la justicia y a un recurso efectivo no debe estar sujeto a presentación de documentos de identidad que sean difíciles o imposibles de obtener para la población migrante. (CIDH, 2019).

A su vez, el principio 41 de Protección a las víctimas de delitos establece que todos los migrantes que sean víctimas de delitos tienen derecho a asistencia, protección, acceso a la justicia y reparación plena y efectiva de los daños sufridos. Los Estados fomentarán la capacidad de los migrantes que sean víctimas de delitos, especialmente los que se encuentren en situación irregular, para acceder a la justicia libres de temor, por ejemplo, mediante la creación de fiscalías especializadas para tales personas, la prohibición de la notificación a las autoridades migratorias por parte de los operadores de los sistemas de justicia ordinaria o autoridades médicas y de salud, y la concesión de visas para regularizar la permanencia en el país de personas que tengan una situación migratoria irregular. (CIDH, 2019).

Este principio incluye el deber del Estado de investigar adecuadamente los delitos cometidos contra los migrantes con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable, incluido la recolección, cadena de custodia, almacenamiento y análisis debido de las pruebas y documentación de lo sucedido. (CIDH, 2019).

Un aspecto fundamental es aquel que refiere a que los migrantes no serán sometidos a enjuiciamiento penal por haber sido víctimas de un delito u objeto de una actividad delictiva, hecho que tiene lugar con considerable frecuencia ante estos casos.

En los procesos judiciales se deben abordar la situación de vulnerabilidad de las víctimas de la trata de personas y otras formas de explotación facilitándose el acceso a la justicia y la posibilidad de presentar denuncias sin temor de detención, deportación o sanción, privilegiando la prevención, identificación, protección y asistencia adecuadas. Los procesos judiciales también deben aplicar una perspectiva de género, teniendo en cuenta los diversos factores de

discriminación a los que estén expuestos los migrantes, en particular las mujeres, niñas y personas LGTBI, y cerciorarse de no llevar a cabo prácticas de revictimización ni perpetuar los estereotipos en materia de género (GODOS PÉREZ, 2021).

Los Estados deben facilitar la obtención de documentación y condición legal para las personas que sean víctimas de delitos y deseen permanecer en su territorio, resguardando su identidad, sin demora innecesaria, la presentación de pruebas de imposibilidad u otros impedimentos administrativos, con el fin de proseguir la investigación penal o como medio de resarcimiento. En los casos de niños, niñas y adolescentes, deben tenerse en cuenta sus intereses.

A partir de lo desarrollado en este apartado, se desprende que una vez introducido el enfoque de derechos humanos en el contexto de la adopción de políticas, el punto de partida utilizado para la formulación de una política no consiste solamente en reconocer la existencia de ciertos sectores sociales que tienen necesidades no cubiertas, sino, fundamentalmente, en reconocer la existencia de personas que tienen derechos que pueden exigir o demandar, esto es, atribuciones que dan origen a obligaciones jurídicas por parte de otros y, por consiguiente, al establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad (ABRAMOVICH, 2006).

## **V. Conclusión**

La aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada en el año 2000 significó que la trata fuera reconocida como una forma de delincuencia organizada y fuese redefinida en virtud de incluir nuevas modalidades de explotación. El Protocolo de Palermo, que complementa a la referida Convención, representó el instrumento base sobre el cual los países comenzaron a (re) construir sus agendas políticas e instrumentos legales, a partir de respuestas políticas alrededor de la “prevención”, “protección” y “penalización”.

El rol del Estado adquiere un papel central para reflexionar sobre esta problemática, en tanto que la trata representa una violación a los derechos humanos. Las respuestas a la trata no siempre se han basado en los principios

de los derechos humanos, sino que se ha distorsionado la naturaleza del problema al darle prioridad a otras preocupaciones como la prevención del delito y el control de las migraciones, por encima de los derechos de las víctimas.

Las políticas migratorias implementadas por algunos Estados basadas en el control de este fenómeno han colocado el eje de sus acciones en la *securitización* de las fronteras, la criminalización de los migrantes (fundamentalmente aquellos en situación irregular), el uso generalizado de la detención migratoria y de deportaciones sumarias, y a limitar el acceso a procedimientos de protección internacional, en particular al procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiados, perdiendo de vista que la migración es un derecho humano fundamental.

Tal es así que la *securitización* de las migraciones ha llevado a colocar el eje del debate de la trata en torno a los migrantes dejando de lado e invisibilizando a aquellas personas víctimas de este delito que no se encuentran migrando, posicionando el abordaje de la trata en la esfera de la política migratoria, que no se aleja de los postulados de control y seguridad.

Tal como sostiene la CIDH en la Resolución 04/19, todos los migrantes, refugiados, solicitantes de asilo, apátridas, víctimas de trata de personas y otras personas involucradas en procesos de movilidad internacional tienen derecho a los mismos derechos humanos y garantías universales, los cuales deben ser respetados, protegidos y garantizados en todo momento, aunque estén regidos por disposiciones específicas relativas a protección internacional y nacional.

La legislación vigente en América Latina y el Caribe revela lagunas en materia de aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos, que afectan el reconocimiento y ejercicio de estos derechos de las personas migrantes. En este sentido, los Estados deben promover la creación de instancias y acuerdos jurídicos entre unos y otros para garantizar la observancia efectiva de los derechos de los migrantes y de las víctimas de trata de personas, tanto sus derechos económicos, sociales y culturales, como civiles y políticos.

## **VI. Bibliografía**

ABRAMOVICH, V. (2006). Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. *Revista de la CEPAL*, Vol. 88, pp. 35-50. Accesible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/088035050\\_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/11102/088035050_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

ANDERSON, B. & ANDRIJASEVIC, R. (2008). Sex, slaves and citizens: the politics of anti-trafficking. *Soundings*, pp. 135–145. Accesible en: <http://www.lwbooks.co.uk/journals/soundings/archiv...>

CIDH (2015). Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Accesible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>

CIDH (2019). Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas. Accesible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>

DÍAZ, M. E. (2021). Desafíos de las políticas públicas contra la trata de personas en Argentina en el contexto de pandemia de Covid-19. Ponencia presentada en las XIV Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Accesible en: <https://cdsa.aacademica.org/000-074/594>

FLAMTERMESKY, H. (2014) *Mujer Frontera. Experiencia De Investigación Acción Participativa Feminista (Iapf) Con Mujeres Víctimas De La Trata De Personas*. *Revista Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social*, Vol. 14, N° 4, pp. 389-400. Accesible en: <https://www.redalyc.org/pdf/537/53732940023.pdf>

GODOS PÉREZ, E. A. (2021). Trans-pasando fronteras: migrando sin identidad. *Revista electrónica Integración Regional & Derecho Humanos*, Vol. 9, N° 2, pp 51-64. Accesible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica/005/trans-pasando-fronteras.pdf>

IPPDH (2016). Derechos humanos de la niñez migrante. Migración y Derechos Humanos. Accesible en: <https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2018/08/IPPDH-MERCOSUR-Derechos-Humanos-de-la-Ninez-Migrante.pdf>

LIBERONA CONCHA, N. (2020). Fronteras y movilidad humana en América Latina. Revista Nueva Sociedad Vol. 289, pp. 50-58. Accesible en: <https://nuso.org/articulo/fronteras-y-movilidad-humana-en-america-latina/>

MAGLIANO, M. J. & CLAVIJO, J. (2011). La trata de personas en la agenda política sudamericana sobre migraciones: La securitización del debate migratorio. Revista Análisis Político, Vol. 24, N° 71, pp. 149-163. Accesible en: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-470520110001000008&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-470520110001000008&lng=en&tlng=es).

MALUF MARTÍNEZ, M. (2020). El derecho a ser oído como garantía del debido proceso en procedimientos migratorios que involucran a niños, niñas y adolescentes. Revista Electrónica Integración Regional & Derechos Humanos, Vol. 8, N° 2, pp. 137-176. Accesible en: [http://repositorioubasibbi.uba.ar/gsd/collect/integra/index/assoc/HWA\\_4740.dir/4740.PDF](http://repositorioubasibbi.uba.ar/gsd/collect/integra/index/assoc/HWA_4740.dir/4740.PDF)

MÁRMORA, L. (2003). Políticas migratorias consensuadas en América Latina. Revista Estudios Migratorios Latinoamericanos, Vol. 50, pp. 111-141.

NEJAMKIS, L. & CASTIGLIONE, C. (2013). Apuntes críticos a la trata de personas como problema contemporáneo. Revista Argonautas y Caminantes, vol .9, pp. 33-42. Accesible en: <https://www.lamjol.info/index.php/PDAC/article/view/1304/1130>

O'CONNELL DAVIDSON, J. (2010). New Slavery, Old Binaries: Human Trafficking and the Borders of 'Freedom'. Global Networks, Vol. 10, N°2, pp. 244–61. Accesible en: [https://www.researchgate.net/publication/227916246\\_New\\_Slavery\\_Old\\_Binaries\\_Human\\_Trafficking\\_and\\_the\\_Borders\\_of\\_%27Freedom%27](https://www.researchgate.net/publication/227916246_New_Slavery_Old_Binaries_Human_Trafficking_and_the_Borders_of_%27Freedom%27)

OIM - CEPAL (2020). Covid-19: desafíos para América del Sur. N° 11 - Mujeres migrantes en el contexto de la pandemia. Disponible en:

[https://oig.cepal.org/sites/default/files/n-11-mujeres\\_migrantes\\_en\\_el\\_contexto\\_de\\_la\\_pandemia.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/n-11-mujeres_migrantes_en_el_contexto_de_la_pandemia.pdf)

OIM (2020). Glosario de la OIM sobre migración. Derecho Internacional sobre Migración, N°34. Accesible en: <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>

OIT (2020). El impacto del COVID-19 en el trabajo infantil y el trabajo forzoso: La respuesta del Programa de referencia IPEC+. Accesible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@ipec/documents/publication/wcms\\_747230.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publication/wcms_747230.pdf)

PIZZOLO, C. (2020). Sistema Interamericano: las garantías mínimas del debido proceso aplicadas a los procedimientos migratorios. Revista Electrónica de Integración Regional & Derechos Humanos, Vol. 8, N° 1, pp. 38 - 78. Accesible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica/002/pizzolo.pdf>

RISTOFF, C. & MARTINEZ, R. B. (2020). El Mercosur: una mirada desde la democracia y los derechos humanos. Revista Electrónica de Integración Regional & Derechos Humanos, Vol. 8, N° 2, pp. 362 - 386. Accesible en: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica/003/el-mercosur-una-mirada-desde-la-democracia-y-los-derechos-humanos.pdf>

UNODC (2020). Impacto de la pandemia Covid-19 en la trata de personas. Hallazgos preliminares y mensajes basados en un análisis rápido. Accesible en: [https://www.unodc.org/documents/ropan/2020/Impacto\\_del\\_Covid\\_19\\_en\\_la\\_trata\\_de\\_personas.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/2020/Impacto_del_Covid_19_en_la_trata_de_personas.pdf)

VARELA, C. (2012). Del tráfico de las mujeres al tráfico de las políticas. Apuntes para una historia del movimiento anti-trata en la Argentina (1998-2008). Revista Publicar, Vol. 10, N° 12 pp. 35-64. Accesible en: <https://publicar.cgantropologia.org.ar/index.php/revista/article/view/247/174>.

**EL DERECHO A LA DEFENSA PENAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS  
DERECHOS HUMANOS**

Natalí Pavioni<sup>1</sup>

---

Fecha de recepción: 29 de mayo de 2024

Fecha de aceptación: 25 de junio de 2024

**Resumen**

El derecho a la defensa penal se encuentra regulado en los diferentes instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos.

El Comité de Derechos Humanos (Comité DH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su jurisprudencia se han referido a los criterios y alcances que se vinculan al derecho a la defensa penal.

En el presente trabajo abordaremos solo algunos de los aspectos que se vinculan al derecho a la defensa penal, como la posibilidad de defenderse personalmente, el derecho a contar con la asistencia letrada, el derecho a la defensa pública y la responsabilidad internacional del Estado frente a la defensa técnica y eficaz.

*Palabras clave: Derechos Humanos - Debido Proceso Legal - Garantías Judiciales - Derecho a la Defensa - Defensa Pública - Defensa personal - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

**Title:** RIGHT TO CRIMINAL DEFENSE IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

**Abstract**

The right to criminal defense is regulated in the different international instruments for the protection of Human Rights.

---

<sup>1</sup> Abogada y Especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesora de Derechos Humanos y Garantías (Universidad de Buenos Aires, Argentina).

The Human Rights Committee, the Inter-American Court of Human Rights, the European Court of Human Rights, and the Court of Justice of the European Union, in their jurisprudence, have referred to the criteria and scope that are linked to the right to criminal defense.

In this work we will address only some of the aspects that are linked to the right to criminal defense, such as the possibility of defending oneself personally, the right to have legal assistance, the right to public defense and the international responsibility of the State against technical and effective defense.

*Key words: Human Rights - Due Process of Law - Judicial Guarantees - Right to Defense - Public Defense - Personal Defense - Inter-American Court of Human Rights - European Court of Human Rights - Court of Justice of the European Union.*

## **I. El derecho a la defensa y su regulación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

El derecho al debido proceso representa un límite al poder estatal que se transforma en uno de los pilares fundamentales del DIDH y tiene como objetivo principal buscar, “*confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana en cualquier tipo de proceso*” (RODRÍGUEZ RESCIA, 1998: p.1296).

Con esta meta, identifica el conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de las personas que se encuentren dirimiendo derechos u obligaciones en sede judicial.<sup>2</sup> En este sentido, la asistencia jurídica simboliza, por un lado, un elemento esencial de un sistema de justicia penal justo, humano y eficiente que se base en la primacía del derecho. Por otro lado, el fundamento y condición previa, para el disfrute y ejercicio de otros derechos, como el derecho a un juicio justo.

---

<sup>2</sup> Corte IDH, Garantías Judiciales En Estados De Emergencia, Opinión Consultiva Nro. 9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 8, párr. 28.

Además, supone una salvaguardia importante que asegura la equidad fundamental y la confianza pública en el proceso de justicia penal.<sup>3</sup>

En lo esencial, el derecho a la defensa *“es un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo, desde que se lo señala como posible autor o participe de un hecho punible hasta que finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena, como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”*<sup>4</sup>.

En el *corpus iuris* del derecho internacional, encontramos disposiciones vinculadas al derecho a la defensa y el conjunto de reglas que deben preverse a fin de respetar las garantías, que se reflejan de manera amplia y comprende además del proceso penal, al procedimiento civil, laboral y administrativo. *“Sin embargo la afirmación del derecho de defensa en el procedimiento penal y en otro tipo de procedimiento, no son extraídas exactamente las mismas consecuencias, pues existen mayores exigencias para el enjuiciamiento penal que las requeridas para los demás.”* (MAIER, 2004: p. 541).

En el procedimiento penal, debe preverse el derecho a la información y el acceso a la comunicación previa y detallada de la acusación sin demora, el tiempo y los medios para elaborar una adecuada estrategia de defensa, sea que la lleve adelante de manera persona o por un/a defensor/a de su elección, o por un/a defensor/a proporcionado por el Estado, posibilidad de interrogar o proponer testigos y de cuestionar otros tipos de prueba, el derecho a la asistencia gratuita de un traductor o intérprete, el derecho a que se presuma su inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, el derecho a no ser sometido al doble juzgamiento, el derecho al acceso a la justicia y publicidad de justicia, entre otros.

En particular, dado el objeto del presente trabajo, abordaremos la regulación referida al derecho de la persona sospechada o acusada a la

---

<sup>3</sup> Conf. Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal Resolución aprobada por la Asamblea General 67/187. 60ª. Sesión plenaria 20 de diciembre de 2012.

<sup>4</sup> Idem apartado 3.

autodefensa, a ser asistida por un defensor particular o proporcionado por el Estado, y al derecho a la defensa técnica y eficaz.

En el Sistema Universal, el artículo 14.3 d) PIDCP incluye el derecho de la persona acusada de un delito a ser asistida por un defensor de su elección; y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo. También, menciona que la persona acusada debe ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo. En coincidencia, el “Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión” (ONU), e incluye la obligación Estatal de informar a la persona sobre el acceso al derecho prontamente después de su arresto y de facilitar los medios adecuados para ejercerlo a través de un abogado de su elección o un abogado público en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo<sup>5</sup>.

En el Sistema Interamericano, los artículos 8 d) y 8 e) CADH contemplan el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor y el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Por su parte, en el Sistema Europeo, el artículo 6.3 c) CEDH, menciona que todo acusado tiene derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, en caso de carecer de medios económicos para afrontar los gastos de una defensa, tiene derecho a ser asistido por un defensor público, cuando los intereses de justicia así lo exijan. Al respecto, el TEDH, ha establecido que si bien en un proceso, en ciertas circunstancias, se puede renunciar a la representación legal, esto no puede ser contrario al

---

<sup>5</sup> Conf. Principio 17. Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Aprobado el 9 de diciembre de 1988.

interés público y por lo tanto, deben garantizarse salvaguardas proporcionales a la importancia de la renuncia<sup>6</sup>.

En el Sistema de la UE, el artículo 47 CDFUE in fine, menciona el derecho de toda persona a “(...) *hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia*” y el artículo 48.2 garantiza el derecho a la defensa de las personas acusadas. Se debe destacar, que la UE, en la en la Directiva 2013/48 se ha ocupado de abordar los lineamientos generales, a fin de que los Estados partes adopten las medidas adecuadas a fin de brindar asistencia letrada, sin demora injustificada, a sospechosos y acusados , en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva y gratuita de acuerdo a las necesidades específicas de los sospechosos y acusados que sean vulnerables.

El artículo 3 de la Directiva 2013/48, establece que toda persona puede renunciar de manera voluntaria e inequívoca a la asistencia letrada en los procesos penales y/o en los procedimientos de la orden de detención europea. Además, refiere al modo que permita ejercer los derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva.

Se debe contemplar que el sospechoso o acusado tenga derecho a:

a)- entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, inclusive con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales;

b)- que su letrado esté presente e intervenga, de acuerdo a la normativa nacional de manera efectiva cuando lo interroguen.

c)- que su letrado esté presente en las ruedas de reconocimiento, los careos, las reconstrucciones de los hechos y demás actos de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto<sup>7</sup> (artículo 3.3 de la mencionada Directiva).

---

<sup>6</sup> Conf. STEDH, Omelchenko vs. Ucrania, sentencia de 17 de julio de 2014.

<sup>7</sup> Sin embargo, los Estados miembros pueden dejar de aplicar temporalmente los derechos mencionados, en circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, en la

El precedente marco normativo, que se complementa a las normas nacionales en la materia, producto de las obligaciones estatales de adecuación del derecho interno, conforma el marco regulatorio de las garantías en análisis.

En consecuencia, el pluralismo jurídico entre los ordenamientos involucrados, que es propio de nuestros tiempos, es objeto de interpretaciones que convergen en su aplicación (PIZZOLO, 2017). En razón de ello, se deben tener presentes los estándares jurisprudenciales establecidos por la “*comunidad de intérpretes*” (PIZZOLO, 2017) del derecho internacional de los derechos humanos.

## **II. Derecho a la defensa personal**

El PIDCP, de acuerdo a la interpretación del Comité de DH, en la Observación General N° 32/2007, entraña la posibilidad de que el acusado rechace la asistencia de un abogado y opte por el derecho a defenderse personalmente. Sin embargo, el derecho a defenderse personalmente o mediante un abogado de su propia elección, se refiere a dos tipos de defensa que no se excluyen mutuamente. Si bien una persona puede ser asistida por un abogado, a su vez puede darle instrucciones sobre cómo llevar adelante el caso, dentro de los límites de la responsabilidad profesional, y puede prestar testimonio en su propio nombre. Interpreta que el derecho a defenderse sin abogado no es absoluto, puede ser restringido teniendo en cuenta un propósito objetivo y suficientemente serio.

En algunos juicios concretos, el interés de la justicia puede exigir el nombramiento de un abogado en contra de los deseos del acusado, en particular en los casos de personas que obstruyan sustancial y persistentemente la debida conducción del juicio, o hagan frente a una acusación grave y sean incapaces de actuar en defensa de sus propios intereses, o cuando sea necesario para proteger a testigos vulnerables de nuevas presiones o intimidaciones si los acusados fuesen a interrogarlos personalmente.

---

medida en que esté justificado, en vista de las circunstancias específicas del caso, siempre que exista: una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona y/o una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.

Sin embargo, las restricciones a defenderse personalmente no deben ir más allá de lo que sea necesario para sostener el interés de la justicia. Por consiguiente, los Estados deben evitar legislar conteniendo la exclusión absoluta de que una persona se defienda en un proceso penal sin la asistencia de un abogado.

### III. Derecho a la asistencia letrada

Según la Corte IDH, en el caso “Barreto Leiva vs. Venezuela”<sup>8</sup> impedir a la persona investigada de contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo.

Además, la asistencia de un abogado defensor no puede ser satisfecha por la asistencia de quien acusa. La acusación afirma la pretensión penal; la defensa la responde y rechaza. No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona<sup>9</sup>. La independencia de la defensa se destaca en los “Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal” (ONU)<sup>10</sup> al mencionar que “*el Estado no debe injerirse en la organización de la defensa del beneficiario de la asistencia jurídica, ni en la independencia del proveedor de asistencia jurídica*”<sup>11</sup>. También, destaca que “*(...) los Estados deben garantizar que los proveedores de asistencia jurídica puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o injerencias indebidas (...)*”<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206.

<sup>9</sup> Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206, párr. 63.

<sup>10</sup> Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal Resolución aprobada por la Asamblea General 67/187.60<sup>a</sup>. Sesión plenaria 20 de diciembre de 2012

<sup>11</sup> Conf. Principio N° 2.16. Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal Resolución aprobada por la Asamblea General 67/187.60<sup>a</sup>. Sesión plenaria 20 de diciembre de 2012.

<sup>12</sup> Conf. Principio N° 12.36. Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal Resolución aprobada por la Asamblea General 67/187.60<sup>a</sup>. Sesión plenaria 20 de diciembre de 2012

Informar a una persona detenida sobre su derecho a comunicarse con un abogado y de notificarle a una tercera persona que se encuentra bajo custodia del Estado, es esencial para garantizar el derecho a la defensa. Este derecho adquiere una particular importancia, cuando se trata de niños, niñas y adolescentes involucrados en un proceso penal. La Corte IDH ha dicho que, *“en esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada [...] En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél, como acto inherente a su derecho de defensa.”*<sup>13</sup>

En relación al momento en que se debe otorgar la asistencia, el artículo 3 de la Directiva 2013/48, aclara que debe realizarse a partir del momento que primero se produzca, entre los siguientes:

- a) antes de que el sospechoso o acusado sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales;
- b) en el momento en que las autoridades de instrucción u otras autoridades competentes realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas,
- c) sin demora injustificada tras la privación de libertad<sup>14</sup>;
- d) con la suficiente antelación antes de que el sospechoso o acusado citado a personarse ante el tribunal competente en materia penal se presente ante dicho tribunal.

La Corte IDH estimó, en el caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”<sup>15</sup> que *“(...) la falta de intervención del abogado defensor hasta el momento en que declara el inculpado, hace que aquél no pueda controvertir las pruebas*

---

<sup>13</sup> Corte IDH, caso Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C No.100, párr. 130.

<sup>14</sup> Los Estados miembros podrán dejar de aplicarlo temporalmente en circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, en caso de que la lejanía geográfica de un sospechoso o acusado imposibilite el ejercicio del derecho a la asistencia de letrado sin demora injustificada tras la privación de libertad.

<sup>15</sup> Corte IDH, caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia 30 de mayo de 1999, Serie C No. 41.

*recabadas y asentadas en el atestado policial.”*<sup>16</sup> Por esa razón, *“la notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, un abogado y/o información consular, debe ser hecha al momento de privar de la libertad al inculpado, pero en el caso de menores deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación”.*<sup>17</sup>

En este sentido, el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona.<sup>18</sup> La persona investigada, debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, esto implica que el defensor pueda asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecte sus derechos, de ejecutar un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.<sup>19</sup>

#### **IV. Derecho a la asistencia letrada proporcionada por el Estado**

La doctrina europea del caso “Quaranta vs. Suiza”<sup>20</sup>, recuerda que el derecho del acusado a poder ser asistido en ciertos casos por un defensor público constituye, entre otros, uno de los elementos de la noción de proceso equitativo en materia penal. Analizando el artículo 6.3. c) CEDH, observa que se establecen dos condiciones para el ejercicio de ese derecho. La primera, es la falta de medios para remunerar a un defensor y la segunda, el interés de la justicia.

A fin de analizar el interés de la justicia, el TEDH observa los siguientes supuestos: 1- la gravedad de la infracción imputada al interesado y la severidad de la sanción que amenaza recaer sobre él, 2- la complejidad del caso, y 3- las características del actor.

En el caso, considerando el delito y la pena, advierte que una posibilidad tan cargada de consecuencias exigía concederle la asistencia gratuita de un

---

<sup>16</sup> Corte IDH, caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, sentencia 30 de mayo de 1999, Serie C No. 41, párr. 153.

<sup>17</sup> Corte IDH, caso Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie C No.100, párr. 130.

<sup>18</sup> En el mismo sentido Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia del 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párr. 129 y caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 168.

<sup>19</sup> Corte IDH, caso Barreto Leiva vs. Venezuela, sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206, párr. 61 y 62.

<sup>20</sup> STEDH caso Quaranta vs. Suiza, sentencia de 24 de mayo de 1991.

abogado. Además, si bien la causa no planteaba dificultades particulares en cuanto a la determinación de los hechos, el resultado del proceso revestía enorme importancia para el Sr. Quaranta; las infracciones que se le reprochaban se establecen durante el período de prueba y al Tribunal se le ofrecía un amplio abanico de soluciones. Atendiendo a estas particularidades, la intervención de un abogado habría permitido garantizar una mejor defensa del acusado. Por último, toma en cuenta que se trataba de un joven adulto de origen extranjero proveniente de un medio modesto y sin verdadera formación profesional, poseía un pasado delictivo recargado y consumía estupefacientes de manera casi cotidiana, por lo tanto, dadas sus características, se podría afirmar que existía interés de justicia para asignarle un abogado defensor.

Observando el elemento de la gravedad del delito, el Comité de DH, agrega que, este es importante al decidir si ha de nombrarse un abogado en “*el interés de la justicia*”, así como cuando existe alguna probabilidad objetiva de éxito en la fase de apelación<sup>21</sup>.

Por otro lado, a fin de analizar cuestiones referidas al carácter gratuito de la defensa pública, el TEDH, en el caso “Croissant vs. Alemania”<sup>22</sup>, la parte actora se queja de la providencia que le impone abonar los honorarios de tres defensores públicos, uno de ellos designado contra su voluntad.

El Tribunal europeo, estima que si bien el artículo 6.3. c) CEDH, reconoce a todos los acusados el derecho a la asistencia del defensor de su elección, ese derecho se encuentra forzosamente sujeto a ciertas limitaciones en materia de asistencia judicial gratuita y cuando, como en el presente caso, corresponde a los tribunales decidir si el interés de la justicia exige dotar al acusado de un defensor de oficio.

En interpretación del artículo 6.3 CEDH, si bien, sólo exige la asistencia gratuita de un abogado de oficio cuando el acusado no dispone de medios para remunerar al defensor, en un sistema como el alemán la necesidad de dotar al acusado de uno o varios abogados de oficio se determina únicamente en relación con los intereses de la justicia y los recursos del interesado no se tienen

---

<sup>21</sup> Comité DH. Observación General N° 32, del 9 a 27 de julio de 2007. párrafo 38.

<sup>22</sup> STEDH, caso Croissant vs. Alemania, sentencia del 25 de septiembre de 1992.

en cuenta en esa etapa. El condenado, en principio, deberá abonar siempre los honorarios profesionales y su situación financiera sólo cumple un papel en el momento del procedimiento de ejecución. Sin embargo, no se corresponde con el artículo 6 CEDH, si el carácter equitativo del procedimiento se viera perjudicado. Por lo tanto, al nombrar al abogado defensor, los tribunales ciertamente deben tener en cuenta los deseos del acusado, pero estos pueden ser anulados cuando existan motivos pertinentes y suficientes para designar un abogado de oficio, sosteniendo que esto es necesario en base al interés de la justicia.<sup>23</sup>

En el caso “Álvarez vs. Argentina”<sup>24</sup>, la Corte IDH hace referencia a los mecanismos que garantizan el derecho de defensa, en casos donde la persona inculpada no tenga recursos para solventar un abogado particular, e indicó que, en ese caso, la defensa deberá necesariamente ser provista por el Estado en forma gratuita.

Así, considerando que no contar con asistencia letrada implica limitar considerablemente el derecho a la defensa, en el caso de que la persona acusada no cuente con abogado particular, cuando el interés de justicia lo requiera se debe proporcionar defensa pública. En el caso de que la persona no posea recursos económicos, la defensa proporcionada por el Estado debe ser gratuita.

## V. Derecho a la defensa técnica y eficaz

En el procedimiento penal se requiere la obligatoriedad de la defensa técnica (MAIER, 2004: p. 549). En razón de ello, *“La defensa técnica del imputado se encuentra sujeta a estándares de vigencia y aplicación, los cuales conducen a las exigencias necesarias para garantizar su efectividad. En parte, ellos dependen del reconocimiento de otras garantías mínimas del proceso (conocimiento oportuno e integral de la imputación y tiempo y medios para contradecirla, por señalar algunas prioridades de un catálogo mucho más amplio) y, desde otro costado, del propio desempeño del abogado.”* (OSSOLA,

---

<sup>23</sup> Cfr. STEDH, caso Croissant vs. Alemania, sentencia del 25 de septiembre de 1992, párrafo 33.

<sup>24</sup> Corte IDH, caso Álvarez vs. Argentina, sentencia de 24 de marzo de 2023, Serie C No. 487.

2016: p. 33). En relación, en el DIDH se han verificado una serie de exigencias necesarias que tornan eficaz a la defensa técnica.

En relación a la responsabilidad de la defensa pública, el artículo 14 PIDCP, según lo entiende el Comité de DH en la Observación General N° 32/2007, incluye el derecho a que los abogados nombrados por las autoridades competentes deben representar efectivamente a los acusados. A diferencia de los abogados particulares, la actuación incompatible con los intereses de la persona acusada de la defensa pública entraña responsabilidad del Estado.

El Comité de DH, en su jurisprudencia<sup>25</sup> y destaca que *“a diferencia de lo que ocurre con los abogados contratados a título privado, los casos flagrantes de mala conducta o incompetencia, como el retiro de una apelación sin consulta en un caso de pena de muerte, o la ausencia durante el interrogatorio de un testigo en esos casos, pueden entrañar la responsabilidad del Estado por violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, siempre que haya sido evidente para el juez que el comportamiento del letrado era incompatible con los intereses de la justicia. También se viola esta disposición si el tribunal u otra autoridad competente impiden que los abogados nombrados cumplan debidamente sus funciones”*.<sup>26</sup>

La Corte IDH, ha considerado en su jurisprudencia<sup>27</sup>, que es imperante que el defensor público actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y así evitar que sus derechos se vean lesionados.<sup>28</sup>

En este sentido, la responsabilidad internacional del Estado puede verse comprometida por impericia, imprudencia o negligencia de la defensa pública.

---

<sup>25</sup> Comunicación N° 383/1989, H. C. vs. Jamaica, párr. 6.3. Comunicación N° 253/1987, Kelly vs. Jamaica, párr. 9.5. Comunicación N° 838/1998, Hendricks vs. Guyana, párr. 6.4. Respecto del caso de ausencia de un representante legal del autor durante el examen de un testigo en una audiencia preliminar, véase la comunicación N° 775/1997, Brown vs. Jamaica, párr. 6.6. Comunicaciones Nos. 705/1996, Taylor vs. Jamaica, párr. 6.2 ; 913/2000, Chan vs. Guyana, párr. 6.2; 980/2001, Hussain vs. Mauricio, párr. 6.3. Comunicación N° 917/2000, Arutyunyan vs. Uzbekistán, párr. 6.3.

<sup>26</sup> Comité DH. Observación General N° 32, del 9 al 27 de julio de 2007. párrafo 38

<sup>27</sup> En el mismo sentido, Corte IDH, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 159 y Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador, sentencia 5 de octubre de 2015, párrafo 157.

<sup>28</sup> Corte IDH, caso Martínez Coronado vs. Guatemala, sentencia de 10 de mayo de 2019, Serie C No. 376, párr. 83.

Por lo tanto, *“es necesario que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de toda persona inculpada de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio”*<sup>29</sup>.

La Corte IDH en el caso “Martínez Coronado vs. Guatemala”<sup>30</sup>, observa que cualquier tipo de defensa aparente, que no sea eficaz, oportuna, realizada por personal técnico, que permita fortalecer la protección del interés concreto del imputado, resultaría violatoria de la Convención Americana. Considerando que se debe resguardar la relación de confianza, la Corte IDH, entiende que deben existir mecanismos ágiles para que el imputado pueda pedir que se evalúe el nivel de su defensa y ningún defensor público puede subordinar los intereses de su defendido a otros intereses sociales o institucionales o a la preservación de la *“justicia”*<sup>31</sup>

En la jurisprudencia del TEDH en el caso “Goddi vs. Italia”<sup>32</sup>, entiende que se vulnera el derecho de defensa al asegurar una defensa de oficio puramente formal. En el caso, se considera que el abogado defensor no respondió a las exigencias de una defensa práctica y efectiva exigida por el artículo 6.3.c) CEDH. Detalla que, *“el abogado de oficio del acusado, designado por el Tribunal en el mismo juicio, no solicitó un aplazamiento del mismo para estudiar el caso o incluso hablar con el acusado. No se pronunció sobre si el juicio debiera aplazarse para obtener la comparecencia forzosa de los testigos que habían sido regularmente notificados, pero no habían comparecido. Sobre esta cuestión, importante para la defensa, se limitó a confiarla a la discreción del Tribunal. En sus conclusiones no hizo más que referirse al contenido del recurso y a los motivos sucintamente expuestos en media página mecanografiada.”*<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Corte IDH, caso Álvarez vs. Argentina, sentencia de 24 de marzo de 2023, Serie C No. 487, Párr. 140.

<sup>30</sup> Corte IDH, caso Martínez Coronado vs. Guatemala, sentencia del 10 de mayo de 2019, Serie C No. 376.

<sup>31</sup> Corte IDH, caso Martínez Coronado vs. Guatemala, sentencia del 10 de mayo de 2019, Serie C No. 376, párr. 83.

<sup>32</sup> STEDH, caso Goddi vs. Italia, Sentencia de 9 de abril de 1984.

<sup>33</sup> Ídem apartado 32, párr. 76.

En el caso “Álvarez vs. Argentina”<sup>34</sup>, la Corte IDH advierte que *“la decisión judicial de no conceder el plazo solicitado para nombrar un abogado de su confianza y, consecuentemente, haber designado a la defensora pública oficial para que ejerciera su representación el mismo día del inicio de la audiencia de debate, vulnera el derecho del inculpado a designar abogado defensor de su confianza”*.<sup>35</sup> Entiende, que es necesario que se le confiera un plazo suficiente para generar esa relación de confianza que debe existir entre el acusado y quien asume su defensa técnica.

El hecho de nombrar a un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que dicho defensor debe actuar de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales de la persona acusada y evitar que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza.<sup>36</sup>

La Corte IDH se ocupa de analizar si ha ocurrido una posible vulneración del derecho a la defensa por parte del Estado. Para ello, se evalúa si la acción u omisión del defensor público constituyó una negligencia inexcusable o una falla manifiesta en el ejercicio de la defensa que tuvo o pudo tener un efecto decisivo en contra de los intereses del imputado.

A fin de poder determinar la negligencia inexcusable o falla manifiesta de la defensa pública, la Corte IDH, enuncia una serie de supuestos no exhaustivos que son indicativos de una vulneración del derecho a la defensa. Estos podrían identificarse cuando la defensa pública:

1. no desplegó una mínima actividad probatoria,
2. se comprueba la inactividad argumentativa a favor de los intereses del imputado,
3. la carencia de conocimiento técnico jurídico del proceso penal;
4. falta de interposición de recursos en detrimento de los derechos del imputado;
5. indebida fundamentación de los recursos interpuestos, y
6. el abandono de la defensa.

---

<sup>34</sup> Corte IDH, caso Álvarez vs. Argentina, sentencia de 24 de marzo de 2023, Serie C No. 487.

<sup>35</sup> Ídem apartado 34, párr. 115.

<sup>36</sup> Ídem apartado 34, párr. 114 y 140.

Se aclara, que una discrepancia no sustancial con la estrategia de defensa o con el resultado de un proceso no es suficiente para generar implicaciones en cuanto al derecho a la defensa.

Además, agrega que *“(...) en los casos en que es evidente que la defensa pública actuó sin la diligencia debida, recae sobre las autoridades judiciales un deber de tutela o control. En efecto, la función judicial debe vigilar que el derecho a la defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica ineficaz. En esta línea, resulta esencial la función de resguardo del debido proceso que deben ejercer las autoridades judiciales”*.<sup>37</sup>

Se concluye que para cumplir con este cometido *“el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional.”*<sup>38</sup>

En atención a la debida diligencia de la defensa, es necesario que se advierta sobre la incompatibilidad en la representación común de dos o varios imputados en la causa, cuando existan intereses contrapuestos.

En relación, la Corte IDH determinó que existía una vulneración al derecho de defensa técnica, cuando existiese una contradicción entre las declaraciones de los coimputados representados por una defensa común. En este sentido, es el Estado, quien debe identificar, mediante las autoridades competentes, si existen dichas incompatibilidades y adoptar las medidas conducentes para que se garantice el derecho a la defensa de los coimputados involucrados<sup>39</sup>.

La existencia de inconsistencias en las declaraciones realizadas por los coimputados en el marco de un proceso penal no demuestra necesariamente una incompatibilidad en sus defensas e intereses que impida una defensa común, no obstante, en el caso “Rosadio Villavicencio vs. Perú”, la Corte IDH, considera que con base en los hechos, asignar el mismo defensor a dos coimputados, a pesar de existir incompatibilidad en su defensa debido a sus

---

<sup>37</sup> Ídem apartado 43, párr. 141,142 y 150.

<sup>38</sup> Corte IDH, caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C No. 303, párr. 157.

<sup>39</sup> Corte IDH, caso Martínez Coronado vs. Guatemala, sentencia del 10 de mayo de 2019, Serie C No. 376, párr.87.

versiones claramente discordantes de los hechos acaecidos vulnera el derecho a la defensa técnica de la víctima.<sup>40</sup>

Por su parte, en el caso “Nikolay Kolev y otros vs. Bulgaria”<sup>41</sup>, el TJUE entiende que la inexistencia de conflicto de intereses en el abogado es indispensable para garantizar la efectividad de los derechos de defensa. Así, un abogado no puede defender plena y eficazmente a dos personas acusadas en un mismo procedimiento si estas tienen intereses contradictorios, en especial cuando una de ellas ha hecho declaraciones que pueden ser utilizadas contra la otra y esta última no ha confirmado tales declaraciones.<sup>42</sup>

En definitiva, los defensores deben alertar sobre posibles intereses contrapuestos de sus asistidos, y excusarse en caso de ser necesario, a fin de que a alguno de ellos se les proporcione otro abogado defensor. En caso contrario se podría violar el derecho a la defensa técnica y eficaz.

## **VI. Conclusión**

El derecho internacional de los derechos humanos señala claramente el conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de las personas, desde el momento en que se ordena investigarlas.

El derecho a la defensa penal de una persona que se encuentra sospechada de haber cometido un delito exige la asistencia letrada particular, aun contra los deseos del acusado, y en caso de que el interés de justicia lo requiera o el acceso a la justicia lo demande, la posibilidad de contar con asistencia jurídica pública y gratuita, para aquellas personas que carecieran de recursos económicos.

Además, contempla el derecho a informar a una persona detenida sobre su derecho a comunicarse con un abogado y de notificarle a una tercera persona que se encuentra bajo custodia del Estado.

---

<sup>40</sup> Corte IDH, caso Rosadio Villavicencio vs. Perú, 14 de octubre de 2019, Serie C No. 388, párr. 178.

<sup>41</sup> STJUE, caso Nikolay Kolev y otros vs. Bulgaria, sentencia del 5 de junio de 2018, asunto c-612-15

<sup>42</sup> Ídem apartado 41, párrafo 109.

La jurisprudencia internacional ha establecido que el hecho de nombrar a un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica.

La defensa debe actuar de manera independiente, representando efectivamente a los acusados, ya que, de lo contrario, la responsabilidad internacional del Estado podría verse comprometida por impericia, imprudencia o negligencia en el ejercicio de la defensa pública.

La conducta negligente, contraria a los derechos de la persona acusada, se puede presumir, cuando la defensa no actúa acorde a los intereses del defendido y esto se refleja en una inactividad argumentativa, en carencia de conocimientos técnicos, en la falta de interposición de recursos claves para el caso o en la indebida fundamentación de los recursos, en el abandono de la defensa y/o en la no advertencia sobre intereses contrapuestos entre dos o más personas acusadas.

En atención a la debida diligencia de la defensa, es necesario que se advierta sobre la incompatibilidad en la representación común de dos o varios imputados en la causa, cuando existan intereses contrapuestos.

## VII. Bibliografía

ALBANESE, S. (2007) *Garantías Judiciales*, (1ª ed.) Buenos Aires: Ediar.

CARBONELL, M. H. (2020) *Estándares internacionales del debido proceso. Una mirada de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa, Ministerio Público de la Defensa. Accesible en [https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dra.\\_Mar\\_%C3%ADa\\_Helena\\_Carbonell\\_Estandares\\_5-2.pdf](https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dra._Mar_%C3%ADa_Helena_Carbonell_Estandares_5-2.pdf)

GRASSO, M. (2009) *Comentario al Informe N° 1/05 Caso Moreno Ramos. La defensa técnica ineficaz en materia penal. El control de convencionalidad en materia de debido proceso, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Análisis de los estándares del Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa. Accesible en:

<https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/005%20Derecho%20Internacional%20Derechos%20Humanos.pdf>

MAIER, J. B. J. (2004) Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos (2da edición) Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

MARTÍNEZ, S. M. (Cord.) (2009). Garantías Constitucionales en el proceso penal. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación. Accesible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/023%20Garantias%20Constitucionales%20en%20el%20Proceso%20Penal.pdf>

MARTÍNEZ, S. M. (2008) Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia, (1ª ed) Buenos Aires: Defensoría General de la Nación. Accesible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/017%20Defensa%20Publica.pdf>

MÉNDEZ POWELL, F. & PIZZARRO SOTOMAYOR, A. (2006) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aspectos sustantivos. Panamá: Universal Books.

MONTERO, D. & SALAZAR, A. (2015). Derecho de defensa en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Accesible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>

OSSOLA, N. (2016) Observaciones sobre el control de efectividad de la asistencia técnica a partir de la jurisprudencia de la CSJN. Buenos Aires, Ministerio Publico de la Defensa. Accesible en <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/bitstream/123456789/3829/1/2016.2.%20Observaciones%20sobre%20el%20control%20de%20efectividad%20de%20la%20asistencia%20t%C3%A9cnica%20a%20partir%20de%20la%20jurisprudencia%20de%20la%20CSJN.pdf>

PIZZOLO, C. (2020). Garantías del debido proceso: ¿reconocimiento de un margen nacional de apreciación? Buenos Aires: La Ley.

PIZZOLO, C. (2017). Comunidad de intérpretes finales (1ª ed.). Buenos Aires: Astrea.

RODRÍGUEZ RESCIA, V. M. (1998) El debido proceso legal y la Convención Americana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Accesible en <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>

SAAVEDRA ÁLVAREZ, Y. (2017) Las garantías del debido proceso en el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM. Accesible en <https://revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61315/54026>

VÉLEZ MARICONDE, A. (1969) Derecho Procesal Penal (2ª ed.). Buenos Aires: Lerner.

VINUESA, R. (1986) Derechos Humanos: instrumentos internacionales. Buenos Aires: Zavalia

**DEMANDAS SLAPP: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN AL BANQUILLO DE LOS ACUSADOS.  
PERSPECTIVA LATINOAMERICANA Y AVANCES EUROPEOS**

Agustín Pérez Aledda <sup>1</sup>

---

Fecha de recepción: 10 de junio de 2024

Fecha de aceptación: 1 de julio de 2024

## **Resumen**

La interposición abusiva de demandas para amedrentar o castigar la participación limita la libre circulación de informaciones sobre asuntos de interés público y genera un efecto silenciador tanto a nivel individual como colectivo. Mientras que han surgido importantes avances normativos en el ámbito de la Unión Europea y del Consejo de Europa, los países latinoamericanos aún no cuentan con herramientas legales destinadas a enfrentar este tipo de demandas. Frente a ello, el presente artículo conceptualiza el fenómeno de las demandas SLAPP a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del deber de los Estados de adoptar medidas de derecho interno para garantizar la libertad de expresión. A la luz de las experiencias europeas y locales, se concluye que dicho deber implica la adopción de reformas legislativas que permitan a los jueces desestimar las demandas SLAPP en etapas tempranas del proceso y morigerar su impacto económico.

*Palabras clave: SLAPP - Libertad de expresión - Participación pública - demandas abusivas*

**Title:** SLAPP LAWSUITS: FREEDOM OF EXPRESSION IN THE DOCK. LATIN AMERICAN PERSPECTIVE AND EUROPEAN PROGRESS.

## **Abstract**

---

<sup>1</sup> Abogado y diplomado en Libertad de Expresión (Universidad de Buenos Aires, Argentina).

The abusive filing of lawsuits to intimidate or punish public participation limits the free flow of information on matters of public interest and generates a chilling effect at the individual and collective level. While important normative advances have been made in the European Union and the Council of Europe, Latin American countries do not yet have legal tools to deal with this type of demands. In light of this, the article conceptualizes the phenomenon of SLAPP suits according to the American Convention on Human Rights and the duty of states to adopt domestic legal measures to guarantee freedom of expression. In line with European and local experiences, it concludes that this duty implies the adoption of legislative reforms that allow judges to dismiss SLAPP suits in early stages of the process and to mitigate their economic impact.

*Keywords: SLAPP - Freedom of expression - Public participation - Abusive lawsuits*

## **I. Introducción**

Daphne Caruana Galizia era una periodista maltesa, reconocida internacionalmente por su participación en la investigación de los Panamá Papers que expuso las cuentas secretas en paraísos fiscales del entonces primer ministro de Malta y su esposa. Luego de múltiples amenazas y procesos judiciales destinados a silenciarla, un coche bomba terminó con su vida en octubre de 2017 (BBC NEWS, 2017). El caso de Daphne generó gran impacto y favoreció la discusión sobre cómo proteger a quienes participan del debate público de la persecución judicial. Siete años después, la Directiva 2024/1069, también conocida como Directiva Anti-SLAPP o “Ley Daphne”, fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (AGIUS, 2024).

En distinta ubicación geográfica pero bajo similar modalidad, las periodistas colombianas Catalina Ruiz Navarro y Matilde de los Milagros Londoño fueron incesantemente perseguidas por publicar los testimonios de mujeres que habían denunciado acoso por parte de un reconocido cineasta (INFOBAE, 2021). Si bien la Corte Constitucional terminó rechazando una de las acciones en su contra por considerar que se trataba de un reportaje de interés

público, las periodistas debieron esperar la resolución de dos procesos civiles que continuaron pendientes por un total de 1.5 millones de dólares (MUNEVAR, 2023; SOCIEDAD INTERAMERICANA DE PRENSA, 2024).

En México, el periodista Rodolfo Ruíz fue objeto de veintidós demandas civiles por la suma de 2 millones de dólares, todas ellas iniciadas por funcionarios del gobierno local, a raíz de la publicación de ciertos artículos que denunciaban presuntos actos de corrupción. Sumado a las repentinas auditorias y denuncias penales, varios trabajadores de su medio se vieron obligados a renunciar (AROCHE AGUILAR, 2020; MARTÍNEZ, 2020; LADO, 2021).

En Brasil, el escritor João Paulo Cuenca enfrentó una campaña nacional en su contra, por publicar en Twitter un juego de palabras que llamaba la atención sobre el financiamiento del gobierno nacional a los medios de comunicación de origen cristianos y evangélicos. La reacción fue inmediata y coordinada: recibió 140 demandas civiles iniciadas por líderes religiosos en tribunales ubicados a lo ancho y largo del país. Si bien logró que desestimaran la gran mayoría de ellas, tuvo que afrontar una orden de eliminación de su cuenta en la red social y el alto costo de presentarse ante cada uno de los tribunales, a cientos de kilómetros de su hogar (LONDOÑO, 2020; LONGO, 2023).

No se trata de casos aislados, sino de una práctica creciente que se replica en numerosos países de la región, como también sucede en Argentina (FOPEA, 2022), Panamá,<sup>2</sup> Guatemala<sup>3</sup> y Perú (SWISS, 2023; NALVARTE, 2018). Es así que, según datos del Bussines & Human Rights Center, del total de demandas SLAPPs registradas desde 2015 a nivel global, el mayor número se concentra en Latinoamérica (38%) (BUSSINES & HUMAN RIGHTS CENTER, 2022: p. 7).

Si bien podría parecer novedoso, se trata de un fenómeno de larga data popularizado en Estados Unidos en la década de 1990, bajo el término SLAPP (PRING & CANAN, 1996). Las demandas SLAPP (strategic lawsuit against public

---

<sup>2</sup> CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Volumen II, 6 de marzo 2023, párrs. 1048-1051.

<sup>3</sup> CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Volumen II, 6 de marzo 2023, párrs. 231, 232. (Véase ABURTO, 2023)

participation o demanda estratégica contra la participación pública) son acciones judiciales que suelen utilizar funcionarios, políticos, empresarios y otros actores poderosos con el fin de castigar o amedrentar a quienes se manifiestan en torno a asuntos de interés público. Los procesos suelen ser largos y costosos; las víctimas poseen pocos o nulos recursos para defenderse; y para cuando los tribunales finalmente dictan sentencia, el efecto silenciador ya se produjo. Es así que la judicialización contra personas que ejercen la libertad de expresión tiene el potencial de afectar gravemente su vida personal y familiar, así como también de generar autocensura.

A pesar de los estándares desarrollados sobre la despenalización de las figuras de desacato y de los tipos penales de difamación, los mismos actores que antes utilizaban aquellas estrategias hoy encuentran terreno fértil en los ordenamientos internos para desplegar las demandas SLAPP. A raíz de ello, diferentes autoridades y organismos internacionales comenzaron a pronunciarse al respecto (CIDH et al, 2021) y existe un creciente llamado para el desarrollo de criterios y estándares que aborden este fenómeno.

Si bien la Unión Europea (en adelante, UE) ya cuenta con cierto recorrido que culminó con la publicación de la Directiva 2024/1069, la discusión sobre las demandas SLAPP es aún un asunto incipiente en la región latinoamericana, teniendo como punto de largada la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), que reconoció a las SLAPP como un uso abusivo de los mecanismos judiciales que amenaza la libertad de expresión y que debe ser regulado y controlado por los Estados.

En el presente artículo se buscará aportar a la conceptualización de las demandas SLAPP y su encuadre dentro de las obligaciones que surgen la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también sobre el contenido de tales obligaciones, a través del análisis de las medidas y reformas legislativas llevadas adelante en el marco de la UE y otras jurisdicciones.

## **II. ¿Qué son las demandas SLAPP?**

Son principalmente cinco los elementos los que caracterizan a las demandas SLAPP: 1) los sujetos que las interponen y a quienes son dirigidas,

2) los asuntos o discursos objeto de la demanda, 3) su falta de fundamento o improcedencia, 4) la real motivación del demandante y 5) el efecto o impacto de la demanda sobre quienes la sufren (BAYER et al., 2021: pp. 22-23).

### **II. a. Elemento subjetivo**

Quienes inician este tipo de demandas suelen ser líderes políticos, funcionarios públicos o actores privados, como empresarios o personas que ocupan cierto rol o posición que los expone a un grado mayor de escrutinio social. Del otro lado, quienes resultan objetivo de este tipo de acciones son periodistas, medios de comunicación, académicos, defensores de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil, producto de la labor que desempeñan en la transmisión de información y opiniones sobre asuntos de interés público (MEDIA FREEDOM RAPID RESPONSE, 2020). Asimismo, al menos en Europa, quienes resultan más afectados son los periodistas y medios de comunicación, llegando a concentrar el 50% de las demandas SLAPP (CASE, 2022).

De todos modos, el aspecto central de la dimensión subjetiva de estas demandas consiste en el claro desbalance de poder que existe entre la persona demandante y la demandada. Esta asimetría se evidencia, entre otras cosas, en la capacidad económica de quienes inician demandas SLAPP, que les permite afrontar procesos que son largos y costosos sin mayores inconvenientes e incluso afrontar sentencias adversas, mientras que para los demandados ello implica destinar recursos que no tienen. Esta dimensión de las demandas SLAPP también puede agravarse por factores como el género, tal como sucede en los casos que se utilizan mecanismos judiciales como represalia contra aquellas mujeres que denuncian a sus agresores.

### **II. b. Elemento material**

El objeto de las demandas SLAPP apunta hacia una amplia variedad de manifestaciones y opiniones y no se limita a atacar una forma o temática específica. El hilo que conecta los discursos que suelen ser blanco de este tipo

de demandas es su relación con asuntos de interés público. Tal carácter dependerá de las circunstancias concretas y del contexto, pero en general será de interés público aquella información que proporcione transparencia sobre los asuntos públicos o que resulte relevante para la sociedad en su conjunto, ya sea porque legítimamente despierta el interés de la ciudadanía o porque afecta su bienestar, la vida en comunidad o derechos o intereses generales.<sup>4</sup> Por ejemplo, suelen ser objeto de demandas SLAPP los asuntos relacionados con acciones gubernamentales, campañas electorales, investigaciones periodísticas y denuncias de corrupción, pero también el activismo en temas de derechos humanos, problemas ambientales, uso de la tierra y desarrollo urbanístico (BAYER ET AL., 2021: p. 24).

### **II. c. Falta de fundamento o improcedencia.**

Las presentaciones suelen carecer de fundamentos de derecho suficiente o perspectivas razonables de éxito. La efectividad de estas demandas no consiste en la mayor probabilidad de obtener una resolución favorable, sino que radica en el tiempo y recursos que la persona demandada debe destinar para realizar su defensa, así como en la amenaza de tener que afrontar cuantiosas indemnizaciones. Los primeros estudios realizados al respecto dan muestra de que entre el 70% y el 80% de las demandas SLAPPs terminaban siendo desestimadas (CANAN & PRING, 1988: p. 514; PRING, 1989: p. 12).

### **II. d. Motivación**

La verdadera finalidad es la utilización del sistema judicial para atacar, perseguir, amedrentar o castigar a aquellas personas cuyas expresiones se consideran contrarias o amenazantes. Subyacentemente, el interés del demandante suele ser castigar la oposición a determinada política o iniciativa, prevenir una futura resistencia, intimidar y enviar el mensaje de que las críticas

---

<sup>4</sup> Corte IDH, Ricardo Canese Vs. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C N° 111, párr. 98. Corte IDH, Lagos del Campo Vs. Perú, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C N° 340, párr. 110. TEDH, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, 8/11/2016, párrs. 161-163. TEDH, *Studio Monitori y otros c. Georgia*, 30/05/2020, párr. 39.

serán castigadas, o simplemente como herramienta para alcanzar objetivos políticos o económicos (CANAN, 1989: p. 30).

### **II.e. Impacto**

Los efectos de las demandas SLAPP pueden dividirse en individuales y colectivos. Para quien es demandado, atravesar este tipo de procesos judiciales significará: i) tiempo, en tanto deberá reunirse con abogados, recabar prueba, testificar, preparar apelaciones; ii) recursos financieros, ya que necesitará cubrir los gastos de la defensa, afrontar embargos y potenciales indemnizaciones; iii) interferencias en sus actividades, por cuanto pueden sufrir incautaciones, tener que suspender sus labores o incluso ser despedidos; iv) efectos psicológicos, debido al desgaste emocional que implica estar sujeto a procesos judiciales y ser señalados públicamente; y v) autocensura, pues en un futuro se cuidarán de manifestarse o intervenir sobre el mismo tema u otros asuntos controvertidos (UNESCO, 2022: p. 7).

Asimismo, este último aspecto también implica un grave efecto silenciador o *chilling effect* para la sociedad en su conjunto, ya que otros periodistas, activistas y defensores de derechos humanos deberán continuar sus labores bajo el riesgo probable de ser objeto de este tipo de demandas, afectando la libertad de expresión y el acceso a la información en su esfera colectiva.

Si bien los elementos anteriores ayudan a conceptualizar e identificar las demandas SLAPP, también es cierto que no siempre podrán ser claramente identificables en el caso concreto. En ocasiones, los demandantes pueden valerse de derechos legítimos a partir de los cuales no resulte sencillo discernir la real motivación persecutoria de la acción judicial. Por ello, es importante también valerse de otros elementos contextuales para identificar la naturaleza de este tipo de demandas, como lo son la interposición de numerosas acciones de manera simultánea o en un corto periodo de tiempo y el historial del demandante en relación con el uso de estas herramientas legales.

### III. ¿Por qué las demandas SLAPP son un asunto de derechos humanos?

El uso del sistema judicial con el objetivo de castigar a quienes manifiestan sus ideas u opiniones tiene un efecto restrictivo en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) protege el derecho individual a no ser arbitrariamente impedido de manifestar el pensamiento propio y el derecho colectivo a recibir cualquier tipo de información y conocer la expresión del pensamiento ajeno.<sup>5</sup> Por su importancia, su ejercicio no puede ser sometido a censura previa ni restricciones indirectas sino únicamente a responsabilidades ulteriores, las cuales deben estar previstas por ley, ser necesarias en una sociedad democrática y sujetarse a los motivos legítimos del artículo 13.2 de la CADH.<sup>6</sup> Asimismo, tales medidas deben ser estrictamente proporcionales al interés que las justifican y ajustarse al logro de su objetivo, interfiriendo en la menor medida posible con el efectivo goce del derecho.<sup>7</sup>

La Corte IDH ha desarrollado una extensa línea jurisprudencial en torno a la imposición de sanciones en el ejercicio de la libertad de expresión. Si bien la postura tradicional de la Corte IDH sobre las sanciones impuestas por difamación estuvo basada en la desproporcionalidad caso a caso de las medidas de naturaleza penal<sup>8</sup>, en el caso “Álvarez Ramos vs Venezuela” de 2019 los jueces directamente establecieron la incompatibilidad de la vía penal cuando se trate de una lesión al honor de funcionarios públicos frente a expresiones relacionadas al ejercicio de sus funciones.<sup>9</sup> Ello, debido al efecto directo e indirecto de

---

<sup>5</sup> Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 30.

<sup>6</sup> Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párr. 120.

<sup>7</sup> Corte IDH, Álvarez Ramos vs. Venezuela, (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de agosto de 2019, Serie C N° 380, párr. 10.

<sup>8</sup> Ídem apartado 14. Corte IDH, Ricardo Canese Vs. Paraguay, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C N° 111; Corte IDH, Palamara Iribarne vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 22 de septiembre de 2005, Serie C N° 135. Corte IDH, Tristán Donoso vs. Panamá, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C N° 193. Corte IDH, Usón Ramírez vs. Venezuela, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C N° 207.

<sup>9</sup> Corte IDH. Caso Álvarez Ramos Vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 30 de agosto de 2019, Serie C No. 380, párr. 121.

amedrentamiento que supone y que debilita el control público sobre los poderes del Estado en perjuicio del pluralismo democrático.<sup>10</sup>

Ahora bien, respecto de las sanciones civiles, en el caso “Tristán Donoso vs. Panamá”, el Tribunal consideró que la imposición de indemnizaciones elevadas tiene igual o mayor efecto intimidante e inhibitorio que las sanciones penales, ya que pueden comprometer la vida personal y familiar y favorecer la autocensura.<sup>11</sup> En la misma línea, también fue considerada amedrentadora la sanción civil por difamación aplicada en el caso “Moya Chacón vs Costa Rica”, ponderando que los periodistas no habían tenido la intención de infligir un daño, en aplicación de la doctrina de la real malicia, y que la información publicada procedía de una fuente oficial.<sup>12</sup>

En el caso “Palacio Urrutia vs Ecuador”, la Corte IDH por primera vez se refirió al fenómeno de las demandas SLAPP como una amenaza para la libertad de expresión, considerando el proceso judicial como parte de una estrategia utilizada por funcionarios públicos para silenciar las críticas respecto de sus actuaciones en la esfera pública.<sup>13</sup> La Corte IDH también estableció reparaciones al respecto. Por un lado, ordenó que los jueces realicen el debido control de convencionalidad para evitar estos procesos abusivos y que, en todo caso, se respete el principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones civiles.

Asimismo, ordenó adoptar medidas legislativas que impidan a los funcionarios públicos acudir a instancias judiciales para presentar demandas con el motivo de silenciar a sus críticos, en lo que el Juez Ferre Mc-Gregor consideró una oportunidad para que el Estado dicte normativa contra las demandas SLAPP.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Ídem apartado 17, párr. 122.

<sup>11</sup> Corte IDH, Tristán Donoso vs. Panamá, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C N° 193. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C N° 238, párr. 74.

<sup>12</sup> Corte IDH, Moya Chacón vs. Costa Rica, (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 23 de mayo de 2022, Serie C N° 451, párrs. 89, 90 y 92.

<sup>13</sup> Corte IDH, Palacio Urrutia y Otros vs Ecuador, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia 24 de noviembre de 2021, Serie C N° 446, párr. 95.

<sup>14</sup> Ídem apartado 21, en particular voto Concurrente de los jueces Ferre Mc-Gregor Poisot y Pérez Manrique, párr. 22

Posteriormente, en el caso “Baraona Bray” vs Chile”, la Corte aplicó el mismo criterio y determinó la violación de la libertad de expresión por considerar que la normativa chilena había permitido la utilización de los mecanismos judiciales, en la forma de una demanda estratégica contra la participación pública, para generar un efecto amedrentador sobre un defensor ambiental que había señalado la actuación irregular de un funcionario público.<sup>15</sup>

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso “OOO Memo v. Rusia” en un sentido similar, al afirmar que los órganos administrativos no pueden iniciar acciones judiciales contra periodistas en razón de un daño al honor, debido al inevitable efecto silenciador que tendría sobre los medios de comunicación y a la luz de la creciente preocupación de que ese tipo de procesos judiciales sea utilizado como estrategia para limitar la participación pública.<sup>16</sup>

Tal como sucedió en los casos anteriores, resulta más sencillo identificar los casos de demandas SLAPP como violaciones de derechos humanos cuando son iniciadas por funcionarios públicos, ya sea en calidad oficial o a título personal, en función del factor de atribución de responsabilidad internacional derivado de su calidad de agentes estatales.

Ello no implica que las demandas iniciadas por actores privados no puedan constituir una violación del derecho a la libertad de expresión, toda vez que este tipo de acciones judiciales son permitidas y facilitadas por el marco jurídico y las autoridades judiciales. Por lo tanto, se trata de una circunstancia que los Estados deben abordar en virtud de las obligaciones que surgen del artículo 2 de la CADH, en torno al control de convencionalidad y la adecuación del ordenamiento interno.

El control de convencionalidad implica el deber de los operadores de justicia, y de todas las autoridades en general, de ejercer un control de oficio de las normas internas y las regulaciones procesales para garantizar el efecto útil de la CADH. Asimismo, el deber general de adecuar el ordenamiento interno conlleva, por un lado, la supresión de aquellas normas y prácticas que resulten

---

<sup>15</sup> Corte IDH, Baraona Bray vs. Chile, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2022, Serie C 481, par. 127.

<sup>16</sup> TEDH, OOO Memo c Rusia, 15/03/2022, párrs. 44-46.

violatorias de los derechos humanos, por desconocer aquellos reconocidos en la CADH o que obstaculicen su ejercicio, y la expedición de normas y el desarrollo de prácticas para su efectiva garantía.<sup>17</sup> La responsabilidad internacional derivada del incumplimiento de este artículo no se genera únicamente frente a una norma contraria a la Convención, sino también en los casos en que su aplicación sea violatoria.<sup>18</sup> Tal como sucede con la mayoría de las legislaciones en materia de difamación, la normativa puede no resultar en sí misma contraria a la CADH, pero la manera en que son aplicadas puede terminar siendo incompatible con la libertad de expresión, al permitir su empleo para la persecución de las opiniones sobre asuntos de interés público.

Los anteriores estándares son, sin dudas, valiosas herramientas en poder de los jueces y juezas al momento de dictar sentencias que rechacen este tipo de demandas. Sin embargo, en los casos en que finalmente sucede, el rechazo suele llegar recién en instancias de apelación o del máximo tribunal, luego de varios años de litigio y sin evitar los altos costos económicos y personales (GLOBAL FREEDOM OF EXPRESSION, 2023: p. 25). Por ello, el deber de garantizar la libertad de expresión mediante la adecuación el derecho y las prácticas internas también precisa de la implementación de medidas capaces de evitar que el sistema judicial sea mal utilizado por actores tanto públicos y privados.

#### **IV. ¿Qué medidas son adecuadas para enfrentar las demandas SLAPP?**

Como fue mencionado anteriormente, los países anglosajones y los europeos llevan una ventaja considerable a los latinoamericanos en materia de medidas dirigidas a combatir de manera sistemática el uso de las demandas SLAPP. Del análisis de su experiencia pueden extraerse valiosas conclusiones que permiten ciertos aspectos necesarios para garantizar la libertad de expresión y cumplir con las obligaciones señaladas en el apartado anterior.

---

<sup>17</sup> Corte IDH, Maldonado Vargas y otros vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 2 de septiembre de 2015, Serie C N° 300, párr. 124. Corte IDH, Martínez Esquivia vs. Colombia, (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones), Sentencia de 6 de octubre de 2020, Serie C N° 412, párr. 118.

<sup>18</sup> Ídem apartado 25, párr. 124

Previo a la Directiva Anti-SLAPP de la UE, el panorama se caracterizaba por el dictado de diferentes reformas legislativas a nivel subnacional. En Estados Unidos, treinta y cuatro de sus estados cuentan con protecciones anti-SLAPP, cuya naturaleza y alcances varían significativamente. En general, coinciden en tres aspectos fundamentales: 1) definen el alcance de los discursos protegidos, usualmente por su pertenencia a la esfera política, económica o social, 2) prevén mecanismos para desestimar las demandas en una etapa temprana del proceso, y 3) incluyen provisiones que permiten balancear y recuperar los gastos (SADSTROM, 2023: pp. 171-172). Pese a ello, la falta de estandarización de las medidas anti-SLAPP y sus mecanismos procesales es considerado perjudicial para la efectividad y consistencia de las defensas que las personas afectadas pueden esgrimir.

En el Territorio de la Capital Australiana, la legislación protege aquellos discursos relacionados con la participación pública entendida en términos amplios, pero establece un umbral alto para la desestimación de las demandas SLAPP, ya que exige establecer que la acción presentada por el demandante posee un propósito impropio, extremo que suele ser difícil de probar (PROTECTION OF PUBLIC PARTICIPATION ACT., 2016). Por su parte, en Canadá, las legislaciones de Ontario y Columbia Británica permiten alegar que una demanda es infundada, ante lo cual los jueces deberán celebrar una audiencia preliminar y realizar una evaluación para determinar si el daño sufrido por el demandante es mayor al interés público de proteger la libertad de expresión (PROTECTION OF PUBLIC PARTICIPATION ACT, 2015;2019).

Estas legislaciones siguen la tradición jurídica del *common law* y, por lo tanto, no son fácilmente trasladables a la realidad de los países latinoamericanos, que se caracterizan por poseer sistemas jurídicos de base continental europea, heredados de la época colonial. Ahora bien, por ello mismo resulta valioso destacar la experiencia de la provincia canadiense de Quebec, de tradición mixta, cuyo código civil confiere a los jueces la atribución de desestimar de oficio aquellos casos en que la demanda resulte abusiva, sin requerir la presentación de recurso alguno por parte del demandado, cuando resulte manifiestamente infundada o sea excesiva, irrazonable, cause perjuicio

o intente frustrar los fines de la justicia, especialmente si busca restringir la libertad de expresión de otra persona en el debate público (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE QUEBEC, 2014, art. 51).

Más recientemente, en el marco regional europeo se produjeron dos avances sustanciales por parte de la UE y del Consejo de Europa (en adelante, CoE), mediante instrumentos que, si bien difieren en su naturaleza, probablemente servirán de guía en el futuro para el diseño de este tipo de legislaciones en otras partes del mundo.

En 2022, la Comisión Europea había presentado un paquete de medidas contras las demandas SLAPP, que incluyó un proyecto de Directiva, destinado a proteger a las personas de acciones judiciales de carácter civil con implicancias transfronterizas (Dir. 2024/1069 de 11 de abril de 2024); y una Recomendación, sobre cómo deberían actuar los Estados para atender esta problemática a nivel interno (Rec. 2022/758 de 27 de abril de 2022). Luego de un largo proceso que incluyó el acuerdo político entre el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, la Directiva 2024/1069 fue aprobada y finalmente publicada el 11 de abril de 2024. Como consecuencia directa, los Estados de la UE deberán trasponer el contenido de la Directiva a sus ordenamientos internos dentro del plazo de 2 años.

La Directiva establece una definición amplia del concepto de participación pública en asuntos de interés público, entendiéndola así cuando se relacionen con: a) la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, el clima o el disfrute de los derechos fundamentales; b) las actividades de personas o entidades de notoriedad o interés público; c) los asuntos sometidos a consideración pública o a examen por un órgano legislativo, ejecutivo o judicial, o cualquier otro procedimiento oficial público; d) acusaciones de corrupción, fraude o delincuencia; y e) la lucha contra la desinformación (Dir. 2024/1069 de 11 de abril de 2024, art. 4).

Como garantías procesales, la Directiva propone que las personas demandadas puedan solicitar i) la constitución de una caución por parte del demandante destinado a cubrir las costas procesales y eventuales daños y perjuicios; ii) la desestimación temprana de la demanda cuando sea

manifiestamente infundada, a través un procedimiento acelerado que incluya la suspensión del proceso principal y la carga de la prueba en cabeza del demandante; y iii) recursos como la condena en costas, la indemnización por daños y perjuicios y la imposición de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias a la parte que haya interpuesto la demanda.

Por su parte, la Recomendación de la UE propone que los Estados impulsen un conjunto de medidas complementarias como la formación y sensibilización de operadores jurídicos y de la sociedad civil, la instrumentación de mecanismos de asistencia para aquellas personas afectadas y la producción de información al respecto.

En paralelo, el CoE arribó, en abril de 2024, a su propio conjunto de recomendaciones para combatir las demandas SLAPP (Rec. Cm. 2024/2 del 5 de abril de 2024). Se trata de un documento que no es de carácter vinculante, pero que encomienda a los 46 Estados que conforman el CoE a implementar diferentes medidas y estrategias para contrarrestar este tipo de acciones judiciales.

De modo similar a la Directiva de la UE, la Recomendación del CoE también ancla su definición de SLAPP en los conceptos de materia de interés público y de participación pública, pero resulta más amplia su alcance, ya que abarca todo tipo de acciones legales, ya sea de materia civil, penal o administrativa. Asimismo, proporciona un conjunto de diez indicadores destinados identificar si la acción en concreto se trata de una demanda SLAPP, incorporando aspectos novedosos como el historial del demandante, el contexto de manifestaciones ofensivas o desacreditantes y la presentación coordinada de las acciones a lo largo del territorio. En función de ello, propone la revisión de los marcos legales y un conjunto de salvaguardas procesales (desestimación temprana, la garantía y restitución de las costas) y remedios (reconocimiento del estatus de víctima de SLAPP, sanciones disuasivas, límites a la demanda de daños y a las costas). Por otra parte, también propone implementar medidas de apoyo a las víctimas, favorecer la transparencia y realizar campañas educativas, así como también atiende la cuestión de las acciones judiciales destinadas a revelar la identidad de denunciadores anónimos o *whistleblowers*.

Si bien los anteriores instrumentos se basan en la realidad de los países europeos, tanto la Directiva de la UE como la Recomendación del CoE tienen un gran valor como legislación modelo, producto de una amplia participación de la sociedad civil, y sus principales elementos son potencialmente trasladables a los países latinoamericanos. En función de tales experiencias, es posible afirmar el estándar mínimo para combatir las demandas SLAPP es a partir de la implementación de reformas legislativas que, como principal mecanismo, posibiliten a los jueces desestimar estas acciones rápidamente y en etapas tempranas del proceso y morigerar su impacto económico.

## **V. Conclusión**

La propagación de las demandas SLAPP como estrategia para silenciar las voces críticas da cuenta de los tiempos en que vivimos. No se trata de un fenómeno aislado, sino que forma parte del creciente deterioro del espacio cívico y el debilitamiento de las garantías necesarias para expresar libremente las ideas y opiniones, sin temor a sufrir represalias. Quienes interponen este tipo de demandas encuentra en el sistema judicial un instrumento rentable y accesible para amordazar las voces críticas. Pero tal como fueron derogadas numerosas leyes de desacato y tipos penales de calumnias e injurias, hoy el desafío consiste en diseñar e implementar aquellos mecanismos legales que permitan discernir a tiempo entre las acciones que legítimamente procuran proteger el derecho al honor de una persona, de aquellas que solo buscan amedrentar a quienes se expresan sobre asuntos de interés público.

En función del artículo 2 y 13 de la CADH, los Estados tienen la obligación de adoptar medidas para prevenir que las demandas SLAPP vulneren el derecho a expresarse libremente. Entre ellas, deben proveerse garantías procesales que permitan desestimarlas en una etapa temprana del proceso, morigerar su impacto económico y asegurarse de que no se vea reducido el espacio de la ciudadanía para conocer, comunicar y debatir sobre todos los temas que sean de interés público.

Para el cumplimiento de dichas obligaciones, aún es imprescindible contar con mayor información respecto a la realidad de las demandas SLAPP en

nuestros países, como aquella que refiera a la cantidad de demandas iniciadas y desestimadas, las características de las personas involucradas, la duración de los procedimientos, los discursos o actividades especialmente afectadas y los montos exigidos, entre otros aspectos. También sería importante ampliar el foco hacia otras vías legales que también pueden ser utilizadas para restringir la circulación de discursos e informaciones de interés público.

Más allá de las particularidades de cada país, el punto de partida es claro: los Estados, como garantes de la libertad de expresión, deben modificar sus normas y prácticas para evitar que la justicia y el derecho sean corrompidos por aquellos cuyo único objetivo es silenciar el escrutinio público.

## VI. Bibliografía

ABURTO, W. M. (12 de mayo de 2023). Persecución contra la prensa: 'el Periódico' de Guatemala anuncia su cierre ante el acoso del Gobierno. Accesible en <https://elpais.com/internacional/2023-05-12/persecucion-contrala-prensa-elperiodico-de-guatemala-anuncia-su-cierre-ante-el-acoso-del-gobierno.html>

AGIUS, M. (16 de abril de 2024). Daphne's Law, anti-SLAPP directive, becomes EU law. Accesible en [https://www.maltatoday.com.mt/news/ewrope/j/128650/daphnes\\_law\\_antislapp\\_directive\\_becomes\\_eu\\_law](https://www.maltatoday.com.mt/news/ewrope/j/128650/daphnes_law_antislapp_directive_becomes_eu_law)

AROCHE AGUILAR, E. (27 de febrero de 2020). Medios son víctimas de acoso judicial por funcionarios públicos de Barbosa Lado B. Accesible en <https://www.ladobe.com.mx/2020/02/medios-son-victimas-de-acoso-judicial-por-funcionarios-publicos-de-barbosa-a19/>.

BAYER, J. et al. (2021), Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) in the European Union. A comparative study. Accesible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4092013>

BBC NEWS (16 de octubre de 2017). El misterioso asesinato en un carro bomba de Daphne Caruana Galizia. Accesible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-41644878>

BUSINESS & HUMAN RIGHTS (2022). SLAPPs in Latin America: Strategic Lawsuits against public participation in the context of business and human rights. Accesible en [https://media.business-humanrights.org/media/documents/2022\\_SLAPPs\\_in\\_LatAm\\_EN\\_v7.pdf](https://media.business-humanrights.org/media/documents/2022_SLAPPs_in_LatAm_EN_v7.pdf)

CANAN, P. (1989). The SLAPP from a sociological perspective, *Peace Environmental Law Review*, vol. 7, N° 1, pp. 10-32. Accesible en <https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol7/iss1/12>

CANAN, P. y PRING, G. W. (1988). Strategic Lawsuits against Public Participation, *Social Problems: Oxford University Press*, vol. 35, N° 5, pp. 506-519. Accesible en <https://www.jstor.org/stable/800612>

CIDH et al (2021), Declaración Conjunta sobre líderes políticos, personas que ejercen la función pública, y libertad de expresión. Accesible en <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1214&IID=2>

CIDH, Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Volumen II, 6 de marzo 2023. Accesible en <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/IA2022ESP.pdf>

COALITION AGAINST SLAPPs IN EUROPE, CASE (2022). Shutting Out Criticism: How SLAPPs Threaten European democracy. Accesible en <https://www.the-case.eu/wp-content/uploads/2023/04/CASEREportSLAPPsEurope.pdf>

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE QUEBEC. Fecha de promulgación: 21/02/2014. Accesible en <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/en/document/cs/C-25.01 ?&target=>

FOPEA (13 de julio de 2022). Acoso judicial contra periodistas en la Argentina. Accesible en <https://uprdoc.ohchr.org/uprweb/downloadfile.aspx?Filename=10665&file=Spanish Translation>

GLOBAL FREEDOM OF EXPRESSION (2023), How are courts responding to SLAPPs? Analysis of selected court decisions from across the globe. Accesible en

<https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wpcontent/uploads/2023/04/GFoE-Article19-SLAPPs-paper.pdf>

INFOBAE (12 de mayo de 2021). Director de cine Ciro Guerra demanda por un millón de dólares a periodistas de Volcánicas. Accesible en <https://www.infobae.com/america/colombia/2021/05/12/director-de-cine-ciro-guerra-demanda-por-un-millon-de-dolares-a-periodistas-de-volcanicas/>.

LADO B. (22 de noviembre de 2021). Piden a Barbosa que deje de hostigar a la prensa y agredir la libertad de expresión. Accesible en <https://www.ladobe.com.mx/2021/11/barbosa-detener-hostigamiento-prensa-agresion-libertad-de-expresion/>.

LONDOÑO, E. (24 de noviembre de 2020). Un tuit crítico lleva a un escritor a los tribunales de Brasil. Accesible en <https://www.nytimes.com/es/2020/11/24/espanol/america-latina/demanda-cuenca-bolsonaro.html>

LONGO I. (9 de marzo de 2023). João Paulo Cuenca vence 126º processo movido por pastores da Igreja Universal. Accesible en <https://revistaforum.com.br/brasil/2023/3/9/joo-paulo-cuenca-vence-126-processo-movido-por-pastores-da-igreja-universal-132546.html>

MARTÍNEZ B. (27 de febrero de 2020). Busca gobierno de Barbosa asfixiar a medios. Accesible en <https://www.elsoldepuebla.com.mx/local/busca-gobierno-de-barbosa-asfixiar-a-medios-periodista-puebla-4894932.html>.

MEDIA FREEDOM RAPID RESPONSE (2020). Protecting Public Watchdogs across the EU: A Proposal for an EU anti-SLAPP Law. Accesible en [https://dq4n3btxmr8c9.cloudfront.net/files/zkecf9/Anti\\_SLAPP\\_Model\\_Directive.pdf](https://dq4n3btxmr8c9.cloudfront.net/files/zkecf9/Anti_SLAPP_Model_Directive.pdf).

MUNEVAR, T. (18 de abril de 2023). Ciro Guerra pidió la nulidad de las acusaciones de acoso sexual en su contra. Accesible en <https://www.infobae.com/colombia/2023/04/18/ciro-guerra-pidio-la-nulidad-de-la>

s-acusaciones-de-acoso-sexual-en-su-contra-y-dio-nuevas-explicaciones-soy-  
humano-y-tengo-errores-como-cualquiera/

NALVARTE P. (17 de octubre de 2018). Obispo denuncia penalmente a periodista peruana por difamación agravada. Accesible en <https://latamjournalismreview.org/es/articles/obispo-denuncia-penalmente-a-periodista-peruana-por-difamacion-agravada/>

PRING, G. W. (1989). SLAPPs: Strategic Lawsuits against Public Participation. *Peace Environmental Law Review*, vol. 7, N° 1, pp. 3-21. Accesible en <https://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol7/iss1/11>

PRING, G.W & CANAN, P. (1996). *Slapps: Getting Sued For Speaking Out*. Filadelfia: Temple University Press.

PROTECTION OF PUBLIC PARTICIPATION ACT, Columbia Británica. Fecha de publicación: 25/03/2019. Accesible en <https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/19003>

PROTECTION OF PUBLIC PARTICIPATION ACT, Ontario. Fecha de Publicación: 03/11/2015. Accesible en <https://www.ontario.ca/laws/statute/s15023>.

PROTECTION OF PUBLIC PARTICIPATION ACT. Territorio de la Capital Australiana. Fecha de publicación: 24/08/2016. Accesible en <https://www.legislation.act.gov.au/a/2008-48/>

SADSTROM, J (2023). Time to SLAPP Back: Advocating Against the Adverse Civil Liberties Implications of Litigation that Undermines Public Participation, *LSU Journal for Social Justice & Policy*, vol 3, pp. 125-175. en <https://digitalcommons.law.lsu.edu/jsjp/vol3/iss1/10>

SOCIEDAD INTERAMERICANA DE PRENSA (20 de febrero de 2024). La SIP lamenta acoso judicial en Colombia contra periodistas de Volcánicas. Accesible en <https://www.sipiapa.org/notas/1216390-la-sip-lamenta-acoso-judicial-colombia-contra-periodistas-volcanicas>

SWISS INFO (18 de abril de 2023). Periodista peruana denuncia una 'persecución' con nueva investigación fiscal. Accesible en [https://www.swissinfo.ch/spa/per%C3%BA-prensa\\_periodista-peruana-denuncia-una--persecuci%C3%B3n--con-nueva-investigaci%C3%B3n-fiscal/48445166](https://www.swissinfo.ch/spa/per%C3%BA-prensa_periodista-peruana-denuncia-una--persecuci%C3%B3n--con-nueva-investigaci%C3%B3n-fiscal/48445166)

UNESCO (2022), El 'mal uso' del sistema judicial para atacar la libertad de expresión. Accesible en [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000383832\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000383832_spa)

UNIÓN EUROPEA. Directiva (UE) 2024/1069 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de abril de 2015, relativa a la protección de las personas que se implican en la participación pública frente a pretensiones manifiestamente infundadas o acciones judiciales abusivas («demandas estratégicas contra la participación pública»). Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2024/1069/oj?locale=es>

UNIÓN EUROPEA. Recomendación 2022/758 de la Comisión Europea del 27 de abril de 2022, respecto a la protección de periodistas y defensores de los derechos humanos que participan en la esfera pública frente a procedimientos judiciales manifiestamente infundados o abusivos (demandas estratégicas contra la participación pública). Accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022H0758>

UNIÓN EUROPEA. Recomendación CM/Rec. (2024) 2 del Comité de Ministros a los Estados miembro del 5 de abril de 2024, respecto al combate de uso de demandas estratégicas contra la participación pública (SLAPPS). Accesible en <https://rm.coe.int/0900001680af2805>.

## EL DOBLE ESTÁNDAR EN DERECHOS HUMANOS

Agustín Ulanovsky<sup>1</sup> y Camila Kestelboim<sup>2</sup>

Fecha de recepción: 10 de junio de 2024

Fecha de aceptación: 21 de julio de 2024

### Resumen

Este artículo se propone indagar en la materialización del doble estándar en la protección y promoción de los derechos humanos a nivel regional e internacional. Nuestro análisis se centrará en la definición jurídica, desarrollo histórico y aspectos legales del doble estándar en derechos humanos y en cómo estas prácticas socavan la credibilidad de los mecanismos regionales e internacionales competentes y afectan la percepción de justicia y equidad en la comunidad global.

En primer lugar, se examinarán los motivos y justificaciones detrás de este fenómeno para proporcionar una comprensión más profunda de sus implicancias y consecuencias en la defensa efectiva de los derechos humanos. Por otro lado, se examinará si el uso selectivo del doble estándar puede ser considerada una violación al principio de no discriminación si constituye un verdadero desafío a los principios universales de derechos humanos.

Finalmente, se evaluarán algunos debates habidos en relación al doble estándar en los sistemas interamericano, europeo y africano de protección que nos permitirán evaluar la correspondencia entre lo analizado teóricamente y su impacto concreto en la realidad, buscando hallar además las mejores prácticas para abordar este problema de manera efectiva y potenciar la interacción entre Estados, ciudadanos y organismos internacionales.

---

<sup>1</sup> Argentino, Abogado, Especialista y Maestrando en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Doctorando en Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Máster en Relaciones y Negociaciones Internacionales (FLACSO y Universidad de San Andrés). Docente de “Fuentes de Derecho Internacional” y “Principios de Derechos Humanos y Derecho Constitucional” (UBA). Director del DECyT “La política pública exterior de la Argentina en Derechos humanos” (UBA). Datos de contacto: [aulanovsky@derecho.uba.ar](mailto:aulanovsky@derecho.uba.ar) y +5491150569133. ORCID 0000-0003-0825-2643

<sup>2</sup> Argentina, Periodista, Estudiante de Derecho y adscripta de investigación (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Datos de contacto: [kestelboim344@est.derecho.uba.ar](mailto:kestelboim344@est.derecho.uba.ar) y +5491169837565.

*Palabras clave: Derechos humanos - Doble estándar - Universalidad - Sistema Interamericano - Sistema Africano - Sistema Europeo*

**Title:** THE DOUBLE STANDARD IN HUMAN RIGHTS

### **Abstract**

This article aims to investigate the materialization of the double standard in the protection and promotion of human rights at regional and international levels. Our analysis will focus on the legal definition, historical development, and legal aspects of the double standard in human rights and how these practices undermine the credibility of competent regional and international mechanisms and affect the perception of justice and fairness in the global community.

First, the motives and justifications behind this phenomenon will be examined to provide a deeper understanding of its implications and consequences in the effective defense of human rights. Additionally, it will be examined whether the selective use of the double standard can be considered a violation of the principle of non-discrimination if it constitutes a true challenge to the universal principles of human rights.

Finally, some debates related to the double standard in the Inter-American, European, and African protection systems will be evaluated, allowing us to assess the correspondence between the theoretical analysis and its concrete impact on reality, seeking to find the best practices to effectively address this issue and enhance the interaction between States, citizens, and international organizations

*Keywords: Human Rights - Double Standard - Universality - Inter-American System - African System - European System*

### **I. Introducción**

Los derechos humanos son un conjunto de normas jurídicas que imponen a cada Estado, a todos los Estados y a la comunidad internacional la obligación

de respetar, proteger y promover los derechos fundamentales de las personas, sin discriminación alguna. Los mismos están dotados de una sólida base jurídica y un amplio reconocimiento formal y protección legal en muchas Constituciones nacionales, en tratados internacionales y otros instrumentos legales.

El origen del Derecho Internacional de los Derechos humanos (DIDH) se puede situar en la consternación por los horrores del nazismo, la tragedia del Holocausto y la convicción de que muchas de estas violaciones se podrían haber evitado si la comunidad internacional hubiera conformado un sistema efectivo de protección de derechos humanos.

Por todo ello, considerando el fracaso de la Sociedad de las Naciones en garantizar la paz y la cooperación internacional, se le asignó a la ONU en la Carta de San Francisco (1945) el propósito de promover y lograr el respeto universal de la dignidad y libertad de todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación<sup>3</sup>. En este sentido, en los artículos 55 y 56 se estableció el compromiso de las Naciones Unidas y de cada Estado miembro de promover el respeto universal de los derechos humanos, sin ningún tipo de distinción y velando por su efectividad. Además, en el artículo 68 se estableció que el ECOSOC debía establecer “*comisiones de orden económico y social y para la promoción de los derechos humanos...*”<sup>4</sup>.

De esta forma, la Carta de las Naciones Unidas suele ser presentada como el inicio del fundamento legal y conceptual de la fase de internacionalización de los derechos humanos, por la cual éstos comenzaron a ser proclamados y defendidos por distintos organismos universales y regionales. Así, los derechos humanos dejaron de ser un asunto exclusivo de cada Estado para convertirse en “*una preocupación legítima de la comunidad*

---

<sup>3</sup> Se estableció en el Preámbulo “*la fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana*” y en el Art. 1.3 que uno de los propósitos de la ONU era “*realizar la cooperación internacional para el desarrollo y estímulo a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*”. Estas disposiciones se debieron básicamente al lobby de muchos países de América Latina y de las ONGs que formaban parte de la delegación estadounidense (HUMPHREY, 1984, p. 13).

<sup>4</sup> Precisamente, uno de los primeros actos del Consejo Económico y Social (ECOSOC) fue la creación de la Comisión de Derechos Humanos en 1946, órgano que tendría como labor fundamental en sus primeros años de vida la elaboración de la DUDH y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

*internacional*” (DECLARACIÓN DE VIENA, 1993: par. 4).

Estas disposiciones fueron luego profundizadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en donde se proclamó que todos los Estados miembros debían esforzarse, cooperar y adoptar medidas comunes para el respeto efectivo de los derechos y libertades enumeradas (PINTO, 2012: p.7). De este modo, ya no sería cada Estado quien reconociese y garantizase los derechos a las personas bajo su jurisdicción, sino que la comunidad internacional asumió el interés y deber de cooperar y adoptar medidas para tales fines (SALTALAMACCHIA & COVARRUBIAS VELASCO, 2011: p.9).

A pesar de que los Estados preservaron la competencia primigenia y directa en la protección de los derechos humanos, distintos tratados universales y regionales fueron ampliando simultáneamente las obligaciones estatales y avanzando en la implementación de mecanismos de control y rendición de cuentas dada la responsabilidad subsidiaria que la comunidad asumió. De esta manera, el DIDH se fue constituyendo como el conjunto de normas y principios que buscan limitar el poder estatal y garantizar que los gobiernos no abusen de su autoridad en detrimento de los derechos fundamentales de sus habitantes.

Sin embargo, el posterior desarrollo y aplicación de los derechos humanos se tornó en un escenario complejo durante la Guerra Fría dada la rivalidad entre los bloques comunistas del Este con los capitalistas del Oeste, que exacerbaban las diferencias y dificultaron los acuerdos, en tanto cada bando promovía su propio enfoque de derechos humanos que reflejaban sus sistemas políticos y económicos.

El bloque occidental, liderado por los Estados Unidos y sus aliados, promovía una visión de los derechos humanos centrada en las libertades individuales y los derechos civiles y políticos. En contraposición, el liderado por la Unión Soviética, enfatizaba los derechos económicos, sociales y culturales argumentando que sin ellos las libertades individuales eran inalcanzables para la mayoría de la población (MOYN, 2010: p. 189). Esta polarización llevó a una situación en la que cada bloque acusaba al otro de violaciones de derechos humanos mientras justificaban sus propias acciones controvertidas, lo que dio

lugar a los primeros doble estándares y sesgos en la promoción y protección de los derechos humanos.

Por otro lado, las diferencias culturales y de los sistemas legales de cada Estado también contribuyeron a la aplicación desigual de las normas de DIDH.

No se puede desconocer que los derechos humanos han sido interpretados a través del prisma de la historia, tradiciones culturales y religiosas de cada país, lo que ha generado variaciones en su implementación. Además, la estructura legal y política de cada Estado ha influido en cómo se han protegido y promovido estos derechos, resultando una diversidad de enfoques y prácticas que tensionan con el mentado ideal de universalidad.

En este punto, se ancla el profuso debate entre la universalidad de los derechos humanos y el relativismo cultural, que aborda el dilema de si todos los seres humanos debemos gozar de los mismos derechos y libertades fundamentales o si, por el contrario, la cantidad y nivel de disfrute de esos derechos y libertades deben condicionarse a la historia, la religión, la cultura, el grado de desarrollo y/o la ideología política reinante en cada país o región<sup>5</sup>.

La universalidad de los derechos humanos implica la promoción de un estándar común y único (POGGE, 2009: p. 75), lo que suele generar dos tipos de críticas: la de aquellos que describen al DIDH como un neocolonialismo ilustrado de Occidente<sup>6</sup> y los que alertan el quiebre de otras normas de Derecho

---

<sup>5</sup> Este tema fue un eje central de debate en la Conferencia Mundial sobre derechos humanos de Viena (1993); en la Declaración Final de aquella Conferencia se acordó una definición que no terminó de zanjar el debate: *“todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí (...). Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”* (DECLARACIÓN DE VIENA, 1993: párr. 5). Por todo ello, resulta habitual que muchos Estados se defiendan de acusaciones de violaciones de derechos humanos de terceros alegando que dichos parámetros normativos no corresponden a la concepción de los derechos fundamentales imperantes en su país.

<sup>6</sup> Para distintos autores, esto no deja de ser un nuevo ropaje bajo el cual las potencias occidentales siguen ejecutando “misiones civilizadoras”, ahora bajo otro manto altruista. A modo de ejemplo: *“Mientras que los países occidentales defendían la universalidad de los derechos humanos, los países islámicos y una parte importante del tercer mundo eran firmes partidarios del relativismo cultural, considerando la teoría de la universalidad como una nueva forma de colonialismo, esta vez en forma de derechos humanos”* (GÓMEZ ISA, 2004: p. 50) y *“Ciertas objeciones a la universalidad, pretendidamente basadas en la diversidad cultural, inducen a cierta descalificación conceptual de los derechos humanos, presentados como un mecanismo de penetración política o cultural de los valores occidentales”* (NIKKEN, 2012: p. 68).

Internacional, como los principios de no intervención o la autodeterminación de los pueblos.

El principio de no intervención, por ejemplo, fue un derivado del sistema westfaliano y de la igualdad soberana de los Estados que se postulaba desde el Derecho Internacional clásico. Mediante su implementación, se buscaba impedir que un Estado o grupo de Estados interviniera de forma directa o indirecta en los asuntos internos o externos de cualquier otro, sin importar el motivo. Este principio fue receptado luego tanto en la Carta de las Naciones Unidas<sup>7</sup>, como en distintas Resoluciones de la AGNU<sup>8</sup> y la CIJ, que también recurrió a este principio a la hora de resolver emblemáticos casos como el del Canal de Corfú (1946) o Nicaragua v. Estados Unidos (1986)<sup>9</sup>.

Por su lado, el principio de autodeterminación de los pueblos tomó relevancia a partir de los Catorce Puntos (1918) del presidente estadounidense Woodrow Wilson<sup>10</sup>. Años más tarde, se consagró normativamente en la Carta de las Naciones Unidas<sup>11</sup> y en los dos Pactos Internacionales de Derechos

---

<sup>7</sup> En los artículos 2.4 y 2.7 se estableció que los Estados tienen prohibido “*intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de otros*” y “*recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado*”. Ahora bien, esta noción no equivale a prohibir cualquier tipo de intervención, sino sólo aquellas que el DIP reserva exclusivamente a los Estados.

<sup>8</sup> En las Resoluciones 2131 (XX) de 1965 y la 2625 (XXV) de 1970 se sostuvo que el “*estricto cumplimiento por los Estados de la obligación de no intervenir en los asuntos internos de cualquier otro Estado es condición esencial para asegurar la convivencia pacífica entre las naciones, ya que la práctica de cualquier forma de intervención, además de violar el espíritu y la letra de la Carta de las Naciones Unidas, entraña la creación de situaciones atentatorias contra la paz y la seguridad internacionales*”. Esta violación se extiende al uso de la fuerza como a “*cualquier otra forma de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen*”.

<sup>9</sup> En ambos, el Tribunal planteó que el principio de no intervención importaba una norma de Derecho Internacional consuetudinario y revestía obligatoriedad al ser reconocida como erga omnes. De esta forma, dispuso que no es lícito apoyar directa o indirectamente a las fuerzas de oposición en otro Estado aun cuando su causa parezca particularmente digna de respaldo en razón de los principios morales y políticos en que se sustenta. Es decir, cada Estado debe resolver sus diferendos internos sin injerencias externas.

<sup>10</sup> Propuestas en un discurso dirigido al Congreso de los Estados Unidos que sirvieron de base para el fin de la Primera Guerra Mundial, la redacción del Tratado de Versalles (1919) y el posterior nacimiento de Estados como Yugoslavia y Checoslovaquia. En el punto 5 se enunció el “*Reajuste, absolutamente imparcial, de las reclamaciones coloniales, de tal manera que los intereses de los pueblos merezcan igual consideración que las aspiraciones de los gobiernos, cuyo fundamento habrá de ser determinado, es decir, el derecho a la autodeterminación de los pueblos*”. (Véase MACMILLAN, 2001: p. 153 y ss.)

<sup>11</sup> En el artículo 1.2 se estableció que uno de los propósitos de la ONU es “*Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal*”.

Humanos (1966)<sup>12</sup>, fomentados por el proceso de descolonización y la incorporación de numerosos Estados a la ONU que profundizaron el interés del Tercer Mundo de consolidar este principio<sup>13</sup>. Este derecho a la autodeterminación ha sido interpretado también por distintos organismos como el Comité de Derechos Humanos<sup>14</sup> o la CIJ<sup>15</sup>.

Así las cosas, la independencia de cada país y los principios de no intervención y el de autodeterminación de los pueblos han sido señalados por la AGNU como elementos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de promover los derechos humanos. De esta forma, permanece vigente el debate en torno a si los Estados pueden permanecer indiferentes ante las violaciones a los derechos humanos que suceden dentro de las fronteras de un tercero<sup>16</sup>. Esta falta de consensos globales, las interpretaciones divergentes en torno a los derechos humanos y los intereses alrededor de los conflictos geopolíticos de turno llevaron a un escenario que nos llevan a analizar si los Estados pueden condicionar sus deberes en derechos humanos a otros factores, como la

---

<sup>12</sup> Tanto el PIDCP como el PIDESC ratificaron la relación entre la autodeterminación y los derechos humanos, al establecer ambos en su artículo 1.1 que *“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”*.

<sup>13</sup> Se logró finalmente en las Resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV) de la AGNU, en las que se acordó que *“[T]odos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”*.

<sup>14</sup> Dicho organismo sostuvo en su Observación General N° 12 (1984) que *“este derecho reviste especial importancia, ya que su ejercicio es una condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos”*. Asimismo, indicó que *“impone obligaciones concretas a los Estados parte, no sólo en relación con sus propios pueblos sino con todos los pueblos que no han podido ejercer su derecho a la libre determinación o se han visto privados de la posibilidad de ejercer tal derecho”* (Comité de Derechos Humanos: Observación General N° 12, párr. 1 y 6).

<sup>15</sup> El Tribunal señaló en la Opinión Consultiva sobre Namibia (1971) que el derecho a la autodeterminación aplica a todos los pueblos bajo dominio colonial, que *“forma parte de la costumbre internacional”* al menos desde la década de 1960 y que es *“uno de los principios esenciales del Derecho Internacional contemporáneo”*.

<sup>16</sup> Este dilema fue expuesto en algunas Resoluciones de la AGNU como: *“Afirmando que la cooperación internacional para la promoción y protección de todos los derechos humanos debe seguir aumentando de plena conformidad con los propósitos y principios de la Carta y el derecho internacional, como se establece en los Artículos 1 y 2 de la Carta, y respetando plenamente, entre otras cosas, la soberanía, la integridad territorial, la independencia política, la no utilización de la fuerza o de la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la no injerencia en los asuntos que básicamente correspondan a la jurisdicción interna de un Estado”* (Resolución 74/150 AGNU del 18 de diciembre de 2019)

voluntad política o las relaciones de poder en el ámbito global.

## II. Definición de doble estándar en Derechos humanos

Todo Estado debe gestionar tres tipos de intereses en el plano internacional: los específicos, vinculados a la agenda y necesidades propias de cada gobierno; los comunes, derivados de las pautas de convivencia interestatales que se desprenden del Derecho Internacional clásico; y los colectivos, propios del orden público que sustenta la comunidad internacional, que exceden a los deseos particulares de cada Estado y los obligan por ser miembros de la comunidad.

Mientras algunas subtemáticas dentro del Derecho Internacional han logrado avances indudables en el reconocimiento, regulación y administración de intereses colectivos<sup>17</sup>, los promotores del DIDH han buscado convertir a la protección de los derechos humanos en uno. Su premisa es que éstos responden a los valores fundamentales que constituyen la comunidad internacional, por lo que se justifican ciertas normas imperativas (*ius cogens*) y obligaciones *erga omnes* exigibles a cada Estado, a todos los Estados y a la comunidad internacional en conjunto.

La obligatoriedad de los derechos humanos requiere, por lo tanto, medios que aseguren colectivamente su protección y la sanción a los incumplidores, ya que reconocer estos derechos sin mecanismos eficaces de protección supondría un reconocimiento vacío. Por ello, entre otras, se suele exigir a los Estados que incluyan la defensa de los derechos humanos en sus políticas exteriores.

En este contexto, el fenómeno del doble estándar en derechos humanos<sup>18</sup> viene a complejizar la cuestión. Este es el recurso al que distintos actores recurren para adaptar o matizar sus posicionamientos en la agenda de derechos humanos, cuando su defensa se contrapone a otros intereses (ya sean políticos, económicos o estratégicos).

---

<sup>17</sup> Ejemplos tradicionales son la regulación de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, la atmósfera, el ambiente, la Antártida o el espacio ultraterrestre (CASANOVAS & RODRIGO, 202: p. 349).

<sup>18</sup> Se la puede hallar también como “doble rasero” o “doble moral”.

Las prácticas de doble estándar reflejan entonces el actuar incoherente de un actor internacional que, por un lado, critica de forma rigurosa e incluso impone sanciones a otro actor que esté violando una norma de derechos humanos pero que, en otros casos similares o peores, adopta un trato más condescendiente o pasa por alto la crítica por la afinidad que tiene con el otro incumplidor. Así, el doble estándar puede concretamente materializarse a través de la aplicación selectiva de normas, la imposición incongruente de sanciones políticas y/o económicas, la admisión de excepciones, la inacción ante violaciones graves o interpretaciones contradictorias de hechos similares.

Todo esto conduce a una erosión de la credibilidad, coherencia y eficacia de los regímenes internacionales de derechos humanos; además, profundiza las desigualdades y socava la legitimidad de los esfuerzos internacionales para proteger los derechos humanos. A su vez, los dobles estándares no solo obstaculizan la cooperación internacional promovida en la Carta de las Naciones Unidas y por los distintos órganos regionales, sino que también pueden incentivar a los violadores de derechos humanos a continuar sus prácticas, creyendo que podrán eludir su responsabilidad y rendición de cuentas si cuentan con los aliados adecuados o si sus acciones se alinean con poderosos intereses. Por todo ello, la propia Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU)<sup>19</sup> y organizaciones prestigiosas como Amnistía Internacional y Human Rights Watch suelen señalar la “hipocresía” y “doble rasero” de Estados y de la comunidad internacional a la hora de condenar las violaciones en distintas partes del mundo, en atención a sus respectivos intereses particulares (AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2022: p.10)

¿Cuáles serían entonces las características que permitirían superar el doble estándar en derechos humanos? Consideramos atinadas lo dicho aquí por la AGNU: *“el diálogo sobre los derechos humanos debe ser constructivo y basarse en los principios de universalidad, indivisibilidad, objetividad, no selectividad, no politización, respeto mutuo e igualdad de trato, con el fin de*

---

<sup>19</sup> A modo de ejemplo: *“Reconociendo la importancia de garantizar la universalidad, objetividad y no selectividad en el examen de las cuestiones de derechos humanos y de eliminar la aplicación de un doble rasero y la politización”* (RESOLUCIÓN 43/21 AGNU DEL 17 DE JUNIO 2020)

*facilitar la comprensión recíproca y el fortalecimiento de la cooperación constructiva, por ejemplo mediante la creación de capacidad y la cooperación técnica entre los Estados” (RESOLUCIÓN 77/213 AGNU DE 15 DE DICIEMBRE DE 2022).*

En consecuencia, sería exigible que los actores internacionales construyan una posición coherente desde la cual evaluar todas las violaciones de derechos humanos con igual rigor y condenar públicamente situaciones similares de manera explícita. Para evitar cualquier doble estándar, toda acción internacional en defensa de los derechos humanos debería cumplir con los siguientes requisitos: (a) universalidad, (b) objetividad, (c) no selectividad, (b) imparcialidad, (d) no utilización con fines políticos, (e) basarse en el principio de cooperación y diálogo genuino y (f) tener como fin fortalecer la capacidad de los Estados Miembros para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos en beneficio de todas las personas<sup>20</sup>.

Por último, entendemos que los dobles estándares atentan contra el principio de no discriminación<sup>21</sup>; sabido es que, en el Derecho Internacional, los principios de libre consentimiento, la buena fe y la norma "pacta sunt servanda" son las bases del sistema (CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 1969, art. 26). Ahora bien, las obligaciones en derechos humanos se enfocan en la protección de los derechos individuales y en la dignidad de todos los seres humanos; por lo tanto, su cumplimiento se concreta por fuera de la reciprocidad que caracteriza al Derecho Internacional clásico y atendiendo el principio de no discriminación.

Esto nos lleva a sostener que un Estado discrimina cuando establece una distinción, exclusión, restricción o preferencia en la que una persona o grupo es

---

<sup>20</sup> Al respecto, se sugiere profundizar en la Declaración y el Programa de Acción de Viena que aprobó la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993) y en las Resoluciones de la AGNU 74/151 (2020), 75/180 (2021), 76/159 (2021), 77/213 (2022), 78/197 (2023), 78/200 (2023) y 78/216 (2023), entre otras.

<sup>21</sup> El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló que *“debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”* (Comité de Derechos Humanos: *Observación general N° 18*, párr. 7).

tratado de forma diferente en una situación similar. Esta discriminación no solo se manifiesta cuando los agentes estatales (ya sean del Poder Ejecutivo, Legislativo y/o Judicial) actúan en forma directa e inmediatamente, sino también cuando omiten proteger y garantizar un determinado derecho respecto de una persona o grupo (NASH ROJAS, 2010: p. 65). Por lo tanto, la aplicación de doble estándares en derechos humanos representa una violación al principio de igualdad y no discriminación que recae tanto sobre los Estados como sobre toda la comunidad internacional.

### III. Debates sobre doble estándar en los sistemas regionales

#### III. a. Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

El SIDH tiene como mandato la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas, basándose en los principios de universalidad, indivisibilidad y no discriminación. Este último principio es uno de los pilares fundantes del sistema, que establece la obligación de respetar y garantizar todos y cada uno de los derechos consagrados en la Convención, desde la perspectiva de la no discriminación.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) ya abordaba este principio en su artículo II<sup>22</sup>, el cual fue complementado en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)<sup>23</sup>. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que la obligación de no discriminación constituye una norma perentoria o *ius cogens*<sup>24</sup> y que es una

---

<sup>22</sup> “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

<sup>23</sup> “Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>24</sup> “El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no

norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado<sup>25</sup>.

Consecuentemente, la Corte IDH establece así un límite absoluto a la voluntad de los Estados de legitimar actuaciones contrarias a la igualdad e incluso los obliga a adoptar acciones positivas<sup>26</sup>, extensible también a la política exterior. Precisamente, el doble estándar implicaría que un Estado podría obviar el principio de igualdad y no discriminación, en tanto habría personas o grupos merecedores de protección mientras que otros no por la yuxtaposición contra otros intereses.

El Tribunal ha dicho también que el *“carácter especial de los tratados de derechos humanos y su implementación colectiva”* obliga a los Estados a asegurar su efectividad *“por cuanto la Convención Americana consagra un sistema que constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados Parte”*. Consecuentemente, según el Tribunal, *“el interés de los Estados signatarios es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado, y si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por el único órgano jurisdiccional sobre la materia se está quebrantando el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir con las sentencias de la Corte”*<sup>27</sup>.

Más adelante, en *Goiburú y otros c. Paraguay* (2006), la Corte justificó que en casos de infracciones a normas de jus cogens es válido considerar que

---

*discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens”* (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva Nro. 18 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 101).

<sup>25</sup> *“El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos ‘sin discriminación alguna’. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma”* (Corte IDH, Propuesta de modificación a la constitución política de costa rica relacionada con la naturalización, Opinión consultiva Nro.4 del 19 de enero de 1984, Serie A No.4, párr. 53).

<sup>26</sup> Según el Tribunal, los Estados no pueden *“introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias [y deben] eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”* (Corte IDH, Caso Yatama vs Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 185)

<sup>27</sup> Corte IDH, Caso Apitz Barbera c. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, párr. 47.

dichas conductas *“afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad”*. Así, las obligaciones internacionales que la Corte describió exigen a todos los Estados Parte el *“colaborar entre sí para erradicar la impunidad de las violaciones cometidas en este caso mediante el juzgamiento y sanción de sus responsables y a colaborar de buena fe entre sí, ya sea mediante la extradición o el juzgamiento en su territorio de esos responsables”*<sup>28</sup>.

En este sentido, consideramos que la aplicación de doble estándares contraria la buena fe y la búsqueda de efectividad que se demanda de los Estados americanos en la defensa y protección de los derechos humanos, viola el principio de igualdad y no discriminación en tanto supondría estrategias disímiles para casos similares y atenta contra la efectividad del sistema, por lo que sostenemos que su existencia constituye un ilícito pasible de generar responsabilidad internacional.

Las actitudes erráticas y politizadas que se derivan de un doble estándar no fortalecen la protección internacional de los derechos humanos ni son estrategias pro homine; en cambio, amplían la capacidad de los Estados para eludir la protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y/o la Corte Interamericana.

Por último, es dable destacar que han habido en los últimos años serias críticas dentro del SIDH por la percepción de un doble estándar en la aplicación y defensa de los principios universales de derechos humanos. Países críticos del sistema como Bolivia, Ecuador (bajo el mandato de Rafael Correa) o Venezuela han alegado desigualdades en la respuesta a las violaciones de derechos humanos y que algunos países son objeto de una vigilancia rigurosa y una condena pública rápida, mientras que otros logran evadir el escrutinio debido a consideraciones políticas o económicas.

---

<sup>28</sup> Corte IDH, Caso Goiburú y otros c. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 166.

Independientemente de los matices sobre estas críticas (muchas veces han sido la respuesta de dichos gobiernos al avance de algunas denuncias e investigaciones), es dable sostener también que, así como recae sobre los Estados la obligación de garantizar la efectividad del sistema y no concretar políticas discriminatorias, lo mismo ocurre con los organismos que integran el SIDH. En consecuencia, tanto la Comisión como la Corte Interamericana deben ser estrictos en su imparcialidad respecto a cómo abordan las violaciones de derechos humanos y actuar conforme a los principios de objetividad, no selectividad y no politización desarrollados precedentemente. La necesidad de una respuesta uniforme y equitativa frente a las violaciones de derechos humanos es crucial para mantener la legitimidad y autoridad moral de ambas en el ámbito regional.

### **III. b. Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH)**

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, diez Estados europeos<sup>29</sup> crearon el Consejo de Europa con el objetivo de evitar nuevos conflictos y construir una Europa unida sobre valores compartidos, entre los que se destacaban la democracia y los derechos humanos.

Posteriormente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, dio cuenta del compromiso en establecer un mecanismo institucional que asegurase el respeto efectivo de los valores democráticos, los derechos humanos y las libertades fundamentales (GÓMEZ ISA, 2004: p.396).

A pesar de que el SEDH ha alcanzado desde entonces importantes avances en la protección de los derechos fundamentales, también enfrenta críticas por la percepción de un doble estándar en la aplicación de los principios universales, su consistencia e imparcialidad.

Uno de los ejemplos más evidentes de doble estándar es el trato diferencial hacia los refugiados y solicitantes de asilo dependiendo de su país de

---

<sup>29</sup> El Reino Unido, Francia, Italia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Irlanda, Noruega, Suecia y Dinamarca participaron en su fundación; pocos meses después se incorporaron Grecia, Islandia, Turquía y Alemania. Desde entonces, se han ido sumando distintos Estados hasta alcanzar la suma de 47 miembros en 2007; tras la expulsión de la Federación Rusa por su invasión a Ucrania en 2022, el organismo se encuentra actualmente integrado por 46 Estados.

origen. Mientras que los refugiados provenientes de conflictos en el Medio Oriente y África enfrentan políticas restrictivas y, a menudo, condiciones inhumanas en los campos de refugiados, los solicitantes de asilo ucranianos han recibido un trato más favorable; esta discrepancia ha sido destacada por Amnistía Internacional (AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2022: p.57).

Al respecto, la crisis de los refugiados sirios marcó la disparidad en la respuesta de los Estados miembros y su falta de cohesión y solidaridad. Mientras algunos como Alemania<sup>30</sup> y Suecia mostraron una notable apertura y disposición para recibirlos, ofreciendo asilo y recursos para integrarlos en la sociedad, otros adoptaron políticas restrictivas que violaron principios como el de no devolución y no discriminación, además de retóricas que estigmatizaron a los refugiados, aumentando la xenofobia y la intolerancia<sup>31</sup>.

Sobre este tema, el Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados criticó la falta de un enfoque común y coordinado para abordar este tipo de crisis, señalando que las respuestas fragmentadas, la falta de solidaridad y el incumplimiento de los principios de distribución equitativa no solo ponen en riesgo la vida de los refugiados, sino que también socavan los valores fundamentales de la organización e imponen cargas desproporcionadas sobre algunos Estados miembros (THORFINNUR, 2015).

Por otro lado, conflictos internacionales actuales también han generado debates en torno a los dobles estándares en el SEDH. Las severas agresiones y graves violaciones de derechos humanos cometidas por el gobierno ruso contra Ucrania, incluyendo ataques contra civiles y la destrucción de infraestructura crítica, determinaron la decisión del Comité de Ministros de Europa de expulsar a la Federación de Rusia como miembro el 16 de marzo de 2022. Sin embargo, es relevante resaltar que ésta ha sido la primera expulsión en más de 70 años, lo que permite poner en tela de juicio la coherencia en el pasado ante situaciones que podrían haber sido consideradas de igual manera.

---

<sup>30</sup> Alemania, en particular, se destacó por su política de puertas abiertas en 2015, cuando acogió a más de un millón de refugiados, una medida que fue ampliamente elogiada pero que también generó desafíos políticos y sociales internos.

<sup>31</sup> Por entonces, Hungría cerró sus fronteras y erigió barreras físicas para impedir la entrada de refugiados, además de implementar políticas de detención y deportación (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016)

Al mismo tiempo que se impusieron estas y otras sanciones severas contra Rusia por sus repugnables acciones en Ucrania, los miembros de la SEDH han sido criticados por obviar sanciones de manera selectiva en función de intereses políticos y económicos. Por ejemplo, se han mostrado más indulgentes hacia otros países con registros similares de violaciones de derechos humanos como China o Arabia Saudita, debido a intereses económicos y estratégicos.

En definitiva, si bien el SEDH ha logrado avances significativos en la protección de los derechos fundamentales en la región, también enfrenta desafíos importantes en términos de consistencia, imparcialidad y aplicación efectiva de los principios universales de derechos humanos, que requieren una atención continua y un compromiso renovado por parte de los Estados miembros y las instituciones europeas.

### **III. c. Sistema Africano de Derechos Humanos (SADH)**

La Carta de Banjul (1981) proclama en su Preámbulo la importancia de los derechos humanos y la necesidad de su protección para el desarrollo de África, subrayando principios como la dignidad, la libertad, la justicia y el de no discriminación. Sin embargo, a pesar de los mecanismos establecidos para la implementación de los derechos humanos en la región, persiste una notable desigualdad debido a los intereses políticos y económicos de cada Estado miembro que, a menudo, prevalecen sobre sus obligaciones en derechos humanos.

Esta situación se ha manifestado en la protección selectiva de derechos y la omisión de graves violaciones. Además, la capacidad institucional de los organismos encargados de proteger los derechos humanos se ve frecuentemente condicionada por la falta de recursos, la corrupción y la interferencia política, lo que socava su capacidad para actuar de manera imparcial y efectiva.

La Masacre de Ruanda en 1994 representa un trágico ejemplo de estas deficiencias. La reacción internacional fue tardía e insuficiente, con países africanos que guardaron silencio o incluso respaldaron al gobierno hutu responsable de la masacre contra los tutsis. Organismos internacionales como

las Naciones Unidas también fueron criticados por no intervenir de manera efectiva. En el caso *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, se destacó esta falta de respuesta adecuada de los organismos regionales<sup>32</sup>.

Otro caso de graves violaciones de derechos humanos perpetradas por el régimen de Yahya Jammeh en Gambia entre 1994 y 2017 ilustra otro ejemplo de doble estándar y la impunidad que, a menudo, se impone. Durante sus 22 años en el poder, Jammeh y sus seguidores llevaron a cabo ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas, con el respaldo de otros países africanos como Guinea Ecuatorial y Guinea-Bissau. Este apoyo, en lugar de abogar por la rendición de cuentas, contribuyó a la impunidad de Jammeh y perpetuó el sufrimiento del pueblo gambiano, socavando los principios fundamentales de justicia y respeto de los derechos humanos.

Tras la caída del régimen y el exilio de Jammeh en Guinea Ecuatorial, se presentó una oportunidad para buscar justicia y reconciliación en Gambia. En 2021, la Comisión de la Verdad, Reconciliación y Reparación de Gambia emitió un informe por el que se responsabilizaba a Jammeh de graves violaciones de derechos humanos, un hallazgo crucial para la verdad y la justicia en el país. Sin embargo, hasta el momento, Jammeh no ha sido extraditado para enfrentar los cargos en su contra, lo que impide que tales atrocidades sean procesadas y castigadas adecuadamente.

Estos ejemplos subrayan cómo el doble estándar y los distintos intereses que puede tener cada gobierno africano han interferido en la efectiva aplicación de los derechos humanos y en fortalecer la justicia regional. Esta falta de coherencia y la primacía de las agendas particulares sobre la protección efectiva de los derechos fundamentales socavan así la legitimidad y eficacia del SADH.

#### **IV. Conclusión**

Las prácticas de doble estándar representan un desafío significativo para la garantía efectiva de la protección universal de los derechos humanos. Aunque este concepto no está codificado legalmente, el rechazo a acciones u omisiones

---

<sup>32</sup> Tribunal Penal Internacional para Ruanda, sala de Apelaciones, 02/09/98, "*Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*", ICTR-96-4-A.

que favorecen intereses nacionales o geopolíticos específicos sobre el respeto a los derechos humanos surge de la necesidad de imparcialidad y del principio de no discriminación.

La politización de los derechos humanos socava la credibilidad de los Estados y de los organismos encargados de su protección, creando un entorno donde las violaciones pueden ser tratadas de manera desigual dependiendo de los actores involucrados y sus relaciones políticas y económicas. Por lo tanto, es crucial que todos los actores involucrados mantengan su compromiso con la imparcialidad y la universalidad de los derechos humanos, asegurando que cualquier violación sea tratada con la misma seriedad y rigor, independientemente de los intereses políticos subyacentes. Solo así se podrá avanzar hacia una verdadera protección universal, libre de dobles estándares y manipulaciones políticas.

La erradicación del doble estándar en la aplicación de los derechos humanos exige un esfuerzo colectivo de los Estados, sus ciudadanos y los organismos internacionales, además de una vigilancia constante por parte de la comunidad internacional. Solo a través de un compromiso genuino con los principios de igualdad y no discriminación se puede asegurar que los derechos humanos cumplan su propósito de proteger a todas las personas sin distinción.

Para ello, es imperativo fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas y promover una cultura de transparencia y justicia que trascienda los intereses políticos y económicos. Al fomentar una mayor cooperación y solidaridad global, se puede avanzar hacia un sistema de derechos humanos verdaderamente equitativo y justo, reflejando los valores universales en su núcleo. Solo entonces podremos aspirar a un mundo donde la dignidad y los derechos de cada persona sean plenamente respetados y protegidos, sin excepciones ni compromisos.

## V. Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2022). Informe 2022/2023: La situación de los derechos humanos en el mundo. Accesible en [www.amnesty.org/es/documents/pol10/5670/2023/es](http://www.amnesty.org/es/documents/pol10/5670/2023/es).

CASANOVAS, O. & RODRIGO, A. (2021). Compendio de Derecho Internacional Público (10° ed.). Madrid: Editorial Tecnos.

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Fecha de aprobación: 23 de mayo de 1969. Accesible en: [https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf)

Declaración y Programa de Acción de Viena. Fecha de aprobación: 25 de junio de 1993. Accesible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA\\_booklet\\_Spanish.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf)

GÓMEZ ISA, F. (Dir.) (2004). La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI. Bilbao: Universidad de Deusto.

Human Rights Watch (13 de julio de 2016). Migrants Abused at the Border. Accesible en [www.hrw.org/news/2016/07/13/hungary-migrants-abused-border](http://www.hrw.org/news/2016/07/13/hungary-migrants-abused-border).

HUMPHREY, J.P. (1984). Human Rights & United Nations: A Great Adventure. Cambridge: Cambridge University Press.

MACMILLAN, M. (2001). París 1919: Seis meses que cambiaron el mundo. Barcelona: Editorial Tusquets.

MOYN, S. (2010). The Last Utopia: Human Rights in History. Boston: Harvard University Press.

MUTUA, M. (2002). Human Rights: A Political and Cultural Critique. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.

NASH ROJAS, C. (2010). La protección internacional de los derechos humanos: reglas comunes. Quebec: Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos: COLAM - Organización Interamericana Universitaria. Accesible en: <https://doi.org/10.34720/4w45-rs40>

NIKKEN, P. (2012). El sedicente “fortalecimiento” del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus dobles estándares frente a las obligaciones internacionales de los Estados americanos”. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos Vol. 56, p. 73-137.

ONU. Resolución 43/21 del Consejo de derechos Humanos del 17 de junio de 2020, respecto a la Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Accesible en: [file:///C:/Users/guill/Downloads/A\\_HRC\\_43\\_L.31\\_Rev.1-ES%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/guill/Downloads/A_HRC_43_L.31_Rev.1-ES%20(3).pdf)

ONU. Resolución 77/213 de la Asamblea General del 15 de diciembre de 2022, respecto a la Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Accesible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n22/762/31/pdf/n2276231.pdf?token=8z6Wo0x2fzK8LCCofD&fe=true>

ONU. Resolución 74/150 de la Asamblea General del 18 de diciembre de 2019, respecto a la Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Accesible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n19/427/44/pdf/n1942744.pdf?token=jvIScYI0RR44Ob2Om9&fe=true>

PINTO, M. (2012). El Ius Cogens en la jurisprudencia internacional. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

POGGE, T. (2009). Hacer Justicia a la Humanidad. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

SALTALAMACCHIA ZICCARDI, N. & COVARRUBIAS VELASCO, A. (coords.) (2011). Los derechos humanos en la política exterior: seis casos latinoamericanos. México D.F.: Miguel Ángel Porrúa.

**Jurisprudencia/**

**Derechos Fundamentales**

***Igualdad de trato en el empleo y la ocupación— Prohibición de discriminación por razón de la edad — Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea Toma en consideración de los deseos y de los intereses de la persona con discapacidad***

*La Directiva 2000/78/CE, en particular su artículo 2, apartado 5, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la contratación de una persona que preste asistencia personal se supedita a un requisito de edad, con arreglo a una normativa nacional que prevé la toma en consideración de los deseos individuales de las personas que, debido a su discapacidad, tienen derecho a prestaciones de servicios de asistencia personal, si tal medida es necesaria para la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos. (Sentencia de 7 de diciembre de 2023, J. M. P. y AP Assistenzprofis GmbH, C-518/22, ECLI:EU:C:2023:95699).*

La cuestión prejudicial fue planteada por el Tribunal Supremo en lo Laboral de Alemania a fin de que el Tribunal de Justicia de la UE se expida sobre la compatibilidad de los artículos artículos 2, apartado 5, 4, apartado 1, 6, apartado 1, y/o 7 de la Directiva 2000/78 con que la contratación de una persona que presta asistencia personal esté supeditada a un requisito de edad, con arreglo a una normativa nacional que prevé la toma en consideración de los

---

<sup>1</sup> No sujeto a referato.

<sup>2</sup> Profesora de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho UBA.

deseos individuales de las personas que, debido a su discapacidad, tienen derecho a prestaciones de servicios de asistencia personal.

La normativa europea, Directiva 2000/78, objeto de interpretación, fue sancionada con la finalidad de crear un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, a fin de que los Estados miembros respeten el principio de igualdad de trato. El artículo 2 se encarga de definir el principio de igualdad diciendo que se trata de toda ausencia de casos de discriminación directa o indirecta por los motivos antes enumerados.

Sin embargo, y en lo que se refiere a este caso, la Directiva establece que puede existir una diferencia de trato en razón de la edad siempre y cuando éstas estén justificadas y sean razonadas, es decir tengan una finalidad legítima y los medios sean adecuados y necesarios. En el mismo sentido, el artículo séptimo, habilita que los Estados tomen medidas de acción positiva para garantizar la plena igualdad en la vida profesional y para las personas con discapacidad el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de adoptar medidas tendientes a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para aquellas cuya finalidad sea crear o mantener facilidades que tengan por fin proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral.

En el caso, la demandante es JMP, quien se presenta en la oficina de empleo, AP Assistenzprofis, y fue rechazada. Esta empresa se encarga de prestar servicios de asistencia y asesoramiento a personas con discapacidad para la gestión autónoma e independiente de su vida cotidiana, lo hace en función de una norma alemana, el artículo 78 del SGB, que dispone: “Se concederán prestaciones de asistencia para permitir una gestión autónoma e independiente de la vida cotidiana, incluida la estructuración de la jornada. Estas incluyen, en particular, las prestaciones correspondientes a las tareas generales de la vida diaria, como la gestión del hogar, la organización de las relaciones sociales, la planificación de la vida personal, la participación en la vida comunitaria y cultural, la organización de las actividades de ocio, incluidas las actividades deportivas, y la garantía de la eficacia de las prestaciones médicas

o prescritas por un médico. Dichas prestaciones implican intercambios con las personas que intervienen en estos ámbitos.”

El motivo del rechazo fue la edad de JMP. El pedido de empleo lo solicitaba A., quien se encontraba estudiando y buscaba asistente para su vida diaria, de sexo femenino y de entre dieciocho y treinta años. JMP no cumplía con la segunda exigencia y con el fin de obtener una indemnización de daños y perjuicios inició un reclamo judicial ante el Tribunal Laboral de Colonia. Entendía que en el caso había existido discriminación por la edad y que tal diferencia no estaba justificada. Para la empresa demandada si se encuentra justificada la exigencia de la edad ya que el trabajo consiste en la asistencia y acompañamiento permanente en la vida social de A., estudiante universitario, es decir que considera que la exigencia de la edad está justificada, es proporcionada y razonada. En los términos de la normativa alemana, se trataría de un requisito profesional esencial y determinante.

El caso llega al Tribunal Supremo en lo Laboral de Alemania, quien plantea la cuestión prejudicial. Este Tribunal afirma que hubo discriminación directa hacia la demandada en función de la Directiva 2000/78 pero duda respecto de si la exigencia de la edad de quien preste el servicio de asistencia constituye una característica y un requisito profesional esencial y determinante, aunque la exigencia se fundamente en el deseo expresado de la persona con discapacidad que requiere la ayuda y la norma alemana habilite la toma en consideración de los deseos individuales de las personas que, debido a su discapacidad, tienen derecho a prestaciones de servicios de asistencia personal.

El Tribunal de Justicia entiende que la Directiva europea debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la contratación de una persona que preste asistencia personal se supedite a un requisito de edad, con arreglo a una normativa nacional que prevé la toma en consideración de los deseos individuales de las personas que, debido a su discapacidad, tienen derecho a prestaciones de servicios de asistencia personal, siempre y cuando la medida sea necesaria para la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Para así decidir, el Tribunal entiende que la Directiva establece y permite que haya excepciones al principio de no discriminación pero que éstas deben ser interpretadas de forma rigurosa. En tal sentido, el Tribunal analiza dos cuestiones: 1) si la diferencia de trato que habilita la legislación nacional es consecuente con la Directiva, en particular su artículo segundo que se refiere a las excepciones al principio de no discriminación; y 2) si la medida tiene como finalidad la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

En primer lugar, considera no hay contradicción con la Directiva de la Unión ya que la medida, diferencia de trato, establecida en función de la normativa alemana, tiene como finalidad favorecer la participación en la sociedad de la persona con discapacidad y satisfacer los deseos legítimos de los beneficiarios de dichas prestaciones. Asimismo, dice el Tribunal que incluso la normativa obliga a los prestadores de asistencia personal a respetar los deseos individuales de quienes reciben asistencia, lo que incluye la edad de quien los asista.

En segundo lugar, en lo que se refiere a si la medida persigue el objetivo de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos, la respuesta del Tribunal también es afirmativa. Entiende que la normativa alemana, en función de la cual se toma la medida de la diferenciación en virtud de la edad, tiene por meta la protección de la autodeterminación de las personas con discapacidad, garantizando el derecho a la expresión de los deseos y a la libre elección de dichas personas a la hora de tomar decisiones relativas a las prestaciones de servicios de asistencia personal y durante la prestación de tales servicios, es decir que pretende garantizar el derecho de las personas con discapacidad a organizar sus condiciones de vida de la manera más autónoma e independiente posible y tal derecho incluye el de poder elegir los criterios para la elección de las personas que los asistirán. La posibilidad de elegir las personas que los asistirán concreta el derecho a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad, que forma parte de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, de conformidad con el artículo 26 de la Carta.

En virtud de estos argumentos, y teniendo en cuenta el Tribunal que la medida se encuentra motivada y justificada en los deseos de la persona con discapacidad que busca asistencia de ser acompañada en todos los ámbitos de su vida social diaria como estudiante, de modo que tal asistencia afecta a su esfera privada e íntima a la vista de las tareas generales relativas no solo a la organización de su vida diaria, incluida la planificación de necesidades estrictamente personales, sino también a la gestión de su vida social y cultural, resuelve que no hay incompatibilidad en la medida tomada y la normativa de la Unión.

***Cooperación judicial en materia penal — Orden de detención europea — Motivos para la no ejecución — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Respeto de la vida privada y familiar — Consideración del interés superior del niño — Madre con hijos de corta edad a su cargo***

*El artículo 1, apartados 2 y 3, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la autoridad judicial de ejecución deniegue la entrega de la persona que es objeto de una orden de detención europea sobre la base de que esa persona es una madre con hijos de corta edad a su cargo, a excepción que dicha autoridad disponga de elementos que demuestren la existencia de un riesgo real de vulneración del derecho fundamental al respeto de la vida privada y familiar de esa persona y del interés superior de sus hijos. (Sentencia de 21 de diciembre de 2023, GN y Procuratore generale presso la Corte d'appello di Bologna, C-261/22, ECLI:EU:C:2023:1017).*

GN fue condenada en rebeldía en Bélgica a la pena de 5 años de prisión por cometer delitos de trata de seres humanos y favorecimiento de la inmigración ilegal y en junio de 2020 las autoridades judiciales belgas emitieron una orden de detención europea. Un año más tarde, en septiembre de 2021, fue detenida

en Bolonia, Italia. En ese momento se encontraba embarazada y junto a su hijo menor de edad.

El Tribunal de Apelación de Bolonia denegó la entrega y ordenó su inmediata libertad considerando que no había certezas de que el Estado belga contemplase un régimen penitenciario similar al de Italia que tutela el derecho de la madre a no ser privada de su relación con sus hijos y a cuidar de ellos, y que les asegura la necesaria asistencia materna y familiar. Para así decidir, la Corte de Apelaciones de Bolonia había solicitado tal información al Tribunal que emitió la orden y éste se había negado a responder porque, según éste, esa información era competencia del Servicio Público Federal para la Justicia belga.

El caso llega al órgano jurisdiccional remitente, Tribunal Supremo de Casación de Italia, y éste considera que, de llevarse a cabo la entrega, Italia viola los derechos fundamentales enunciados en la CDFUE y en el CEDH ya que el ordenamiento jurídico del Estado miembro emisor no establece medidas de protección del derecho de los menores a no ser privados de su madre comparables a aquellas establecidas por el Derecho italiano. Es así que, suspende el procedimiento y plantea una cuestión prejudicial solicitando al TJUE que diga si corresponde interpretar la Decisión Marco 2002/584 como que no permite a la autoridad judicial de ejecución denegar o, en su caso, diferir la entrega de una madre con hijos menores de edad a su cargo.

La llave para resolver el caso se encuentra en el principio de confianza y reconocimiento mutuo entre los Estados miembros para el mantenimiento de un espacio común sin fronteras. Estos principios consisten, dice el Tribunal, en considerar, salvo circunstancias excepcionales, que todos los Estados respetan el Derecho de la Unión y los derechos fundamentales. Es decir que los Estados se encuentran obligados a presumir que los demás respetan los derechos fundamentales y no pueden exigir un nivel de protección de los derechos fundamentales superior al garantizado por el DUE ni verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión.

El principio de reconocimiento mutuo es la piedra angular de la cooperación judicial en materia penal y, por lo tanto, de la Decisión Marco

2002/584. Esta Decisión establece la obligación de los Estados cumplir con toda orden de ejecución y las excepciones deben ser interpretadas de forma estricta.

El hecho de que la persona objeto de la orden sea madre de dos menores de edad no está contemplado como unas de las excepciones de la norma, sin embargo, el artículo primero establece que no puede tener por efecto el de modificar la obligación de los Estados de respetar los derechos fundamentales garantizados por la Carta, como el derecho a la vida privada y familia, que incluye que los menores estén junto a sus progenitores, y el interés superior del niño.

El Tribunal afirma que, en virtud del principio de confianza y reconocimiento mutuo, corresponde a los Estados partes garantizar la protección y tutela de los derechos fundamentales pero que la autoridad judicial puede abstenerse, con carácter excepcional, de cumplir con la orden de detención, ante la existencia de un riesgo real de que la persona objeto de una orden de detención o sus hijos sufran, en caso de ser entregada esa persona a la autoridad judicial emisora, una vulneración de esos derechos fundamentales.

Respecto de la apreciación del riesgo, su apreciación debe ser efectuada por la autoridad judicial de ejecución. Ante la falta de certeza por parte del órgano judicial de la existencia, en el otro Estado miembro, de condiciones comparables a las que existen en el Estado miembro de ejecución no tiene permitido considerar que el riesgo esté acreditado. En cambio, cuando el órgano judicial cuente con datos o información suficiente que acrediten la existencia de riesgo, corresponde a la autoridad comprobar, de modo concreto y preciso, si existen razones serias y fundadas para creer que las personas de que se trata correrán riesgo a causa de tales condiciones. Ese riesgo, dice el Tribunal, debe ponderarse en dos etapas o fases: la primera, consiste en determinar si existen elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados que permitan demostrar la existencia de un riesgo real de vulneración, en el Estado miembro emisor, de esos derechos fundamentales, como por ejemplo: decisiones internacionales, informes elaborados por el Consejo de Europa u organismos de Naciones Unidas; la segunda, consiste en comprobar, de modo concreto y preciso, en qué medida las deficiencias detectadas pueden incidir en las condiciones de reclusión de la persona objeto de una orden de detención

europea. La autoridad judicial que debe decidir sobre la detención europea, en caso de no contar con los elementos suficientes, puede requerir la información al órgano judicial del Estado miembro donde se llevará a cabo la detención. Para comprobar la existencia de riesgo, se puede requerir la información de cualquiera de las dos fases, pero que solo se puede requerir de la segunda cuando se verifique o tenga elementos suficientes de la primera. En todo momento, es de vital importancia la existencia de un diálogo entre los dos órganos judiciales ya que el órgano judicial a quien se le requiere la información no puede negarla, so pena de vulnerar el principio de confianza y reconocimiento mutuo.

En conclusión, solo cuando el órgano jurisdiccional cuente con elementos suficientes a la vista de todos los elementos de que dispone, incluida la eventual falta de garantías proporcionadas por la autoridad judicial emisora, que existen, por una parte, deficiencias en el Estado miembro emisor y, por otra parte, razones serias y fundadas para creer que, la persona de que se trate o sus hijos correrán un riesgo real de que se vulneren los derechos fundamentales, la autoridad judicial de ejecución debe abstenerse, de dar curso a la orden de detención europea de la que es objeto esa persona. En caso contrario, deberá ejecutarla de conformidad.

**Ciudadanía de la Unión – Libre circulación de personas**

***Medidas que limitan la libre circulación de los ciudadanos de la Unión por razones de salud pública — Normativa nacional que establece la prohibición de salir del territorio nacional para realizar viajes no esenciales a Estados miembros clasificados como zona de alto riesgo en el contexto de la pandemia de COVID-19 y la obligación para todos los viajeros que entren en el territorio nacional desde alguno de esos Estados miembros de someterse a pruebas de detección y cumplir una cuarentena — Código de fronteras Schengen.***

*El Tribunal de Justicia entiende que la Directiva 38/2004 no se opone a que los Estados miembros, por razones de salud pública relacionadas con la pandemia de COVID-19, establezca una prohibición a los ciudadanos de la unión*

*y miembros de su familia de realizar viajes no esenciales desde ese Estado miembro a otros Estados miembros clasificados por él como zonas de alto riesgo en consideración a medidas sanitarias de limitación o a la situación epidemiológica existente en esos otros Estados miembros, siempre y cuando esa normativa nacional respete todos los requisitos y garantías que prescribe dicha Directiva, los derechos y los principios fundamentales consagrados en la CDFUE, en particular el principio de prohibición de las discriminaciones, y el principio de proporcionalidad. Asimismo, entiende que el Código de Fronteras Schengen debe ser interpretado en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que prohíbe el cruce de las fronteras interiores de ese Estado miembro para realizar viajes no esenciales hacia o desde Estados del espacio Schengen clasificados como zona de alto riesgo, a condición de que esas medidas de control formen parte del ejercicio de competencias de policía, que no debe tener un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas. (Sentencia de 5 de diciembre de 2023, C- 128/22, Nordic Info BV y Belgische Staat, C-128/22, ECLI:EU:C:2023:951).*

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 38/2004 relativa a al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, así como del Reglamento 2016/399 por el que se establece un código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen).

En particular, el Tribunal de Justicia debe indicar si una norma nacional de carácter general que obliga a los ciudadanos belgas y a los miembros de sus familias, así como a los ciudadanos de la Unión que residen en territorio belga y a los miembros de sus familias, la prohibición de salir de Bélgica para realizar viajes no esenciales a países de la Unión y del espacio Schengen que estén coloreados en rojo según un código de colores elaborado a partir de datos epidemiológicos (como también la obligación de realizar cuarentena o pruebas) es contraria, por un lado, a la Directiva 2004/38, en particular sus artículos 27 y 29, que se refieren a las posibilidades de limitar el derecho fundamental de libre

circulación y residencia por motivos de salud pública y, por otro, al Código de Fronteras Schengen, cuyos artículos 1, 3 y 22 establecen la eliminación de controles fronterizos internos aclarando que tal eliminación no afecta el ejercicio de las competencias de poder de policía de las autoridades competentes del Estado, siempre que esas competencias no tengan el efecto equivalente a las inspecciones fronterizas.

El caso en instancia nacional es iniciado ante el Tribunal de Primera Instancia Neerlandófono de Bruselas (órgano jurisdiccional remitente) por Nordin Info, una empresa que se dedica a organizar viajes desde y hacia Escandinavia, que para cumplir con la normativa belga que prohibía los viajes no esenciales que tuvieran como punto de llegada o de salida Bélgica y los países de la Unión y del espacio Schengen y el Reino Unido, tuvo que cancelar todos los viajes programados desde Bélgica con destino a Suecia durante la temporada estival, considera que Bélgica había cometido errores al confeccionar la lista de países que se encuentran en “zona roja”, según su situación epidemiológica y, que por tanto, incumplió la Directiva 2004/38 y el Código de Fronteras Schengen.

Al momento de interpretar la incompatibilidad de la norma nacional con la Directiva 2004/38, el Tribunal entiende que no hay contradicción siempre y cuando, los Estados, respeten las exigencias de la Directiva para establecer una restricción o limitación a este derecho fundamental y se respeten los derechos de la CDFUE.

Para así decidir, el TJUE analiza diversas cuestiones en relación a la Directiva y la norma nacional, Orden Ministerial, por las que se establecen las medidas urgentes para limitar la propagación del coronavirus COVID-19.

En primer lugar, el Tribunal asevera que el derecho de libre circulación y residencia puede ser limitado, como lo indican sus artículos 27 y 29, por motivos de salud pública con motivo de una enfermedad endémica, como ocurre en el caso, que se sanciona una norma general para evitar la propagación de una enfermedad endémica, como lo fue el COVID-19. Define “limitaciones” diciendo que se trata de todas aquellas medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad.

Asimismo, y aunque la Directiva no se refiera al derecho de salida, los derechos fundamentales afectados por la normativa general sancionada por el Reino de Bélgica incluyen tanto el derecho de entrada como también el de salida, caso contrario, perdería todo sentido y no cumpliría con los fines establecidos las limitaciones establecidas en los 27 y 29 de la Directiva que fueron pensados para permitir que los Estados miembros limiten, dentro de los límites y en las condiciones que se determinan en la norma europea, la libre circulación para prevenir, contener o frenar la propagación o el riesgo de propagación de una epidemia.

En cuanto a la norma nacional, ésta no encuentra oposición con la Directiva, pudiendo los Estados elaborar normas de alcance general. Aunque se prevé que las limitaciones a la libre circulación deben basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, en el caso de las limitaciones por cuestiones de salud, en función de las circunstancias y especialmente de la situación sanitaria, las limitaciones a dicha libertad justificadas por razones de salud pública pueden adoptar la forma de acto de alcance general referido indistintamente a cualquier persona incluida en una situación contemplada en él.

Asimismo, la norma general nacional, para ser válida, debe cumplir con los requisitos y garantías exigidos por la Directiva para las normas nacionales que tengan por fin limitar el derechos de libre circulación, es decir que se deben respetar tres requisitos: 1) respetar el principio de seguridad jurídica, que exige que las normas jurídicas sean claras y precisas y que su aplicación sea previsible para los justiciables, para que los interesados puedan conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone la normativa de que se trate y que estos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia; 2) respetar el principio general del Derecho de la Unión relativo a una buena administración, que determina, entre otras cosas, la obligación de motivar los actos y decisiones de las autoridades nacionales; y 3) debe observar el derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye, entre otros, el derecho a acceder a un tribunal competente para asegurar el respeto de los derechos garantizados por el Derecho de la Unión.

La posibilidad de interponer recursos judiciales o administrativos contra decisión nacional que impone la limitación tiene como objetivo que los ciudadanos de la Unión puedan revisar la proporcionalidad de la norma. El test de proporcionalidad que deben realizar las autoridades nacionales consiste en comprobar que las medidas, en primer lugar, sean adecuadas para lograr ese objetivo de interés general perseguido, en este caso la protección de la salud pública; en segundo lugar, se limitan a lo estrictamente necesario, en el sentido de que ese objetivo no podría alcanzarse razonablemente de manera igualmente eficaz por otros medios menos atentatorios contra los derechos y las libertades garantizados a las personas afectadas, y, en tercer lugar, no son desproporcionadas en relación con ese objetivo, lo que implica, en particular, una ponderación de la importancia de este último y la gravedad de la injerencia en esos derechos y libertades.

Por otro lado, en relación a la compatibilidad de la norma nacional con el Código de Fronteras Schengen, éstas no se oponen siempre y cuando los controles que ejerzan los Estados, en aplicación de esas medidas, formen parte del ejercicio de competencias de policía, que no deben tener un efecto equivalente al de las inspecciones fronterizas y, en caso de que dichas medidas constituyan controles en las fronteras interiores, dicho Estado debe cumplir los requisitos para el restablecimiento temporal de tales controles, entendiéndose que la amenaza provocada por tal pandemia se corresponde con una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior.

En definitiva, el TJUE debe considerar si los controles que se realizaron en virtud de la norma nacional pueden ser considerados controles fronterizos equivalentes a los prohibidos por el Código de Frontera Schengen en su artículo 23.

La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia, en la que los Estados parte no podrán realizar controles de personas en las fronteras interiores. El Código de Fronteras Schengen en sus artículos 22, 23 y 24 establece igual prohibición y agrega que la ausencia de control en las fronteras interiores no afectará al ejercicio de las competencias de policía de las autoridades competentes de los Estados miembros en virtud de su Derecho

interno, en la medida en que el ejercicio de tales competencias no tenga un efecto equivalente a las inspecciones fronterizas. Por su parte, el artículo 25 establece una excepción a dicho principio y admite que se realicen controles fronterizos en todo o en parte del territorio de un Estado parte por, tiempo limitado, y por razones de orden público o seguridad interior.

Será competencia del órgano jurisdiccional nacional, en el marco del proceso, determinar si la normativa nacional y los controles realizados cumplen con los preceptos de Schengen, y, si bien la norma en análisis no menciona los casos de salud pública para establecer una excepción y realizar controles fronterizos, el tribunal interpreta que, en el presente caso, la situación fáctica que dio origen al caso en instancia nacional, la pandemia COVID-19, puede calificarse de amenaza grave para el orden público o la seguridad interior y encontrarse dentro de las excepciones del artículo 25 del Código de Schengen.

***Ciudadanía de la Unión — Derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros — Condición de domicilio en el Estado miembro emisor del documento — Negativa de las autoridades de dicho Estado miembro a expedir un documento de identidad a uno de sus nacionales domiciliado en otro Estado miembro — Igualdad de trato***

*Las normas de la Unión relativas a la ciudadanía y al derecho de libre circulación y residencia, en particular el artículo 21 TFUE, el artículo 45, apartado 1, CDFUE, y la Directiva 2004/38 se oponen a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual se deniega a un ciudadano de la Unión Europea, nacional de ese Estado miembro que ha ejercido su derecho de libre circulación y residencia en otro Estado miembro, la expedición de un documento de identidad con valor de documento de viaje dentro de la Unión Europea por el único motivo de que dicho nacional ha fijado su domicilio en el territorio de ese otro Estado miembro. (Sentencia de 22 de febrero de 2024, WA. y Direcția pentru Evidența Persoanelor și Administrarea Bazelor de Date din Ministerul Afacerilor Interne, C-491/21, ECLI:EU:C:2024:143.)*

WA, es un abogado de nacionalidad rumana, que tiene su residencia desde el año 2014 en Francia y ejerce su profesión en ambos países. Las autoridades rumanas le expidieron un pasaporte simple electrónico en el que está indicado su domicilio en Francia, cuenta, también, teniendo en cuenta que su vida se desarrolla entre dos Estados, con un documento de identidad provisional emitido por Rumania, pero este no es un documento que le permita viajar al extranjero. Por tal motivo, en 2017 presentó ante la Dirección del Registro de Rumania una solicitud para que le expidan un documento de identidad o del documento de identidad electrónico, que si es considerado documento de viaje, solicitud que le fue denegada debido a que no había fijado su domicilio en Rumanía.

Contra esta denegación interpuso un recurso contencioso-administrativo ante Tribunal Superior de Bucarest, Rumanía, solicitando que se instara a la Dirección del Registro a expedirle el documento deseado. El Tribunal desestimó el recurso por infundado basándose en que la negativa de la Dirección del Registro está fundada en el Derecho nacional rumano, que establece que únicamente se expedirán documentos de identidad a los ciudadanos rumanos domiciliados en Rumanía. Consideró que el Derecho rumano no es contrario al Derecho de la Unión por cuanto la Directiva 2004/38 no impone a los Estados miembros la obligación de expedir documentos de identidad a sus propios nacionales.

Considerando que la resolución infringía el Derecho Europeo, WA interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, Rumanía, órgano jurisdiccional que decide suspender el caso de instancia nacional y plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. Alberga sus dudas el Tribunal remitente en cuanto a la conformidad con el Derecho de la Unión de la negativa a expedir un documento de identidad al recurrente en el procedimiento principal. En definitiva, plantea si una normativa nacional que no permite que a un ciudadano de un Estado miembro se le expida un documento de identidad con valor de documento de viaje dentro de la Unión Europea justificando dicha decisión en que un ciudadano ha fijado su domicilio en otro Estado miembro es contraria al Derecho

de la Unión que se refiere al estatuto de ciudadanía y el derecho de libre circulación y residencia.

La norma nacional rumana en cuestión no habilita la expedición de documentos de viaje a los ciudadanos rumanos que tengan residencia en otro Estado, estos nacionales están obligados a restituir el documento de identidad que tiene valor de documento de viaje y que acredita la existencia de un domicilio en Rumanía cuando se les expide un pasaporte en el que se indica el Estado miembro de su domicilio. De esta manera, la norma establece una clara diferencia a la hora de emitir documentos de viaje, entre los ciudadanos rumanos que residen en Rumania y los que residen en otro Estado, diferencia que es contraria a las normas de la Unión referidas al estatuto de ciudadanía y al derecho de libre circulación y residencia, es decir, artículo 21 TUE, artículo 45 CDFUE y la Directiva 2004/38.

La Directiva regula el derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos, derecho fundamental de la Unión. Su finalidad es facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Su artículo 4 obliga a los Estados miembros a expedir, o a renovar, a sus nacionales, de acuerdo con su normativa, un documento de identidad o un pasaporte en el que conste la nacionalidad de esto y deja a los Estados miembros la posibilidad de elegir, al cumplir su obligación de expedir un documento de viaje a sus propios nacionales, el tipo de documento de viaje, a saber, un documento de identidad o un pasaporte.

Si bien es competencia propia de los Estados miembros la expedición de documentos de identidad, estos deben respetar el Derecho de la Unión. Por lo tanto, si bien la Directiva no obliga a expedir documentos de identidad o de viaje a los Estados miembros, estos no pueden brindar un trato menos favorable a aquellos ciudadanos a aquellos de sus nacionales que han ejercido su derecho de libre circulación y residencia dentro de la Unión y restringiendo ese derecho, sin una justificación basada en consideraciones objetivas de interés general.

En conclusión, la norma rumana constituye una restricción al derecho de libre circulación y residencia, garantizado en el artículo 21 TFUE y 45 CDFUE. Porque es posible considerar que una norma como la analizada, que niega el

derecho a los rumanos a obtener un documento de identidad con valor de documento de viaje por el único motivo de que ha fijado su domicilio en otro Estado miembro, puede disuadir a los nacionales rumanos que se encuentran en una situación como la de dicho recurrente de ejercer su derecho a la libre circulación y a la libre residencia dentro de la Unión.

***Ciudadanía de la Unión — Nacional del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte que reside en un Estado miembro — Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia — Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica — Consecuencias de la retirada de un Estado miembro de la Unión.***

*El Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe ser entendido en el sentido que desde la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea, los nacionales de ese Estado que hubieran ejercido su derecho a residir en un Estado miembro antes del final del período transitorio ya no disfrutaban del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en su Estado miembro de residencia. (Sentencia de 18 de abril de 2024, EP y Préfet du Gers, Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), C-716/22, ECLI:EU:C:2024:339).*

El Tribunal de Primera Instancia de Francia plantea una cuestión prejudicial para que el TJUE se expida sobre la validez de la Decisión 2020/135 y si es contraria al artículo 6 del TUE y a la CDFUE al no conferir el Acuerdo de Retirada a los nacionales del Reino Unido que hubieran ejercido su derecho a residir en un Estado miembro antes del final del período transitorio el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en su Estado miembro de residencia.

El caso lo inicia EP, nacional de Reino Unido pero que vive en Francia desde el año 1984. Luego de la entrada en vigencia del Acuerdo de Retirada de Reino Unido de la Unión, fue removida del censo electoral, no pudiendo ejercer su derecho al voto en las elecciones municipales celebradas en el año 2020. Ese mismo año, presentó una solicitud para que la reingresen en el censo electoral, solicitud que fue rechazada.

Contra esa resolución EP planteó un caso ante el Tribunal de Primera Instancia de Auch, Francia, el que presentó una cuestión prejudicial, que fue respondida mediante el asunto C-673/20, EU:C:2022:449. En virtud de dicha sentencia, EP solicitó que se planteara de nuevo al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial para que se pronunciara sobre la validez del Acuerdo de Retirada en el marco específico de las elecciones al Parlamento Europeo, ya que sobre este punto el TJUE no se ha expedido, habiéndose manifestado solo sobre el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales del Estado miembro de residencia.

En su anterior sentencia el Tribunal de Luxemburgo ya había dicho que desde la retirada del Reino Unido de la Unión, el 1 de febrero de 2020, los nacionales de ese Estado que hayan ejercido su derecho a residir en un Estado miembro antes del final del período transitorio ya no disfrutaban del estatuto de ciudadano de la Unión, por lo tanto ya no gozan de los derechos de los ciudadanos de la UE, en particular del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales de su Estado miembro de residencia.

Los derechos que emanan del Estatuto de ciudadanía de la Unión, estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, reconoce a sus ciudadanos, ente otros derechos, los derechos políticos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales de su Estado miembro de residencia y de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia, derechos que ninguna disposición reconoce a los nacionales de Estados terceros.

El Tribunal resuelve este asunto repitiendo los argumentos utilizados en su anterior sentencia.

En primer lugar y, en virtud del artículo 50 TUE, los Tratados de la Unión dejaron de ser aplicables al Reino Unido en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo de Retirada, lo que tiene como consecuencia que los nacionales del Reino Unido perdieron, desde esa fecha, el estatuto de ciudadano de la Unión, es decir que ya no disfrutaban de los derechos que se les reconoce a éstos.

Es decir que, los ciudadanos del Reino Unido perdieron el carácter de ciudadanos de la UE, y por consiguiente, perdieron el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en su Estado miembro de residencia. Se trata de una consecuencia automática de la mera decisión adoptada soberanamente por el Reino Unido de retirarse de la Unión y convertirse así en un Estado tercero respecto de ella. Por lo tanto, ni las autoridades competentes de los Estados miembros ni los órganos jurisdiccionales de estos están obligados a llevar a cabo un examen individual de las consecuencias de la pérdida del estatuto de ciudadano de la Unión para la persona afectada a la luz del principio de proporcionalidad.

Asimismo, en segundo lugar, el Acuerdo de Retirada no recoge ninguna disposición que confiera, a los nacionales del Reino Unido que hubieran ejercido su derecho a residir en un Estado miembro con arreglo al Derecho de la Unión antes del final del período transitorio, un derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en su Estado miembro de residencia. Los Estados miembros ya no están obligados, a partir del 1 de febrero de 2020, a asimilar los nacionales del Reino Unido a los nacionales de un Estado miembro a efectos de la aplicación de los artículos 20 TFUE, apartado 2, letra b), y 22 TFUE, así como de los artículos 39 y 40 de la Carta, ni, por tanto, a conceder a los nacionales del Reino Unido que residan en su territorio el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales que dichas disposiciones reconocen solo a las personas que, como nacionales de un Estado miembro, tengan el estatuto de ciudadano de la Unión.

En tercer y último lugar, no se trataría de un caso de discriminación en razón de la nacionalidad. Si bien el Acuerdo de Retirada contempla casos de discriminación en razón de la nacionalidad en el Estado de acogida o en el Estado en el que se tiene un empleo, no incluye ni menciona discriminación en

razón del ejercicio de los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo de dichos nacionales.

En virtud de estos argumentos, el Tribunal resuelve que los nacionales de un Estado que hubieran ejercido su derecho a residir en un Estado miembro que decidió retirarse de la Unión ya no disfrutaban del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en su Estado miembro de residencia.

Por otro lado, la cuestión sobre la validez de la decisión 2020/135, decisión del Consejo que aprueba el Acuerdo de Retirada, el TJUE no encuentra elementos para determinar su invalidez. Se debe a que, como ya se dijo, luego de la entrada en vigencia del Acuerdo de Retirada, los ciudadanos de Reino Unido que residan en un Estado miembro ya no pueden invocar los derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión en el Derecho Europeo, esto incluye el derecho político de sufragio activo y pasivo a los Parlamentarios Europeos.

En virtud del análisis de proporcionalidad realizado, no se sobrepasaron los límites de la facultad de apreciación en el desarrollo de las relaciones exteriores al no haber exigido que, en dicho Acuerdo, se previera un derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia en favor de los nacionales del Reino Unido que hubieran ejercido su derecho a residir en un Estado miembro antes del final del período transitorio. Las instituciones de la Unión gozan de una gran flexibilidad en la toma de decisiones políticas y en el ejercicio de sus prerrogativas en este ámbito, dichas instituciones pueden celebrar acuerdos internacionales basados, en particular, en el principio de reciprocidad y mutuas ventajas y, por tanto, no están obligadas a conceder unilateralmente a los nacionales de países terceros derechos como el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro de residencia, reservado, por lo demás, exclusivamente a los ciudadanos de la Unión.

**Protección internacional**

***Procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional — Directiva 2013/32/UE — Requisitos para denegar tal solicitud por considerarla inadmisibles — Concepto de “nuevas circunstancias o datos” — Sentencia del Tribunal de Justicia relativa a una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión — Competencia del órgano jurisdiccional nacional para pronunciarse sobre el fondo de tal solicitud en caso de ilegalidad de la resolución mediante la que se haya denegado dicha solicitud por inadmisibles***

Los artículos 33 y 40 de la Directiva 2013/32, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, deben interpretarse en el sentido de que cualquier sentencia del TJUE, incluida una sentencia que se limite a interpretar una disposición del Derecho de la UE que ya estaba en vigor en el momento en que se adoptó una resolución sobre la solicitud anterior, constituye una circunstancia nueva, a efectos de dichas disposiciones, independientemente de la fecha en que se dictara, si aumenta significativamente la probabilidad de que el solicitante tenga derecho a ser beneficiario de protección internacional. Y su artículo 46 debe ser interpretados en el sentido de que permite que los Estados miembros faculten a sus órganos jurisdiccionales para que, cuando estos anulen una resolución mediante la que se haya denegado una solicitud posterior por inadmisibles, puedan pronunciarse ellos mismos sobre dicha solicitud, sin tener que devolver el examen de ésta a la autoridad decisoria, siempre que los órganos jurisdiccionales respeten las garantías establecidas en la citada Directiva. **(Sentencia de 8 de febrero de 2024, A. A. y Bundesrepublik Deutschland, C-216/22, ECLI:EU:C:2024:122)**

El presente asunto tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2013/32 sobre normas mínimas para los procedimientos para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Corresponde al TJUE interpretar el sentido de tres de sus artículos sobre el tratamiento de una solicitud posterior, la que define diciendo que se trata una nueva solicitud de protección internacional formulada después de que se

haya adoptado una resolución definitiva sobre una solicitud anterior: 1) el artículo 33 apartado 2 d) que dice que los Estados podrán considerar inadmisibles una solicitud de protección internacional solo si se trata de una solicitud posterior, cuando no hayan surgido ni hayan sido aportados por el solicitante nuevas circunstancias o datos relativos al examen de la cuestión de si el solicitante cumple los requisitos para ser beneficiario de protección internacional; 2) el artículo 40 apartado 2 y 3, sobre solicitudes posteriores y 3) el artículo 46 sobre el acceso a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional.

Se trata de un caso en que un ciudadano sirio quien en el año 2017 presentó una solicitud de asilo en Alemania, informó que había abandonado su país por miedo a ser llamado nuevamente a las filas militares o ser encarcelado al negarse a hacerlo, tras haber realizado el servicio militar durante los años 2003 y 2005. La Oficina Federal le concedió la protección subsidiaria, pero le denegó el estatuto de refugiado, considerando que no cabía suponer que el Estado sirio fuera a interpretar la emigración del demandante en el litigio principal como una manifestación de oposición al régimen y no hay razón alguna para pensar que, en su país, será considerado un desertor o un opositor al régimen. La decisión quedó firme.

En 2021 presentó una nueva solicitud de asilo, una solicitud posterior, ésta nueva solicitud se fundamentó en una sentencia que, según sus dichos, constituía una modificación de la situación de Derecho, y que la Oficina Federal estaba obligada a examinar el fondo de su nueva solicitud ya que la sentencia constituía una prueba más favorable a su situación de asilado. La Oficina Federal denegó por inadmisibles la nueva solicitud.

La decisión es apelada y llega al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Sigmaringa, Alemania, órgano jurisdiccional remitente. Este Tribunal entiende que, en principio, solo puede quedar comprendida en ese concepto, modificación de la situación de derecho, la modificación de las normas aplicables, y no una resolución judicial, como una resolución del Tribunal de Justicia, ya que, una resolución judicial se limita a interpretar y aplicar las normas pertinentes que estaban en vigor en el momento en que se adoptó la resolución

sobre la solicitud anterior, pero sin modificarlas y alberga dudas respecto de tal interpretación y el Derecho de la Unión.

En este sentido, el Tribunal debe determinar en qué condiciones una sentencia de un Tribunal puede constituir una «nueva circunstancia» o un «nuevo dato», a efectos de los artículos 33, apartado 2, letra d), y 40, apartados 2 y 3, de la Directiva 2013/32.

En primer lugar, el procedimiento que establece la Directiva cuenta con dos fases: por un lado, la primera, para que se determine si han surgido o el solicitante ha aportado nuevas circunstancias o datos relativos al examen de su derecho a ser beneficiario de protección internacional y, por otro, la segunda, sobre si existen tales nuevas circunstancias o datos en relación con la primera solicitud de protección internacional, de comprobar si esas nuevas circunstancias o datos aumentan significativamente la probabilidad de que el solicitante tenga derecho a ser beneficiario de dicha protección internacional.

Los motivos de inadmisibilidad de una solicitud posterior son excepcionales y, por tanto, deben ser interpretados de forma restrictiva. En cambio, los supuestos en los que la Directiva 2013/32 obligue a los Estados a considerar admisible una solicitud posterior deberán interpretarse en sentido amplio.

Son “nuevas circunstancias o datos” aquellos que se refieren a un cambio de hecho en la situación personal del solicitante o en la de su país de origen, y también a circunstancias jurídicas nuevas. Por lo tanto, una sentencia del Tribunal de Justicia puede quedar comprendida en el concepto de circunstancia nueva independientemente de que haya sido pronunciada antes o después de la adopción de la resolución sobre la solicitud anterior, de que declare la incompatibilidad con el Derecho de la Unión de la disposición nacional en que se basó dicha resolución o de que se limite a interpretar el Derecho de la Unión, incluido el Derecho vigente en el momento en que se adoptó la citada resolución. La sentencia constituirá una nueva circunstancia siempre y cuando permita aumentar significativamente la probabilidad de que este tenga derecho a ser beneficiario del estatuto de refugiado, análisis que deberán hacer los órganos jurisdiccionales nacionales, según las circunstancias del caso.

En segundo lugar, el TJUE debe interpretar el artículo 46 de la Directiva, debe indicar si ésta permite, o incluso exige, que el órgano jurisdiccional nacional competente, cuando anula una resolución mediante la que se haya denegado una solicitud posterior por inadmisibile, pueda pronunciarse él mismo sobre dicha solicitud, sin tener que devolver el examen de esta a la autoridad decisoria.

El artículo establece que los solicitantes deberán tener derecho a un recurso efectivo contra las decisiones que consideran inadmisibles sus solicitudes posteriores, este recurso deberá incluir un examen completo y ex nunc por parte del órgano jurisdiccional nacional competente tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho.

Para poder dar cumplimiento con lo establecido en la Directiva, los Estados miembros están obligados a establecer en sus Derechos nacionales una tramitación de los recursos que comprenda un examen, por el juez, del conjunto de elementos de hecho y de Derecho que le permitan elaborar una apreciación actualizada del asunto de que se trate, de modo que la solicitud de protección internacional pueda ser tramitada de manera exhaustiva sin que sea necesario devolver el asunto a la autoridad decisoria. Sin embargo, los Estados miembros siguen siendo competentes para establecer la obligación de que, tras la referida anulación, el expediente sea devuelto a dicha autoridad para que adopte una nueva decisión.

Es decir, que la Directiva reconoce en los Estados un margen de maniobra en relación a la determinación de las normas relativas a la tramitación de una solicitud de protección internacional cuando la resolución anterior relativa a esa solicitud ha sido anulada por un órgano jurisdiccional pero los Estados miembros estarán siempre obligados a respetar el artículo 47 de la Carta, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en favor de toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido vulnerados.

Por lo tanto, el Tribunal considera que este artículo permite, pero no exige los Estados parte faculten a sus órganos jurisdiccionales para que, cuando éstos anulen una resolución mediante la que se haya denegado una solicitud posterior por inadmisibile, puedan pronunciarse ellos mismos sobre dicha solicitud, sin

tener que devolver el examen de esta a la autoridad decisoria, siempre que los órganos jurisdiccionales respeten las garantías establecidas en la Directiva.

**Estado de derecho – Independencia del Poder Judicial**

**Estado de Derecho — Independencia de la justicia — Lucha contra la  
corrupción**

*Una normativa nacional que supedita a la existencia de un interés legítimo privado la admisibilidad de un recurso de anulación contra el nombramiento de fiscales competentes para llevar a cabo la instrucción de los procedimientos penales contra jueces y fiscales excluye, en la práctica, que tal recurso pueda ser interpuesto por asociaciones profesionales de jueces y fiscales con el fin de defender el principio de independencia judicial no es contraria a los artículos 2 y 19 del TUE. (Sentencia de 8 de mayo de 2024, Asociația Forumul Judecătorilor din România, Asociația Mișcarea pentru Apărarea Statutului Procurorilor y Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție — Procurorul General al României, C-53/23, ECLI:EU:C:2024:388)*

La importancia de este caso radica en que el TJUE debe contrastar una normativa nacional con el artículo 2 de TUE, normas fundamentales para la Unión porque establecen cuales son los principios elementales en los que se basa la Unión, como lo son dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos.

Las demandantes del caso son dos asociaciones de jueces y fiscales que pidieron la anulación de un orden nacional por la que se nombra para investigar en casos de corrupción a jueces y fiscales que son competencia de otro organismo, la Dirección Nacional Anticorrupción de Rumanía, alegan que se debe hacer lugar a la anulación porque la orden es contraria al Derecho de la Unión.

El caso es elevado al TJUE por el Tribunal Superior de Pitesti, Rumania, el que entiende que, en principio, las demandantes no tendrían legitimación para

plantear la cuestión debido a que el derecho procesal rumano solo habilita a las personas que tengan un interés legítimo lesionado solicitar la impugnación de un acto, y en este caso, no estaría probado el vínculo directo entre el acto administrativo sometido al control de legalidad y el objeto directo y los fines de la asociación de derecho privado. Sin embargo, el órgano remitente entiende que como las demandantes pretenden obtener una tutela judicial efectiva en el ámbito del Derecho de la Unión, corresponde hacer lugar a la acción y plantear una cuestión prejudicial a fin de que el TJUE informe si la interpretación que hacen los jueces nacionales de las normas procesales rumanas son conforme al artículo 2 y 19 del TUE.

Más precisamente, el órgano jurisdiccional nacional le consulta al TJUE si los artículos 2 TUE y 19 TUE, apartado 1, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que, al supeditar a la existencia de un interés legítimo privado la admisibilidad de un recurso de anulación contra el nombramiento de fiscales competentes para llevar a cabo la instrucción de los procedimientos penales contra jueces y fiscales, excluye, en la práctica, que tal recurso pueda ser interpuesto por asociaciones profesionales de jueces y fiscales con el fin de defender el principio de independencia judicial.

El TJUE responde diciendo que no hay oposición de la norma nacional con los artículos 2 y 19 del TUE que se refieren al respeto irrestricto por parte de los Estados del Estado de Derecho y la tutela judicial efectiva.

El Tribunal considera que el cumplimiento por parte de los Estados de lo prescrito en la primera parte del artículo 19 TUE es la concreción del artículo segundo, ya que confía a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia la tarea de garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial que ese ordenamiento jurídico confiere a los justiciables.

Es competencia de los Estados determinar la legitimación y el interés de un justiciable para ejercitar una acción judicial, como lo ha hecho Rumania, pero siempre sin desatender la tutela judicial efectiva, exigida en el ordenamiento europeo. En este sentido, no habría contradicción al derecho de la Unión cuando en la norma nacional se cumpla con los dos principios, equivalencia y efectividad.

El primero se cumple cuando la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna y el segundo cuando no se haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión.

La normativa nacional cuestionada cumple con los dos requisitos mencionados.

Asimismo, ninguna disposición del Derecho de la Unión obliga a los Estados miembros a garantizar a las asociaciones profesionales de jueces y fiscales derechos procesales que les permitan impugnar cualquier supuesta incompatibilidad con el Derecho de la Unión de una disposición o de una medida nacional relacionada con el estatuto de los jueces.

Por otro lado, en relación al principio de independencia del poder judicial, el Tribunal también considera que la normativa en cuestión no viola este principio consagrado en el artículo 19 del TUE.

Este principio comprende dos aspectos. El primero de ellos, de orden externo, requiere que el órgano en cuestión ejerza sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo; y el segundo aspecto, de orden interno, se asocia por su parte al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio.

En virtud de esta interpretación, los Estados están obligados a sancionar normas que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a la neutralidad de este ante los intereses en litigio. Así como también, todo órgano jurisdiccional tiene la obligación de verificar si, por su composición, es un tribunal que tiene dichas características cuando surja sobre este punto una duda fundada, en tanto en cuanto dicha verificación es

necesaria para la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar al justiciable.

En conclusión, en virtud de que los Estados están obligados a elaborar normas que respeten y garanticen la independencia judicial, que las asociaciones profesionales de jueces y fiscales no se ven, en principio, directamente afectadas por el nombramiento de fiscales, ni siquiera cuando estos sean competentes para llevar a cabo la instrucción de procedimientos penales contra los jueces y fiscales y que el Derecho de la Unión no obliga, con carácter general, a que se reconozcan derechos procesales específicos a dichas asociaciones, el Tribunal considera que no hay oposición entre el Derecho de la Unión y las normas nacionales.

**Asilo y migrantes**

***Espacio de libertad, seguridad y justicia — Política común de asilo — Requisitos para poder obtener el estatuto de refugiado — “Pertenencia a determinado grupo social” — Requisitos para obtener protección subsidiaria — Evaluación de las solicitudes de protección internacional para la concesión del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria.***

*Se interpreta la Directiva 2011/95 sobre las normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. El apartado 1 letra d) del artículo 10 se entiende en el sentido que puede considerarse que pertenecen a un “determinado grupo social”, como “motivo de persecución” que puede dar lugar al reconocimiento del estatuto de refugiado, tanto las mujeres de ese país en su conjunto como grupos más reducidos de mujeres que compartan una característica común adicional, el artículo 9, apartado 3, se entiende en el sentido que cuando un solicitante alega que teme ser perseguido por agentes no estatales en su país de origen, no es necesario establecer una relación entre*

*alguno de los motivos de persecución mencionados y, finalmente, las letras a) y b) del artículo 15, se entiende en el sentido que “daño grave”, incluye la amenaza real que pesa sobre el solicitante de que un miembro de su familia o de su comunidad lo mate o le inflija actos de violencia a causa de la presunta transgresión de normas culturales, religiosas o tradicionales y de que, por tanto, ese concepto puede dar lugar al reconocimiento del estatuto de protección subsidiaria. (Sentencia de 16 de enero 2024, WS e Intervyuirasht organ na Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet, C-621/21, ECLI:EU:C:2024:47).*

WS es una ciudadana nacida en Turquía perteneciente al grupo étnico kurdo, musulmana suní y divorciada. En 2018 llegó a Bulgaria y en Alemania presentó una solicitud de protección internacional. En 2019 tuvo que regresar a Bulgaria para que este país trate su solicitud.

A las autoridades que estudiaban su solicitud les informo que fue obligada a casarse, que tenía tres hijos y que en 1016 abandonó su hogar porque su entonces marido la golpeaba, de quien se divorció en 2018 y que temía que la mataran en caso de regresar a Turquía.

En 2020 se le denegó la solicitud por considerar que sus argumentos no eran suficientes para otorgar la calidad de estatuto de refugiado. Asimismo, se le denegó la concesión del estatuto de protección subsidiaria, por no cumplir los requisitos y no estar probado que las autoridades oficiales ni determinados grupos habían emprendido acciones contra ella que el Estado no estuviera en condiciones de controlar y tampoco había sido víctima de hechos delictivos de los que ni siquiera había informado a la policía y por los que no había presentado denuncia. La decisión quedó firme.

Años más tarde, se presenta una nueva solicitud en la que presenta nuevas pruebas. Dijo que posee un temor fundado a ser perseguida por agentes no estatales debido a su pertenencia a un «determinado grupo social», como lo es, las mujeres víctimas de violencia doméstica y las mujeres que pueden ser víctimas de «crímenes de honor». Afirmó que el Estado turco no estaba en condiciones de defenderla contra esos agentes no estatales y que su expulsión

a Turquía la expondría a un «crimen de honor» o a un matrimonio forzoso. La solicitud de reapertura fue denegada ya que no había expuesto, según el Tribunal interviniente, ningún elemento nuevo importante relativo a su situación personal o a su Estado de origen.

El órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión, Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de la Ciudad de Sofía, teniendo en cuenta que el TJUE nunca se ha pronunciado sobre las cuestiones planteadas en el presente asunto relativas a violencia contra la mujer, por razón de género, en forma de violencia doméstica y de amenaza de crimen de honor, como motivo de concesión de protección internacional, y tiene dudas sobre cómo interpretar la Directiva 2011/95, en particular sus artículos 10, 9 y 15, suspende el procedimiento y plantea una cuestión prejudicial.

Son tres las cuestiones que analiza el Tribunal.

En primer lugar, se refiere al sentido y alcance del artículo 10, apartado 1, letra d) de la Directiva 2011/95. Aunque Bulgaria no lo haya ratificado aun, la Directiva debe ser interpretada de conformidad al Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica). Este Convenio entiende que la violencia doméstica debe ser considerada como un motivo de persecución y obliga a los Estados contratantes a que se les reconozca a los solicitantes de asilo el estatuto de refugiado en los casos en que se haya demostrado que el riesgo de persecución está basado en uno o varios de esos motivos.

En lo que se refiere al concepto de “pertenencia a determinado grupo social”, que menciona la Directiva, para considerarlo, deben reunirse dos requisitos que deben darse de forma conjunta, por un lado, los miembros del grupo deben compartir al menos uno de los tres rasgos de identificación: característica innata, antecedentes comunes que no pueden cambiarse o una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella, por otro, el grupo debe poseer una identidad diferenciada en el país de origen por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea.

Confirma el Tribunal que analizando los hechos con los que cuenta sobre WS, que las mujeres pertenecen a un grupo social determina en el sentido del artículo 10 de la Directiva ya que cumple con los dos requisitos enunciados y, por lo tanto, puede dar lugar al estatuto de refugiado.

En segundo lugar, el Tribunal debe dilucidar si el artículo 9, apartado 3, de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un solicitante alega que teme ser perseguido por agentes no estatales en su país de origen, dicha disposición exige, en todos los casos, que los actos de persecución y al menos uno de los motivos de persecución mencionados en el artículo 10, apartado 1, de esa Directiva estén relacionados.

Cuando un solicitante alega que teme ser perseguido por agentes no estatales en su país de origen, no es necesario establecer una relación entre alguno de los motivos de persecución mencionados en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva y los actos de persecución si tal relación puede establecerse entre uno de esos motivos de persecución y la falta de protección contra esos actos por los agentes de protección. Esta conclusión es congruente con los objetivos de la Directiva que consisten en garantizar un elevado nivel de protección de los refugiados y en identificar a todas las personas auténticamente necesitadas de protección internacional.

Finalmente, el TJUE examina el artículo 15 de la Directiva. Debe responder si el concepto de daño grave incluye o no la amenaza real que pesa sobre el solicitante de que un miembro de su familia o de su comunidad lo mate o le inflija actos de violencia a causa de la presunta transgresión de normas culturales, religiosas o tradicionales y que por lo tanto ese concepto puede dar lugar al reconocimiento del estatuto de protección subsidiaria.

La respuesta a la cuestión es afirmativa, es decir que el Tribunal entiende que daños graves incluye la amenaza real a sufrir por el solicitante de muerte o a sufrir actos de violencia. Para determinar el alcance de daño grave hay que tomar en consideración la definición que hace la Directiva en el capítulo sobre solicitud de protección subsidiaria son las mismas que las que regulan la evaluación de una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado y, asimismo, la evaluación debe revestir carácter individual y efectuarse caso por

caso con diligencia y prudencia, basándose únicamente en una valoración concreta de los hechos y circunstancias, con el fin de determinar si los hechos y circunstancias acreditados constituyen una amenaza tal que la persona afectada pueda temer fundadamente, habida cuenta de su situación individual.

***Espacio de libertad, seguridad y justicia — Procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional — Imposibilidad de que las autoridades de un Estado miembro declaren inadmisibile una solicitud de asilo por haberse concedido previamente el estatuto de refugiado en otro Estado miembro — Riesgo de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes en ese otro Estado miembro — Examen de esa solicitud de asilo por parte de dichas autoridades pese a haberse concedido el estatuto de refugiado en ese otro Estado miembro***

*Conforme las normativas europeas sobre procedimiento, requisitos y concesión del estatuto de refugiado o de solicitud de protección internacional o protección subsidiaria, cuando la autoridad competente de un Estado miembro no puede hacer uso de la facultad de declarar inadmisibile una solicitud de protección internacional de un solicitante al que otro Estado miembro ya le ha concedido tal protección por existir un grave riesgo de que sea sometido en ese otro Estado miembro a tratos inhumanos o degradantes, la referida autoridad debe realizar un nuevo examen individual, completo y actualizado de esa solicitud con ocasión de un nuevo procedimiento de protección internacional. En el marco de ese examen, la mencionada autoridad debe, no obstante, tener plenamente en cuenta la resolución de ese otro Estado miembro por la que se concedió protección internacional a dicho solicitante y los elementos en que se fundamenta. (Sentencia de 18 de junio de 2024, QY y Bundesrepublik Deutschland, C-753/22, ECLI:EU:C:2024:524)*

El Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo plantea una cuestión prejudicial ante el TJUE requiriendo que se expida sobre si el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 604/2013, los artículos 4, apartado 1, y 13 de

la Directiva 2011/95 y los artículos 10, apartados 2 y 3, y 33, apartados 1 y 2, letra a), de la Directiva 2013/32 deben interpretarse en el sentido de que, cuando la autoridad competente de un Estado miembro no puede hacer uso de la facultad de declarar inadmisibles una solicitud de protección internacional de un solicitante al que otro Estado miembro ya ha concedido tal protección, por existir un grave riesgo de que sea sometido en ese otro Estado miembro a tratos inhumanos o degradantes, en el sentido del artículo 4 de la Carta, la referida autoridad está obligada a reconocer a dicho solicitante el estatuto de refugiado por el mero hecho de que ese otro Estado miembro ya le ha reconocido dicho estatuto o si, en cambio, puede realizar un nuevo examen autónomo del fondo de esa solicitud.

El caso llega al Tribunal Supremo luego de que QY presentara un recurso de casación porque la concesión del estatuto de refugiado había sido rechazada por considerar el tribunal contencioso administrativo que no corría riesgo de persecución en Siria, su país de origen y que ya se había resuelto, en Grecia, una petición de concesión de refugiado.

QY que había conseguido la concesión del estatuto de refugiado en Grecia en el año 2018 y no podía volver a ese país porque consideraba que corría un grave riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes.

El Tribunal Supremo considera que el tribunal contencioso administrativo estaba obligado a pronunciarse sobre el fondo de la solicitud de protección internacional presentada y que no podía declararse inadmisibles la petición por el hecho de que ya se le hubiera concedido en Grecia dicho estatuto, pues está expuesta a un grave riesgo de sufrir, en ese Estado miembro pero alberga dudas sobre si el Derecho de la Unión se opone a que la Oficina Federal realice un nuevo examen autónomo de la solicitud de protección internacional y si el Derecho de la Unión exige que la resolución de concesión del estatuto de refugiado dictada en otro Estado miembro tenga efectos obligatorios para dicha Oficina.

Para responder a la consulta, el TJUE indaga de forma precisa sobre los términos de las Directivas objeto de la cuestión.

En primer lugar, el artículo 33, apartado 2, de la Directiva 2013/32 enumera de forma exhaustiva las situaciones en las que los Estados miembros pueden considerar inadmisibles una solicitud de protección internacional y entre esa enumeración, el punto 2, a) dice cuando “otro Estado miembro ha concedido la protección internacional”. Es decir que la finalidad de la Directiva es el de relajar la obligación de los Estados miembros de examinar toda solicitud de protección internacional definiendo los supuestos en los que tal solicitud se considera inadmisibles. Habida cuenta de esta finalidad, la referida disposición presenta, en su conjunto, el carácter de una excepción a dicha obligación.

Sin embargo, con carácter excepcional, las autoridades de un Estado miembro no pueden ejercer la facultad, que les ofrece el artículo 33, apartado 2, letra a), de la Directiva 2013/32, de denegar una solicitud de concesión del estatuto de refugiado por inadmisibles debido a que otro Estado miembro ya ha concedido protección internacional al solicitante, cuando hayan llegado a la conclusión de que las condiciones de vida a que dicho solicitante se enfrentaría previsiblemente en ese otro Estado miembro como beneficiario de protección internacional lo expondrían a un grave riesgo de sufrir un trato inhumano o degradante.

El artículo 10 de esta norma europea establece los requisitos para el examen de las solicitudes de protección internacional y exige que la autoridad decisoria determine en primer lugar si los solicitantes reúnen los requisitos para ser refugiados y, de no ser así, determine si son personas con derecho a protección subsidiaria. Exige que el examen que se realice sea adecuado y cumpliendo con todos los requisitos exigidos por la normativa.

Para el Tribunal, este artículo constituye una expresión del principio de confianza mutua, que permite e impone a los Estados miembros presumir, en el contexto del sistema europeo común de asilo, que el trato que se dispensa a los solicitantes de protección internacional en todos los Estados miembros es conforme con las exigencias de la CCDFUE.

En segundo lugar, la Directiva 2011/95, que se adoptó sobre la base del artículo 78 TFUE, que define la política común de asilo, tiene como objeto asegurar que los Estados miembros apliquen criterios comunes para la

identificación de personas auténticamente necesitadas de protección internacional y establece, entre sus disposiciones, los criterios comunes para la valoración de los hechos y circunstancias en el examen de la solicitud de protección internacional. Pero no impone ni ella ni ninguna otra normativa europea la obligación a los Estados miembros de reconocer automáticamente las resoluciones de concesión del estatuto de refugiado dictadas por otro Estado miembro.

Tercero, y último, el Reglamento 604/2013 cuya finalidad es establecer criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. Es de resaltar de este Reglamento que una solicitud de asilo presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida en el territorio de cualquier Estado miembro es examinada en principio por un solo Estado miembro, sin embargo, los demás Estados miembros no están obligados a reconocerla.

De todo ello se deduce, dice el TJUE, que todavía quedan cuestiones pendientes por regular en materia de política de asilo y dar un completo cumplimiento al objetivo planteado en el artículo 78 del TFUE. Es decir que el legislador de la Unión no ha establecido un principio según el cual los Estados miembros estén obligados a reconocer automáticamente las resoluciones de concesión del estatuto de refugiado dictadas por otro Estado miembro ni ha especificado la forma de aplicación de tal principio.

En el caso, consta que Alemania no ha hecho uso de la facultad que confieren los artículos artículo 3 de la Directiva 2011/95 y del artículo 5 de la Directiva 2013/32 de disponer el reconocimiento automático de tales resoluciones dictadas por otro Estado miembro en cuanto disposición más favorable. Por lo tanto, deberá hacerse un análisis del alcance del examen por parte de la autoridad competente de un Estado miembro, de una solicitud de protección internacional formulada por un solicitante al que otro Estado miembro ya ha concedido el estatuto de refugiado.

A este respecto, la evaluación de los requisitos exigidos por las Directivas debe ser realizada por los órganos competentes, evaluando individualmente

cada solicitud de protección internacional y teniendo en cuenta todos los hechos pertinentes relativos al país de origen del interesado en el momento de resolver sobre la solicitud, las declaraciones y la documentación pertinentes presentadas por el solicitante y la situación particular y sus circunstancias personales. Además, debe ser objetivo e imparcial considerando información precisa y actualizada.

Es decir que, la autoridad competente de un Estado miembro no puede declarar inadmisibile, en virtud del artículo 33, apartado 2, letra a), de la Directiva 2013/32, una solicitud de protección internacional presentada ante ella debe, primero, realizar un examen individual, completo y actualizado de los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado. Y si el solicitante reúne los requisitos para ser refugiado se le debe conceder el estatuto de refugiado, sin disponer de facultad discrecional. Al momento de realizar el examen si se tendrá en cuenta la resolución anterior y sus fundamentos.

Por lo tanto, y luego del análisis exhaustivo de cada una de las normas, el TJUE resuelve que la referida autoridad debe realizar un nuevo examen individual, completo y actualizado de esa solicitud con ocasión de un nuevo procedimiento de protección internacional tramitado con arreglo a las Directivas 2011/95 y 2013/32. En el marco de ese examen, la mencionada autoridad debe, no obstante, tener plenamente en cuenta la resolución de ese otro Estado miembro por la que se concedió protección internacional a dicho solicitante y los elementos en que se fundamenta.

**DERECHOS HUMANOS Y EL CASO A.M.I.A.:**  
**COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH EN EL CASO “ASOCIACIÓN CIVIL**  
**MEMORIA ACTIVA VS. ARGENTINA”**

Anabel Papa<sup>1</sup> - Natalí Pavioni<sup>2</sup>

---

**Resumen**

El presente texto tiene como objetivo analizar y comentar la sentencia del caso “Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) del 26 de enero de 2024<sup>3</sup>.

En esta sentencia, notificada el pasado 14 de junio de 2024, la Corte IDH encontró al estado argentino responsable por no prevenir el atentado a la Asociación Mutual Israelita Argentina (en adelante, AMIA) así como de diversas deficiencias en la investigación del hecho y la violación del derecho a la verdad tanto de las víctimas como de la sociedad en general.

La Corte IDH se ocupa de desarrollar los contenidos de los derechos a la vida, integridad personal de las víctimas y sus familiares, igualdad, garantías judiciales, protección judicial, acceso a la información y a la verdad, así como el uso de información proveniente de las tareas de inteligencia desempeñadas por los estados en los procesos judiciales.

*Palabras clave: Derechos Humanos - Corte Interamericana de Derechos Humanos - terrorismo - Amia - Atentado - Derecho a la vida - derecho a la integridad personal - derecho a la igualdad - garantías - debido proceso - protección judicial - acceso a la justicia - acceso a la información - derecho a la verdad - prueba - información clasificada - tareas de inteligencia -*

---

<sup>1</sup> Abogada y Magíster en Derecho Administrativo y Administración Pública (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP, cursada completa, en proceso de elaboración de tesis). Profesora de Derechos Humanos y Garantías (Universidad de Buenos Aires, Argentina).

<sup>2</sup> Abogada y Especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesora de Derechos Humanos y Garantías (Universidad de Buenos Aires, Argentina).

<sup>3</sup> Corte IDH, Caso Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de enero de 2024. Serie C No. 516.

**Title:** HUMAN RIGHTS AND THE A.M.I.A. CASE: COMMENTS ON THE RULING OF THE INTER-AMERICAN COURT IN THE CASE "ACTIVE MEMORY CIVIL ASSOCIATION VS. ARGENTINA"

### **Abstract**

The aim of this article is to analyse and comment on the ruling in the case "Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina" of the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter, Inter-American Court) on January 26, 2024.

The ruling, which was notified on June 14, 2024, the Inter-American Court found the Argentine State responsible for its failure to prevent the Asociación Mutual Israelita Argentina (hereinafter, AMIA) bombing as well as inadequate investigation of the attack and the violation of the right to truth to both the victims and the society.

The Inter-American Court develops the right to life, personal integrity of the victims and their family, equality, judicial guarantees, judicial protection, access to information and the truth as well as the use of intelligence information as evidence in judicial proceedings.

*Keywords: Human Rights - Inter-American Court of Human Rights - terrorism - Amia - Attack- Right to life - right to personal integrity - right to equality - guarantees - due process - judicial protection - access to justice - access to information - right to the truth - test - classified information - intelligence tasks*

### **I. Introducción**

El 26 de enero de 2024 la Corte IDH emitió la sentencia en el caso "Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina"<sup>4</sup> en el que por unanimidad declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por el atentado ocurrido el 18 de julio de 1994 a las 9.53 hs. en la sede de la AMIA.

---

<sup>4</sup> La sentencia fue firmada por la presidenta de la Corte, la jueza Nancy Hernández López, los jueces Rodrigo Mudrovitsch, Humberto A. Sierra Porto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Ricardo C. Pérez Manrique y la jueza Patricia Pérez Goldberg. Por su parte, la jueza Verónica Gómez, de nacionalidad argentina, no participó en la tramitación del caso, ni en la deliberación en virtud de lo dispuesto por los artículos 19.1 y 19.2 del Reglamento de la Corte IDH.

Tras aceptar el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado argentino, el tribunal interamericano determinó los derechos vulnerados y las reparaciones. Para ello, clasificó a las víctimas en tres: las personas fallecidas en el atentado (anexo 1), las personas lesionadas producto del atentado (anexo 2) y sus familiares (anexo 3). De este modo, declaró que el estado argentino es responsable: a) de la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal (artículos 4.1 y 5 Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH) en perjuicio de las víctimas del atentado establecidas en la lista de los anexos 1 y 2; b) por la violación al principio de igualdad y no discriminación (artículos 1.1 y 24 CADH) en perjuicio de las víctimas del atentado y sus familiares enunciados en los anexos 1, 2 y 3; c) al acceso a la justicia y a las garantías judiciales (artículos 8 y 25.1 CADH) en perjuicio de los familiares de las víctimas del atentado individualizados en el anexo 3; d) del derecho de acceso a la información (artículo 13 CADH) y del derecho a conocer la verdad con base a la vulneración de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y al acceso a la información (artículos 8.1, 13 y 25.1 CADH), en perjuicio de las víctimas sobrevivientes del atentado y sus familiares enunciados en los anexos 2 y 3; e) el derecho a la integridad psíquica y moral (artículo 5.1 CADH) en perjuicio de los familiares de las víctimas del atentado individualizados en el anexo 3 de la sentencia.

## **II. Antecedentes del pronunciamiento de la Corte IDH**

En tanto mecanismo de protección internacional de derechos humanos, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) posee carácter subsidiario y complementario, lo que significa que las víctimas de presuntas violaciones a derechos humanos sólo pueden acudir a él ante la ausencia o insuficiencia de la respuesta estatal a nivel interno<sup>5</sup>. Está integrado

---

<sup>5</sup> Dichos caracteres se vinculan con uno de los requisitos para acceder al SIDH, esto es, el agotamiento de los recursos internos. La Corte IDH ha indicado al respecto que "la regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta 'coadyuvante o complementaria a la interna'". Corte IDH, Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C no. 7, párrafo 61.

por la Comisión IDH –órgano de la OEA de carácter cuasijurisdiccional y que constituye la puerta de acceso al sistema– y la Corte IDH –órgano jurisdiccional creado por la CADH–. En razón de ello, dentro del SIDH el presente caso se inició el 16 de julio de 1999 cuando la Comisión IDH recibió la petición de la Asociación Civil Memoria Activa. Al término de la audiencia celebrada entre los representantes, el estado y la Comisión el 4 de marzo de 2005, las partes suscribieron un acta por medio de la cual el estado reconoció la responsabilidad internacional y manifestaron su voluntad de iniciar un proceso de solución amistosa.

Tras dos intentos fallidos de alcanzar una solución amistosa y debido a los escasos avances en el cumplimiento de los compromisos asumidos por el estado, el 15 de julio de 2020 la Comisión IDH aprobó el informe de admisibilidad y fondo N° 187/2020 (denominado comúnmente “informe del artículo 50”) que fue notificado al estado el 25 de septiembre de 2020 a quien se le otorgó el plazo de dos meses para informar el cumplimiento de las recomendaciones allí indicadas. El 10 de marzo de 2021 –luego de concederle de una prórroga del mencionado plazo– el estado remitió un informe en el que reconoció la responsabilidad respecto de todas las violaciones declaradas en el informe de fondo e indicó que no presentaría objeciones a la solicitud de las presuntas víctimas de someter el caso ante la Corte IDH.

El 25 de marzo de 2021 la Comisión IDH decidió someter a la jurisdicción de la Corte IDH la totalidad de los hechos y de las violaciones de derechos humanos indicados en su informe de fondo. Dicho sometimiento estuvo fundado en la falta de avances sustantivos respecto de algunas de las recomendaciones, la ausencia de solicitud de prórroga por parte del estado para cumplirlas y la necesidad de justicia y de reparación integral para las víctimas. En el sometimiento del caso a la Corte IDH, la Comisión le solicitó que declare la responsabilidad del estado argentino por la violación del derecho a la vida (artículo 4.1), integridad personal (artículo 5.1), garantías judiciales (artículo 8.1), acceso a la información (artículo 13), igualdad ante la ley (artículo 24) y protección judicial (artículo 25), todos ellos de la CADH, en relación con las obligaciones de respeto y garantías del artículo 1.1 de la CADH, y la violación

del derecho de acceso a la información pública (artículo 13) con relación a la obligación de adecuar las disposiciones del derecho interno al derecho internacional establecido en el artículo 2 de la CADH. El sometimiento del caso a la Corte fue notificado al estado y a los representantes de las presuntas víctimas el 18 de enero de 2021.

El 24 de julio de 2022 los representantes presentaron el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (“ESAP”) en el que –en líneas generales– coincidieron con el contenido del informe de fondo de la Comisión<sup>6</sup>.

En su escrito de contestación al sometimiento del caso a la Corte presentado por el estado el 29 de septiembre de 2021, el estado reiteró el reconocimiento de la responsabilidad realizado en el marco del proceso ante la Comisión IDH en marzo de 2005 por la violación del derecho a la vida, a la integridad física, a las garantías judiciales, a la protección judicial y al deber de garantía, todos ellos previstos en la CADH. Agregó el reconocimiento de su responsabilidad por la violación al acceso a la información pública y, en definitiva, a la verdad, hasta la sanción de los decretos N° 395/2015 y 213/2020<sup>7</sup> y señaló que compartía con la Comisión IDH la proyección discriminatoria del incumplimiento del deber de prevención. Sostuvo que, en atención a ello, la Corte IDH debía concluir que había cesado la controversia.

Los días 13 y 14 de octubre de 2022 se llevó a cabo la audiencia en la que se recibieron las declaraciones de las presuntas víctimas y los peritajes. Durante ella, los jueces de la Corte tuvieron oportunidad de solicitar información y explicaciones a las partes y a la Comisión.

---

<sup>6</sup> Solo adicionalmente, los representantes de las víctimas consideraron que el estado también era responsable por la violación a las garantías judiciales y protección judicial (artículos 8.1 y 25.1 CADH) con relación al deber de adopción (artículo 2 CADH) y por la violación al derecho a la integridad personal (artículo 5 CADH) de los familiares de las víctimas del atentado de la AMIA. Además, solicitaron medidas de reparación adicionales a las requeridas por la Comisión.

<sup>7</sup> El decreto N° 395/2015 dispuso la desclasificación de la totalidad de documentación remitida en custodia a la Unidad Fiscal de Investigación del atentado contra la sede de la AMIA mediante la resolución de la ex Secretaría de Inteligencia de la Presidencia de la Nación “R” N° 119/05, código de seguridad N° 538. A su vez, por medio del decreto N° 213/2020 se otorgó carácter público a toda la información brindada desde el Estado nacional para los procesos judiciales que ya cuentan con sentencia relativos al atentado perpetrado contra la AMIA, su encubrimiento y demás delitos conexos, incluyendo los legajos de investigación y toda la información brindada desde el Estado nacional en las audiencias de los juicios realizados, permitiendo que éstas trasciendan el ámbito oficial. El contenido de estos decretos, así como sus implicancias en el pronunciamiento de la Corte IDH son abordados en el apartado IV.B de este artículo.

Tras presentar los alegatos y observaciones finales presentadas por escrito por representantes de las víctimas, el estado y la Comisión los días 14 y 15 de noviembre de 2022, la Corte pasó a deliberar la sentencia durante los días 25 y 26 de enero de 2024.

### **III. Reconocimiento de responsabilidad internacional**

Como se indicó, en el marco del procedimiento ante la Comisión, el Estado argentino reconoció su responsabilidad –lo cual quedó plasmado en el acta de la audiencia celebrada el 4 de marzo de 2005– por la violación del derecho a la vida, a la integridad física, a las garantías judiciales, a la protección judicial y el deber de garantía “ya que existió un incumplimiento de la función de prevención por no haber adoptado las medidas idóneas y eficaces para intentar evitar e, atentado, teniendo en cuenta que dos años antes se había producido un hecho terrorista contra la Embajada de Israel en Argentina”. En dicha acta también se indicó que el Estado reconoció su responsabilidad “porque existió encubrimiento de los hechos, porque medió un grave y deliberado incumplimiento de la función de investigación del hecho ilícito ocurrido el 18 de julio de 1994, y porque este incumplimiento en materia de investigación adecuada produjo una clara denegatoria de justicia”<sup>8</sup>.

A su vez, a nivel interno, por medio del decreto N° 812/2005 del 12 de julio de 2005 del entonces presidente de la Nación –que aprobó el acta de audiencia del 4 de marzo de 2005– se reiteró el reconocimiento de responsabilidad en los mismos términos que en instancia internacional. Se suma a ello el dictado de los decretos N° 395/2015 y 213/2020 y, como se señaló previamente, que en su escrito de contestación ante la Corte IDH, el Estado argentino reconoció su responsabilidad por la violación al derecho al acceso a la información pública y a la verdad y compartió con la Comisión la violación del principio de igualdad y no discriminación por la infracción del deber de prevención.

Atento al reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el estado ante la Corte –tanto en su escrito de contestación como durante la

---

<sup>8</sup> Corte IDH, Caso Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina, Sentencia del 26 de enero de 2024, *Serie C No. 516*, párr. 16.

audiencia pública— en su sentencia el tribunal interamericano admitió que había cesado la controversia respecto de los hechos del caso, las violaciones a los derechos y la necesidad de otorgar medidas de reparación. Sin embargo, destacó que le correspondía a ella decidir qué medidas específicas debían ser adoptadas y su alcance. Además, pese al reconocimiento estatal —que fue valorado positivamente en la sentencia— y el cese de la controversia sobre los aspectos del caso indicados, la Corte IDH señaló que, de conformidad con los artículos 62 y 64 de su Reglamento<sup>9</sup> y en ejercicio de sus poderes de tutela judicial internacional de derechos humanos y por tratarse de una cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes “corresponde a este Tribunal velar porque los actos de allanamiento sean aceptables para los fines que busca cumplir el Sistema Interamericano”. Agregó que, en el ejercicio de esa competencia, la Corte IDH no se limita a constatar o tomar nota del reconocimiento efectuado por el estado, o a verificar las condiciones formales de dichos actos “sino que los debe confrontar con las naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la posición de las partes, de manera que pueda precisar, en cuanto sea posible y en el ejercicio de su competencia, la verdad de lo acontecido”<sup>10</sup>. En definitiva, la Corte IDH consideró que en el caso era necesario dictar una sentencia en la cual se determinen los hechos ocurridos de

---

<sup>9</sup> Artículo 62 del Reglamento de la Corte IDH: “Reconocimiento. Si el demandado comunicare a la Corte su aceptación de los hechos o su allanamiento total o parcial a las pretensiones que constan en el sometimiento del caso o en el escrito de las presuntas víctimas o sus representantes, la Corte, oído el parecer de los demás intervinientes en el proceso, resolverá, en el momento procesal oportuno, sobre su procedencia y sus efectos jurídicos”. Artículo 64 del Reglamento de la Corte IDH: “Prosecución del examen del caso. La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes”.

<sup>10</sup> Párrafo 28 de la sentencia. Se trata de una competencia que ejercer habitualmente la Corte IDH. En esta sentencia, citó como antecedentes el Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párrafo 17; Caso María y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2023. Serie C No. 494, párrafo 24. Otras sentencias en las que la Corte IDH ejerció esta competencia, son: Caso Olivares Muñoz y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de noviembre de 2020. Serie C No. 415, párrafo 29; Caso Leguizamón Zaván y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de noviembre de 2022. Serie C No. 473, párrafo 26; Caso Brítez Arce y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2022. Serie C No. 474, párrafo 22; entre muchos otros.

acuerdo al reconocimiento de la responsabilidad internacional realizado por el estado y teniendo en cuenta la prueba recabada, pues ello contribuía a la reparación de las víctimas, a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer los fines de la jurisdicción interamericana.

#### **IV. Los derechos violados**

##### **IV. a. Derecho a la vida, integridad personal de las víctimas y sus familiares**

Al analizar el contenido de los derechos a la vida y a la integridad personal, la Corte IDH reiteró el estándar señalado en varias de sus sentencias. En particular, mencionó que son derechos que revisten carácter esencial, que forman parte del núcleo inderogable ya que no pueden ser suspendidos ni siquiera en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad del estado parte. Destacó que el derecho a la vida impone a los estados una obligación negativa –esto es, que ninguna persona sea privada arbitrariamente de su vida– y otra positiva –el deber de los estados de adoptar medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida–<sup>11</sup>. Con cita a sus sentencias, desarrolló también el contenido de los deberes de prevención de violaciones a los derechos y de garantía, ambos contenidos en el artículo 1.1 de la CADH<sup>12</sup>.

La Corte IDH dedicó un apartado especial al deber de prevención de los estados en el contexto de lucha contra el terrorismo. Allí resaltó que, al ser el terrorismo un fenómeno que pone en peligro los derechos y libertades de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de los estados de la CADH, “los artículos 1.1 y 2 de dicha Convención obligan a los Estados Parte a adoptar todas aquellas medidas que resulten adecuadas, necesarias y proporcionales para

---

<sup>11</sup> Corte IDH, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144; Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147, párr. 82; Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C No. 252, párr. 148; Caso Baptiste y otros vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2023. Serie C No. 503, párr. 44, entre otros.

<sup>12</sup> Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C no. 7, párr. 175.

prevenir y, en su caso, investigar, juzgar y sancionar este tipo de actos”<sup>13</sup>. También reseñó los diferentes instrumentos internacionales aprobados por la comunidad internacional desde 1963 para prevenir los actos terroristas, tanto aquellos con vocación universal como regional; las resoluciones emitidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en las que se desarrolla el deber de los estados de prevenir el terrorismo; informes del relator especial de Naciones Unidas sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo; y sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>14</sup>.

Tras ello, la Corte pasó a analizar los hechos del caso a la luz de sus estándares y marco normativo expuesto. De este modo, pese a aclarar que no le correspondía a ella establecer una clasificación sobre el atentado contra la AMIA, indicó que a los efectos de examinar los deberes estatales en materia de prevención de las violaciones a los derechos humanos, resultaba necesario calificarlo como un acto terrorista tal como lo había hecho el estado al reconocer su responsabilidad.

A continuación, sostuvo que, si bien los estados no son responsables por todo acto terrorista perpetrado por terceros en su jurisdicción, su responsabilidad puede verse implicada por incumplir su deber de prevención. A fin de determinar si el Estado argentino había incumplido dicho deber, analizó: a) si tenía o debía tener conocimiento de la situación de riesgo; b) si dicha situación de riesgo era real o inmediata; y c) si había adoptado o no las medidas que razonablemente se esperaban para evitar que dicho riesgo se verificara. La evaluación de esos tres puntos condujo a la Corte IDH a concluir que el estado había incumplido el deber de prevención. En primer lugar, porque, como lo había admitido el propio estado, no había adoptado medidas idóneas y eficaces para prevenir el atentado, teniendo en consideración el ataque terrorista a la Embajada de Israel sufrido dos años antes y que la SIDE tenía conocimiento de la posibilidad de un nuevo atentado en el país. Luego, porque existía un riesgo real e inmediato de un nuevo ataque ante la ausencia de investigación y sanción de los responsables del

---

<sup>13</sup> Corte IDH, Caso Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina, *op. cit.*, párrafo 120.

<sup>14</sup> *Ibid.*, párrafos 121 a 127.

atentado contra la Embajada. Se sumaban a ello dos hechos inmediatamente anteriores al ataque a la AMIA: la denuncia de un ciudadano brasilero en el consulado argentino en Milán (Italia) para advertir sobre la identidad de una mujer con documentos argentinos falsos que supuestamente había participado en el ataque a la Embajada, advirtiendo la posibilidad de que iba a suceder algo en Argentina; y el sobrevuelo de un helicóptero a baja altura sobre el edificio de la sede de la AMIA. Ninguno de estos hechos fue tomado en consideración por las autoridades argentinas. Con ello, se advierte que no se habían adoptado las medidas razonablemente esperadas para evitar que el riesgo a un ataque se verificara, a lo que se le suma la deficiencia del sistema de vigilancia policial de la sede de la AMIA.

Tras ello, la Corte IDH concluyó que el Estado argentino había sido negligente y no había tomado las medidas razonables para evitar un nuevo atentado y proteger el edificio de la AMIA, que era un potencial blanco. De modo que resolvió que el estado había incumplido su obligación de prevención y, por lo tanto, era responsable de la violación de los derechos a la vida y a la integridad de las víctimas del atentado.

Asimismo, declaró que también había violado el principio de igualdad y no discriminación en perjuicio de las víctimas del atentado y sus víctimas. Ello, por cuanto, atento a lo manifestado por la Comisión IDH que fue compartido por el estado al reconocer su responsabilidad, existió una proyección discriminatoria de la infracción del deber de prevención al no adoptar medidas razonables para prevenir el riesgo del atentado terrorista contra la comunidad judía en Argentina. Hacia el final de la sentencia, la Corte IDH también se encargó de tratar la violación del derecho a la integridad personal de los familiares de las víctimas del atentado. Destacó que, de acuerdo a su jurisprudencia, los familiares de las víctimas de violaciones a los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas, en virtud del sufrimiento adicional que padecieron por las violaciones cometidas contra sus seres queridos, así como la actuación u omisión de las autoridades estatales frente a los hechos y las gestiones realizadas para obtener justicia<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Corte IDH, Caso Blake vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párr.114; Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, *op. cit.*,

De este modo, aseveró que las graves violaciones sufridas por las víctimas directas del ataque de la AMIA afectaron la integridad física y moral de sus familiares. Ahora bien, explicó que, en este caso particular, dicha integridad se vio afectada no sólo por el sufrimiento que generó la pérdida de un familiar en el atentado en sí mismo, sino que además “se vio acrecentado por las conductas estatales asumidas después del atentado, en particular por sus gravísimas faltas al deber de investigar y las maniobras de encubrimiento, creando una situación de impunidad que resulta directamente imputable a los agentes del estado”<sup>16</sup>. La Corte resaltó además el rol relevante de los familiares de las víctimas, cuyo activismo y participación procesal permitieron impulsar la investigación y que se conozcan las irregularidades del caso. En definitiva, el incumplimiento del deber estatal de investigar generó en los familiares de las víctimas sentimientos de angustia, tristeza y frustración, por lo que la Corte IDH entendió que el Estado argentino era responsable también por la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares.

#### **IV. b. Derecho de acceso a la información y a conocer la verdad en relación a las tareas de inteligencia estatal**

La regulación de las actividades de inteligencia en la República Argentina, se rigieron, hasta el año 2001, por la ley N° 20.195 de 1973. Entre otras cuestiones, esta ley estableció que todas las actividades que desarrolle la Secretaría de Informaciones del Estado (SIDE), así como su organización, funciones y documentación, son calificadas en interés de la Seguridad Nacional de “Estrictamente Secreto y Confidencial”<sup>17</sup>.

En el año 2001 se promulgó la Ley de Inteligencia Nacional N° 25.520 que, con la modificación de la ley N° 27.126 de 2015, es el texto que rige en la actualidad. Por medio de esta –cuyo artículo 45 abrogó la ley N° 20.195– se deja

---

párr. 176; Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91, párr. 163; y Caso *Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2023. Serie C No. 504, párr.145.

<sup>16</sup> Corte IDH, Caso *Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina*, *op. cit.*, párr. 278.

<sup>17</sup> Ley N° 20.195, artículo 10. Dicho artículo establecía también que la violación del secreto conllevaba la sanción penal de acuerdo a lo dispuesto en el Código Penal de la Nación Argentina en materia de “Violación de Secretos”.

en claro que las actividades de inteligencia, el personal afectado a las mismas, la documentación y los bancos de datos de los organismos de inteligencia se clasifican en secreta, confidencial o pública según corresponda en interés de la seguridad interior, la defensa nacional y las relaciones exteriores de la Nación<sup>18</sup>.

Sin embargo, para cada grado de clasificación de seguridad se puede disponer un plazo para su desclasificación y acceso a la información, que en ningún caso puede ser inferior a los quince años a partir de la decisión que originó su clasificación de seguridad efectuada por alguno de los organismos integrantes del Sistema de Inteligencia Nacional. Empero, la norma faculta a toda persona u organización que acredite interés legítimo a iniciar una petición de desclasificación ante el Poder Ejecutivo nacional, que guarda la potestad de la desclasificación de cualquier tipo de información<sup>19</sup>.

El artículo 16 de la ley N° 25.520 establece que, en virtud de su calificación, el acceso a la información puede ser autorizado por el Presidente de la Nación o el funcionario en quien se delegue expresamente tal facultad. Sin perjuicio de ello, la clasificación de la información se mantiene aun cuando dicha información deba ser suministrada a la justicia en el marco de una causa determinada o sea requerida por la Comisión Bicameral de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia. En este sentido, los integrantes de los organismos de inteligencia, los legisladores miembros de la Comisión Bicameral

---

<sup>18</sup> Ley N° 25.520, artículo 16 bis incorporado por la ley N° 27.126 que establece las siguientes clasificaciones de seguridad: "a) Secreta: aplicable a toda información, documento o material cuyo conocimiento por personal no autorizado pueda afectar gravemente los intereses fundamentales u objetivos vitales de la Nación, entre ellos, la soberanía e integridad territorial; el orden constitucional y la seguridad del Estado; el orden público y la vida de los ciudadanos; la capacidad de combate o la seguridad de las Fuerzas Armadas o de sus aliados; la efectividad o la seguridad de operaciones de las fuerzas de seguridad; las relaciones diplomáticas de la Nación; y las actividades de inteligencia específicamente determinadas y fundadas de los organismos del Sistema de Inteligencia Nacional; b) Confidencial: aplicable a toda información, documento o material cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda afectar parcialmente los intereses fundamentales de la Nación o vulnerar principios, planes y métodos funcionales de los poderes del Estado, entre ellos, la soberanía e integridad territorial; el orden constitucional y la seguridad del Estado; el orden público y la vida de los ciudadanos; la capacidad de combate o la seguridad de las Fuerzas Armadas o de sus aliados; la efectividad o la seguridad de operaciones de las fuerzas de seguridad; las relaciones diplomáticas de la Nación; c) Pública: aplicable a toda documentación cuya divulgación no sea perjudicial para los organismos del Sistema de Inteligencia Nacional y que por su índole permita prescindir de restricciones relativas a la limitación de su conocimiento, sin que ello implique que pueda trascender del ámbito oficial, a menos que la autoridad responsable así lo disponga".

<sup>19</sup> Ley N° 25.250, artículo 16 ter incorporado por la ley N° 27.126.

de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia, incluido su personal, las autoridades judiciales, funcionarios y personas por ejercicio de su función o de modo circunstancial tomen conocimiento de la información clasificada, deben guardar el más estricto secreto y confidencialidad, incluso al producirse el cese de las funciones, bajo apercibimiento de sanciones penales<sup>20</sup>.

A partir del oficio enviado a la Presidencia de la Nación por la Unidad de Investigación del atentado contra la sede de la AMIA, se dictó el decreto N° 395/2015 que dispuso la desclasificación de la totalidad de la documentación remitida a la mencionada Unidad Fiscal, documentación adicional así como nueva documentación, informe o archivo que no hubieran sido aportados oportunamente a la causa N° 8566 –en la que se investiga el atentado a la sede de la AMIA– y que pudieran resultar de interés para la investigación. Asimismo, el Decreto N° 229/2017 estableció la desclasificación de la totalidad de las notas, informes y resoluciones que no hubieran sido alcanzadas por la desclasificación dispuesta por el citado decreto N° 395/2015.

En función de las relevantes disfuncionalidades y cuestionamientos al sistema de inteligencia nacional<sup>21</sup> –en especial las críticas al Estatuto para el Personal de la AFI aprobado por el decreto N° 656/2016 que resultó contradictorio con los ejes fundamentales de la reforma operada por la ley N° 27.126<sup>22</sup>– se dictó el decreto de necesidad y urgencia N° 52/2019. Dicho decreto y sus posteriores prórrogas<sup>23</sup> dispuso la intervención de la Agencia Federal de Inteligencia (AFI), organismo al que la Ley Nacional de Inteligencia le ha atribuido el carácter de superior del sistema de inteligencia nacional.

En el año 2020 se dictó el decreto N° 213/2020. Entre sus considerandos se señala que, pese a los numerosos antecedentes normativos, persistían diversos obstáculos para un acceso pleno al derecho a la información y para esclarecer la verdad por parte de las víctimas y familiares del atentado ocurrido

---

<sup>20</sup> Ley N° 25.520, artículo 17 con la reforma introducida por la ley N° 27.126.

<sup>21</sup> Página Oficial del Gobierno Nacional de la República Argentina. “El presidente de la Nación Argentina dispuso la intervención de la Agencia Federal de Inteligencia”, noticia del 21 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/alberto-fernandez-decreto-la-intervencion-de-la-afi-0>

<sup>22</sup> Dicho cuestionamiento surge de los considerandos del decreto N° 52/2019.

<sup>23</sup> Decretos N° 540/2020 y 654/2022.

en el año 1994 y su encubrimiento. En consecuencia, clasificó como pública aquella información brindada desde el Estado nacional para los procesos judiciales que ya cuentan con sentencia, relativos al atentado a la AMIA, su encubrimiento y los demás delitos conexos, incluyendo los legajos de investigación y toda la información brindada desde el Estado nacional en las audiencias de los juicios realizados, permitiendo que trascienda el ámbito oficial<sup>24</sup>. A su vez, el DNU N° 214/2020 modificó la Ley de Inteligencia Nacional –ley N° 25.520 y sus modificaciones– al prohibir a los organismos de inteligencia realizar tareas represivas, poseer facultades compulsivas y cumplir funciones policiales o de investigación criminal.

A pesar del marco normativo precedente, en el marco del procedimiento ante el SIDH, la Asociación Civil Memoria Activa alegó y comprobó dificultades en el acceso a la información, así como la vulneración del derecho a conocer la verdad, entre otras cuestiones, debido a la existencia de problemas interpretativos en torno al concepto de “desclasificación absoluta”.

Al abordar este tema, la Corte IDH reiteró los estándares desarrollados en su jurisprudencia<sup>25</sup> con relación al derecho de acceso a la información (artículo 13 CADH) y a conocer la verdad. Sobre este último derecho, si bien no está explícitamente reconocido en la CADH, la Corte IDH señaló que goza de autonomía y naturaleza amplia, ya que, de acuerdo con el contexto y las circunstancias del caso, puede relacionarse con distintos derechos receptados expresamente en la CADH, como es el caso de los derechos a las garantías judiciales (artículo 8 CADH) y a la protección judicial (artículo 25 CADH), o el derecho de acceso a información (artículos 13 CADH).

En este sentido, debemos recordar que la Corte IDH ha dicho que el derecho al debido proceso se debe analizar también desde la perspectiva del

---

<sup>24</sup> Decreto N° 213/2020, artículo 1°.

<sup>25</sup> Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 77; Caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2023. Serie C No. 496, párr. 123; Caso Núñez Naranjo y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de mayo de 2023. Serie C No. 492, párr. 111; Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 67; Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 213.

derecho de los familiares de las víctimas a obtener justicia<sup>26</sup>. Las víctimas de los delitos y sus familiares tienen derecho a conocer la verdad, es decir, a conocer las circunstancias fácticas de las violaciones de las que han sido víctimas y quienes fueron o son sus responsables<sup>27</sup>.

En la sentencia objeto de análisis, la Corte reiteró que, en una sociedad democrática, toda actividad estatal debe regirse por los principios de máxima divulgación, de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción que puedan ejercer el control democrático de las gestiones estatales y puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Se debe presumir que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones<sup>28</sup>.

Sobre estos parámetros de gestión de la información pública, con cita a pronunciamientos anteriores, la Corte IDH señaló que en los casos de violaciones de derechos humanos, las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o procesos pendientes<sup>29</sup>. Además, refirió que los Estados deben incluir a las partes en el marco de estos procesos judiciales y administrativos y colaborar en la recaudación de la prueba para alcanzar los objetivos de la investigación y abstenerse de realizar actos que impliquen obstrucciones para la marcha del proceso investigativo.

---

<sup>26</sup> Corte IDH, Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30

<sup>27</sup> Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

<sup>28</sup> Corte IDH, Caso Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina, *op. cit.*, párr. 222.

<sup>29</sup> Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 180; Caso García Prieto y otros vs. El Salvador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 168, párr. 112; Caso Flores Bedregal y otras vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de octubre de 2022. Serie C No. 467, párr. 138; Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506, párr. 1006.

De este modo, la Corte destacó que los Estados deben arbitrar los medios necesarios a través de un procedimiento adecuado y efectivo, con plazos preestablecidos, para suministrar información relevante al esclarecimiento de los hechos, incluso si dicha información se vincula con el interés general de preservar la seguridad nacional. También mencionó el deber de administrar dicha información adecuadamente, evitando su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado, siempre que subsistan los motivos que justifiquen su conservación, sin importar si su acceso ha sido denegado o no por la autoridad competente<sup>30</sup>.

Por su parte, estableció<sup>31</sup> que, para garantizar la efectiva protección de los derechos humanos reconocidos en la CADH y afirmar su legitimidad en el sistema democrático, las actividades de inteligencia deben someterse a las siguientes exigencias y requisitos:

1) Los servicios de inteligencia deben contar con un marco legal que, con la mayor precisión posible, regule las razones que determinen la necesidad de emprender actividades de inteligencia, defina el contenido de tales acciones para evitar su ejercicio arbitrario, identifique los fines que –por medio de tales actividades– deben perseguirse y estipule las facultades de los órganos y autoridades competentes a fin de posibilitar su control y la eventual deducción de responsabilidades. Es necesario que el marco jurídico establezca, sin perjuicio del control judicial sobre medidas o acciones específicas en situaciones concretas, una institución independiente de los servicios de inteligencia y del Poder Ejecutivo, de naturaleza parlamentaria, administrativa o jurisdiccional, la cual, además de contar con los conocimientos técnicos sobre la materia, debe estar dotada de las facultades para ejercer sus funciones de control, incluido el acceso directo y completo a la información y los datos indispensables para cumplir su cometido.

2) Las actividades de inteligencia deben dirigirse a la realización de un fin legítimo, entendido como un fin “necesario en una sociedad democrática”

---

<sup>30</sup> Corte IDH, Caso Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina, *op. cit.*, párr. 240.

<sup>31</sup> Para ello, hace referencia a lo resuelto en el año 2023 en el caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo” vs. Colombia, *op. cit.*

relacionado a la protección de la seguridad nacional, el mantenimiento del orden público; la salvaguarda de la salud pública y/o la protección de los derechos humanos.

3) Las actividades de inteligencia deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Es decir que deben demostrar que: a) las acciones u operaciones de inteligencia que se emprendan son idóneas o adecuadas para cumplir con el fin legítimo perseguido; b) las actividades de inteligencia en general, y las acciones o métodos empleados en particular, son necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa por su injerencia en los derechos que puedan verse afectados, entre todas aquellas otras acciones o estrategias que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto; y c) las acciones de inteligencia deben resultar estrictamente proporcionales de modo que el sacrificio inherente a la restricción del derecho involucrado no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

Por lo tanto, la Corte IDH refirió que las restricciones a los derechos de acceso a la información, a conocer la verdad de las víctimas y sus familiares y la calificación como reservada de la información en poder de las autoridades de inteligencia, debe estar previamente fijada por una ley, debe responder a un fin legítimo e indispensable en una sociedad democrática y debe cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en las circunstancias del caso concreto. El deber de confidencialidad no puede aplicarse de forma general, sino que debe estar consagrado en la legislación nacional de manera taxativa, clara y precisa<sup>32</sup>.

Señaló además que la clasificación de secreta de cierta información no debe entenderse como indefinidas en el tiempo, sino que debe mantenerse durante el periodo estrictamente necesario para el cumplimiento del fin legítimo

---

<sup>32</sup> Corte IDH, Caso Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina, *op. cit.*, párr. 235 y 236.

perseguido, lo que exige revisiones periódicas para verificar dicha necesidad o la previsión de periodos fijos su desclasificación automática<sup>33</sup>.

Por último, con relación a la independencia de los órganos estatales encargados de las tareas de inteligencia, la Corte IDH destacó que cuando se trata de la investigación de un hecho punible, la decisión de calificar como secreta la información y de negar su entrega, jamás puede depender exclusivamente de un órgano estatal a cuyos miembros se les atribuye la comisión del hecho ilícito, ni quedar a su discreción la decisión final sobre la existencia de la documentación solicitada<sup>34</sup>.

#### **IV. c. Derecho de acceso a la Justicia y al plazo razonable**

El artículo 8.1 de la CADH utiliza el término “plazo razonable” para referirse al lapso de tiempo prudencial en que una persona debe ser oída por la autoridad competente, quien tiene el derecho a recibir una sentencia o resolución que ponga fin a la situación de incertidumbre que genera el mismo procedimiento judicial.

En la interpretación del mencionado precepto, en sintonía con el artículo 25 CADH y pronunciamientos previos<sup>35</sup>, la Corte señaló que “que el derecho de acceso a la justicia en casos de violaciones a los derechos humanos debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables”<sup>36</sup>.

De acuerdo a los criterios del SIDH, con la finalidad de garantizar el acceso a la justicia, la Corte recordó que las víctimas o sus familiares gozan del derecho de participar en todas las etapas de los respectivos procesos, de manera que puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, párr.238.

<sup>34</sup> *Ibid.*, párr. 239.

<sup>35</sup> Corte IDH, Caso Genie Lacayo vs Nicaragua, *op. cit.*, párrafo 77; Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 71 y 72; Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 142 a 144; Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 114; y Caso Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela. *op. cit.*, párr. 96.

<sup>36</sup> Corte IDH, Caso Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina, *op. cit.*, párr. 198.

pruebas y formular alegaciones; en síntesis, hacer valer sus derechos<sup>37</sup>. En este sentido, dentro de la obligación estatal de garantizar los derechos humanos comprendida dentro del artículo 1.1 CADH, los Estados Parte están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos o a sus familiares que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal<sup>38</sup>, es decir, dentro de un plazo razonable. De modo que, la demora injustificada en el deber de investigar y sancionar, por el incumplimiento de la debida diligencia estatal, constituye una violación a las garantías judiciales y al derecho de las víctimas a conocer la verdad.

En esta sentencia, la Corte IDH reiteró su criterio para determinar la razonabilidad del plazo, de acuerdo a los estándares fijados por el TEDH en el caso “Ruiz Mateos vs. España”<sup>39</sup> y luego desarrollados por su propia jurisprudencia<sup>40</sup>. Este criterio de evaluación se centra en observar la duración total del proceso, incluye la ejecución de la sentencia definitiva, a la luz de cuatro elementos: 1) la complejidad del asunto; 2) la actividad procesal del interesado, 3) la conducta de las autoridades judiciales y 4) la afectación generada en la situación jurídica de la presunta víctima<sup>41</sup>.

A partir de este criterio de análisis, la Corte IDH constató en este caso que, si bien se trataba de un asunto complejo, se presentaron varios retrasos procesales que no se debieron a una falta de acción procesal de los interesados y que, por el contrario, estuvieron ligados a la conducta de las autoridades judiciales<sup>42</sup>. En particular, la etapa de juicio por el encubrimiento al atentado se extendió más de siete años y la etapa de instrucción, más de doce. Además, a esta altura de los hechos, ninguna de las causas iniciadas contaba con sentencias definitivas, mientras que la denuncia presentada por el posible delito

---

<sup>37</sup> *Ibid.*, párr. 145.

<sup>38</sup> *Ibid.*, párr. 143.

<sup>39</sup> TEDH, caso Ruiz Mateos vs. España, Sentencia N° 12952/87 del 23 de junio de 1993.

<sup>40</sup> Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, *op. cit.*, párrafo 145; Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, *op. cit.*, párr. 77; Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párr. 66; Caso María y otros vs. Argentina, *op. cit.* Párr. 135 a 147.

<sup>41</sup> Corte IDH, Caso Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina, *op. cit.*, párr. 199.

<sup>42</sup> *Ibid.*, párr. 200.

de encubrimiento en el contexto de la firma del Memorándum de entendimiento entre Argentina e Irán no tiene aún una decisión.

De este modo, la Corte IDH concluyó que el Estado argentino había vulnerado los derechos de las víctimas a que se investigue y sancione a los responsables en un plazo razonable.

#### **IV. d. Debida diligencia y manejo de la prueba**

La obligación de investigar como parte de la obligación de garantizar (artículo 1.1 CADH), "es una obligación de medios y no de resultados, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios"<sup>43</sup>. Por esta razón, toda investigación debe llevarse adelante atendiendo a la debida diligencia.

En el caso objeto de análisis, la Corte IDH, en razón de su competencia, analizó las acciones y omisiones atribuibles a la Argentina con relación al deber de investigar con la debida diligencia en los casos de graves violaciones de derechos humanos en un contexto de actos terroristas.

En la primera etapa, durante la investigación dirigida por el Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 9 (desde el momento del atentado hasta la sentencia del 2004 que declaró la nulidad de lo actuado), la Corte señaló que el Estado utilizó su propia capacidad e institucionalidad para desviar la investigación y que se llevaron adelante una serie de irregularidades que conllevaron nulidades en lo actuado.

En las diligencias iniciales en la escena del crimen, si bien la Corte IDH reconoció que la prioridad de las autoridades se centró en la labor de búsqueda de sobrevivientes, comprobó que no se protegió adecuadamente escena del hecho, no se recogieron de manera adecuada y oportuna las pruebas que allí se hallaron y no se aseguró su cadena de custodia.

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, párr. 144

Al respecto, en los casos “Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala” y Velázquez Paiz”, la Corte IDH manifestó que es fundamental para garantizar la debida diligencia “el correcto manejo de la escena del crimen es un punto de partida de la investigación y, por tanto, determinante para esclarecer la naturaleza, circunstancias y características del delito, así como los participantes en el hecho”<sup>44</sup>. Esto se fundamenta en que la presencia de falencias en las primeras diligencias de la investigación difícilmente pueda ser subsanada, aunado a la pérdida de evidencia que deviene en irreparable<sup>45</sup>.

En este sentido, debe tenerse en cuenta, el Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas de 2016, que establece que debe dejarse constancia de la “cadena de pruebas” o “cadena de custodia”<sup>46</sup> de las pruebas para que puedan ser admitidas en un procedimiento judicial. De acuerdo con dicho Protocolo, a fin de preservar la prueba, se debe fotografiar la escena inicial y la evidencia física y hacer un informe detallando cualquier observación de la escena, las acciones de los investigadores y la disposición de toda la evidencia colectada. Además, se debe asegurar la escena del crimen, controlando la entrada y la salida de personas y limitando el acceso únicamente a personal capacitado (PROTOCOLO DE MINNESOTA, 2016: p.59)

Luego, la Corte IDH expuso que se perdieron elementos de prueba que requerían ser inmediatamente producidos. Destacó que se observaron irregularidades en distintos allanamientos, entre ellos, el allanamiento del domicilio de Carlos Telleldín, quien hasta ese momento era un sospechoso en la causa, que se realizó de manera irregular, sin orden judicial, por funcionarios de inteligencia y vulnerando la incolumidad que poseían los elementos de prueba allí existentes. Por su parte, en seguimiento de la denominada “pista siria”, el Tribunal destacó que se realizaron dos allanamientos de forma sucesiva y no

---

<sup>44</sup> Corte IDH, Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 283, párr. 209; Caso Velázquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 307, párr. 152.

<sup>45</sup> Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 305.

<sup>46</sup> Se refiere a cada una de las etapas de recuperación, almacenamiento, transporte y análisis forense de las pruebas, desde el lugar del delito, pasando por el tribunal y hasta el final del proceso judicial, para asegurar la integridad de las pruebas.

simultánea, frustrando la medida, ya que los ocupantes del segundo lugar ya habían sido alertados. También se comprobó que los funcionarios policiales omitieron sin justificación el allanamiento en uno de los inmuebles involucrados.

En la sentencia se mencionó también que se había probado que las autoridades judiciales, con influencia de los servicios de inteligencia, evitaron producir importantes pruebas y que se direccionó la investigación a una línea deliberadamente fabricada por agentes estatales. Se señaló que ello evitó que se pudieran profundizar en otras líneas de investigación, impidiendo el esclarecimiento del atentado en los diez años posteriores. En relación con ello, comprobadas las maniobras realizadas por agentes estatales con el fin de obstaculizar la investigación y encubrir a los verdaderos autores, la Corte resaltó que se originó un nuevo deber del Estado de investigar y sancionar a los responsables de un nuevo delito: el encubrimiento del atentado<sup>47</sup>.

En la segunda etapa, a partir del año 2005, tomó intervención la UFI AMIA con el objeto de emprender una investigación diligente sobre el atentado. A pesar de ello, la Corte IDH, entendió que “todavía se puede constatar una falta de impulso en la investigación por parte de la UFI AMIA. En efecto, únicamente en el período entre el 2015 y el 2017 se publicaron informes que demostraron avances en la investigación. Por el contrario, entre el 2009 y el 2015, y el 2017 y 2022, no se publicaron informes sobre su labor, impidiendo también a las víctimas tener conocimiento sobre los avances de la investigación”<sup>48</sup>.

La Corte resaltó además que en esta etapa de investigación subsistieron los graves errores en el manejo de la prueba y no se siguieron los protocolos de conservación, inventariado y examen de la prueba. Por el contrario, se ordenó un inventario completo de la prueba forense recién en el año 2015. Asimismo, se manejó negligentemente el material forense recolectado. Sobre este asunto, la Corte IDH subrayó que “el Estado tiene la obligación de recuperar y preservar el material probatorio en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos adecuados”.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Corte IDH, Caso Asociación Civil Memoria Activa vs. Argentina, *op. cit.*, párr. 205.

<sup>48</sup> *Ibid.*, párr. 184.

<sup>49</sup> *Ibid.*, párr. 188.

La Corte IDH abordó también lo relativo a la utilización como prueba de informes de inteligencia constituidos a partir de información obtenida por fuentes cuya identidad es desconocida incluso por los funcionarios judiciales encargados de la investigación. Al respecto, señaló que, si bien pueden ser utilizadas como criterio orientador para la autoridad investigadora, no son suficientes para fundamentar una eventual acusación penal, juzgamiento y condena. Manifestó que en esos casos es necesario que el Estado practique en forma exhaustiva todas aquellas diligencias probatorias que resulten pertinentes para dar suficiente solidez a la versión de los hechos que se pretenden sostener<sup>50</sup>.

Sin embargo, como se mencionó anteriormente, en pos de los derechos al acceso a la información y a conocer la verdad de las víctimas y sus familiares, en los casos de violaciones graves a los derechos humanos, dichos informes deben poder clarificar los hechos y aportar datos ciertos a la causa.

En atención a todo lo expuesto, la Corte consideró que el Estado argentino vulneró el deber de actuar con debida diligencia que demanda arbitrar todos los medios necesarios para investigar de manera exhaustiva, objetiva y sin demoras<sup>51</sup> y sancionar a los responsables, tanto del atentado como de los responsables por las maniobras de encubrimiento que se dieron en la primera etapa de la investigación.

## V. Reparaciones

A partir de la página 89 de la sentencia, la Corte IDH se avoca al tratamiento y resolución de las reparaciones. De este modo, las diferentes medidas ordenadas están clasificadas de la siguiente manera: obligación de investigar; medidas de satisfacción; garantías de no repetición; otras medidas solicitadas; indemnizaciones compensatorias; costas y gastos. Haremos una breve referencia a cada una de ellas a continuación.

En cuanto a la obligación de investigación, la Corte ordenó al Estado argentino: a) remover de forma inmediata todos los obstáculos *de facto* y *de jure* que mantienen la impunidad total en el caso e iniciar, continuar, impulsar y/o

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, párr. 191.

<sup>51</sup> *Ibid.*, párr. 194.

reabrir las investigaciones que sean necesarias para individualizar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables del hecho y establecer la verdad de lo ocurrido, todo ello dentro de un plazo razonable tomando en consideración el tiempo transcurrido desde que sucedieron; *b)* proseguir con la tramitación de los procesos pendientes en contra de los responsables del encubrimiento del atentado en un plazo razonable con el fin de aplicar, en su caso, las sanciones correspondientes a quienes fueran encontrados responsables.

Dentro del siguiente grupo –medidas de satisfacción–, la Corte IDH ordenó al Estado: *a)* publicar el resumen oficial de la sentencia elaborado por la Corte IDH por una vez en el Boletín Oficial, en un medio de comunicación de amplia circulación nacional y la sentencia en su integridad por al menos un año en el sitio *web* oficial del Poder Ejecutivo Nacional y del Poder Judicial de la Nación, de manera accesible al público y desde la página de inicio; *b)* realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en el cual haga referencia a las violaciones de los derechos humanos declaradas en la sentencia y en presencia de las víctimas del caso, si así lo desean; *c)* realizar un documental sobre los hechos del caso y velar por su difusión “pues estas iniciativas son significativas tanto para la preservación de la memoria y satisfacción de las víctimas, como para la recuperación y el establecimiento de la memoria histórica”<sup>52</sup>; *d)* crear un archivo histórico accesible a todo el público sobre los hechos del atentado, la investigación, su encubrimiento y el rol de las asociaciones de víctimas para el esclarecimiento de la verdad para permitir que no solo las víctimas y sus familiares sino la sociedad en su conjunto sepan lo que ocurrió en el atentado y las posteriores maniobras de encubrimiento para que, además, de que estos hechos no se repitan.

A su vez, a las garantías de no repetición que dispuso se clasifican en: medidas relativas a la prevención, investigación y órganos de inteligencia y acceso a la información. Dentro de las primeras, la Corte IDH ordenó que, en el plazo de dos años, el estado: *a)* tome medidas normativas necesarias para regular las condiciones de incorporación como evidencia judicial de la

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, párr. 309.

información obtenida por las agencias de inteligencia a las causas judiciales; y *b)* desarrolle en el marco del Ministerio Público un programa de capacitación sobre el recurso a la información emanada de actividades de inteligencia que sea dirigido a fiscales a nivel federal, que tome en cuenta los estándares y las buenas prácticas desarrolladas en la sentencia. En cuanto a las medidas de acceso a la información, ordenó que en el plazo de dos años el estado *a)* tome medidas legislativas, administrativas y de otro carácter necesarias para reglamentar las solicitudes de desclasificación de los documentos; *b)* tome las medidas legislativas, administrativas y de otro carácter que sean necesarias para dar pleno acceso a las víctimas, a sus representantes y a los querellantes a todas las investigaciones, expedientes judiciales y administrativos, a todos los legajos e información vinculada directa e indirectamente con el atentado y su encubrimiento que estén en manos del Poder Ejecutivo o de la UFI AMIA y que hayan sido desclasificados; *c)* continúe con las gestiones administrativas con el fin de que la totalidad de los archivos relacionados con el atentado o su encubrimiento sean ubicados en espacio físico adecuado que garantice su buena conservación y permita la consulta por el público de aquella información desclasificada; *d)* en el plazo de un año garantice la implementación del área específica de análisis de toda la documentación de inteligencia desclasificada en el seno de la UFI AMIA (creada por la resolución N° PGN N° 13/2023) y, en el plazo de cinco años, compilar y sistematizar la información desclasificada, velar por su digitalización y la creación de guías para su consulta, siguiendo las buenas prácticas en materia de gestión archivística.

Por último, la Corte IDH ordenó el pago de indemnizaciones compensatorias por daños materiales e inmateriales y por el reintegro de costas y gastos en que incurrieron los representantes y las víctimas a fin de obtener justicia en instancia nacional e internacional.

Cabe mencionar que en un apartado especial la Corte IDH analizó otras medidas solicitadas por la Comisión IDH y los representantes de las víctimas. Entre ellas, se encontraban la realización de actos conmemorativos que contribuyan a preservar la verdad y la memoria con relación al atentado de la AMIA, la difusión de los principios y normas básicas de protección de los

derechos humanos y la adopción e implementación de medidas para fortalecer las capacidades del estado en materia de prevención de ataques terroristas que constituyan actos discriminatorios. Al momento de examinar este pedido, la Corte IDH señaló que la emisión de la sentencia y las reparaciones ordenadas resultaban “suficientes y adecuadas para remediar las violaciones sufridas por las víctimas, por lo que no estima necesario ordenar medidas adicionales”. No obstante, siguiendo la solicitud de los representantes de las víctimas, decidió exhortar al Estado “a que ratifique la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia y la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia”<sup>53</sup>.

## VI. Conclusión

¿Existe justicia cuando llega tan tarde? Este es quizá uno de los mayores interrogantes que surge al leer esta sentencia que condenó al Estado argentino por violar los derechos humanos de las víctimas del atentado y sus familiares.

A poco de cumplirse treinta años del ataque a la sede de la AMIA, a nivel interno, no hay ninguna persona condenada, no se sabe todavía con certeza quienes son los responsables del atentado, quienes lo perpetraron ni su motivación. A ello se le suman las diferentes maniobras de encubrimiento desarrolladas por el estado para perpetuar impunidad.

De este modo, pese al tiempo transcurrido, no tenemos dudas que estamos ante un pronunciamiento histórico de la Corte IDH que posee un valor jurídico y simbólico incalculable para las ochenta y cinco víctimas fatales del hecho y los cientos de heridos, sus familiares y para la sociedad en su conjunto, dentro del reclamo de memoria, verdad y justicia.

## VII. Bibliografía

ABRAMOVICH, V. – COURTIS, C. (2000), “El acceso a la información como derecho”, Anuario de Derecho a la Comunicación. Buenos Aires, Editorial Siglo XXI.

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, párr. 329.

ALBANESE, S. (2007), "Garantías Judiciales", 2ª edición, Buenos Aires, Ediar.

BERNALES ROJAS, G. (2016), "Derecho a la verdad", Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Vol. 14, N° 2, pp. 263-304. Accesible en: <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v14n2/art09.pdf>

CATOIRA, A. A. (2002), "El secreto de Estado y los servicios de Inteligencia", Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol N° 38/39, Valencia. Accesible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r12916.pdf>

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (2023). Guía para defensores y defensoras de Derechos Humanos. La protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano (3ª edición). Buenos Aires, CEJIL. Accesible en: <https://cejil.org/publicaciones/guia-para-defensores-y-defensoras-de-derechos-humanos/>.

DEL CASTILLO, L. (2021), "Cortes y tribunales internacionales. Organización, competencia, procedimiento y jurisprudencia" (1ª ed.). Buenos Aires, Astrea.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, E. (2019), Parte I – Deberes de los Estados y derechos protegidos. Artículos 1 y 2, en Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario, 2ª ed., Alemania, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 56 a 59. Accesible en: <https://www.kas.de/documents/271408/4530743/Comentario+a+la+Convención+Americana+de+Derechos+Humanos.pdf/80dbaf95-954f-97f7-0d13f98b339b03e4?version=1.0&t=1578605367105>

MÉNDEZ POWELL, F. & PIZARRO SOTOMAYOR, A. (2006). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Aspectos sustantivos. Panamá, Universal Books.

NASH ROJAS, C. (2009). Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2ª ed.). Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

NUÑO, A. (2019), "Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario, 2ª ed., Alemania,

KonradAdenauer Stiftung, pp. 961 a 1090. Accesible en:  
<https://www.kas.de/documents/271408/4530743/Comentario+a+la+Convención+Americana+de+Derechos+Humanos.pdf/80dbaf95-954f-97f7-0d13-f98b339b03e4?version=1.0&t=1578605367105>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2016). Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas. Accesible en:  
[https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/MinnesotaProtocol\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf)

PIZZOLO, C. (2007). Sistema Interamericano: la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia. Buenos Aires, Ediar.

SALVIOLI F. (1997). Derechos, acceso y rol de las víctimas, en “El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, San José de Costa Rica, ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 293 – 342. Accesible: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/derecho-acceso-y-rol-de-las-victimas-en-el-sistema-interamericano-de-proteccion-a-los-derechos--2.pdf>

STEINER, C. & FUCHS, M. C. (2019), “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”, 2ª ed., Alemania, Konrad Adenauer Stiftung. Accesible en: <https://www.kas.de/es/web/rspla/veranstaltungsberichte/detail/-/content/comentario-a-la-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-1>

TOJO, L. (2019), Parte II – Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en “Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario”, 2ª ed., Bogotá, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, pp. 896 a 960. Accesible en:  
<https://www.kas.de/documents/271408/4530743/Comentario+a+la+Convención+Americana+de+Derechos+Humanos.pdf/80dbaf95-954f-97f7-0d13f98b339b03e4?Version=1.0&t=1578605367105>

## **Seguí las actividades**

**del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:**

**[www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/](http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/)**



**CentrodeExcelenciaIRDH**



**@centro\_dh**



**centrodeexcelenciajmbairdh**



**Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH**

**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](http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica-integracion-regional-y-ddhh.php)**



**revistajeanmonnetuba**