

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

Año XI – Nº 1 – 1º semestre 2023



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



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

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

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

Año XI – N°1 – Primer semestre 2023

ISSN: 2346-9196

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

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

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

DIRECTOR

CALOGERO PIZZOLO

Catedrático *Jean Monnet* – Universidad de Buenos Aires, Argentina

CONSEJO ACADÉMICO

PAOLA ACOSTA (Universidad del Externado de Colombia, Colombia)

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

JAVIER PALUMMO (Universidad de la República, Uruguay)

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

MARCELLO DI FILIPPO (Universidad de Pisa, Italia)

ROBERTO CIPPITANI (Universidad de Perugia, Italia)

JAVIER GARCÍA ROCA (Universidad Complutense de Madrid, España)

LAURENCE BURGORGUE LARSEN (Universidad de París I, Francia)

LAURA MONTANARI (Universidad de Udine, Italia)

VALENTINA COLCELLI (Consiglio Nazionale delle Ricerche, Italia)

FABRIZIO FIGORILLI (Universidad de Perugia, Italia)

PABLO PODADERA RIVERA (Universidad de Málaga, España)

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ (Universidad de Granada, España)

ALFREDO SOTO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

SANDRA NEGRO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

CONSEJO EDITORIAL

ANDREA MENSA GONZÁLEZ (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

FEDERICO TABOADA (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

JEREMÍAS BRUSAU (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

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

Índice

Editorial /

Palabras del Director **3**

Doctrina /

La protección del estado de derecho en la jurisprudencia del TEDH y su particular
conexión con el art. 6.1 CEDH **8**
ANDREA GARRIDO RAYA

China, Japón y Corea del Sur: convergencias y divergencias en torno a la integración
en Asia Oriental. Tratados comerciales, mecanismos de cooperación y alianzas
militares **35**
AUGUSTO AQUILES GONÇALVES

Los Derechos Humanos en la Unión Europea: avances y retrocesos. La migración
como caso de estudio **54**
SUSANA SANZ CABALLERO

Interpretación evolutiva de tratados de Derechos Humanos: de límites binarios a
límites discursivos **81**
LUKAS SYDOW

Los principios rectores de Naciones Unidas sobre las empresas y los Derechos
humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **117**
MANUEL ROIG

Derecho a la salud y acceso a los cuidados prenatales de las mujeres migrantes
internacionales: análisis de situación en Córdoba, Argentina **152**
GABRIEL ESTEBAN ACEVEDO Y NATALIA TUMAS

Métodos de interpretación de los tribunales internacionales y supranacionales
NATALÍ PAVIONI Y SOFÍA TONELLI **169**

Las denuncias interestatales por violaciones a los Derechos Humanos en los
sistemas europeo e interamericano **189**
AGUSTÍN ULANOVSKY Y MARÍA TRINIDAD BENI

Editorial/ Palabras del Director

Estimadas/os lectores:

Les presentamos el número de la Revista IR&DH correspondiente al primer semestre 2023.

La Revista se inicia con un análisis, a cargo de Andrea Garrido Raya, sobre la novedosa saga jurisprudencial con la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y su singular conexión con el principio de *Rule of Law*, procura proteger a los jueces nacionales de injerencias políticas y gubernativas susceptibles de atentar contra su independencia en el cargo.

Le sigue un estudio desarrollado por Augusto Aquiles Gonçalves sobre convergencias y divergencias en torno a la integración en Asia oriental vinculadas a los tratados comerciales, mecanismos de cooperación y alianzas militares. En este caso, el foco está puesto en China, Japón y Corea del Sur.

A las colaboraciones anteriores, se suma, en perspectiva histórica, las consideraciones de Susana Sanz Caballero en torno a los que considera avances y uno de los principales retrocesos en la protección de los derechos humanos en la Unión Europea. El principal avance documentado es la propia creación de un sistema de protección de los derechos humanos partiendo de la nada. El gran retroceso, vinculado a la policrisis que afecta a la misma Unión Europea (financiera, económica, bélica, alimenticia), se identifica con el Pacto de Migración y Asilo que se consensuó en 2020, y que está llamado a sustituir al sistema de Dublín.

Lukas Sydow, por su parte, nos propone discutir sobre la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos y lo que señala son “límites binarios a límites discursivos”. El autor cuestiona los límites binarios tradicionalmente señalados para la interpretación evolutiva, que se basan en una concepción voluntarista del derecho internacional, restringiendo la jurisprudencia a un papel de fuente verificadora, no creadora.

Manuel Roig destaca el avance del derecho internacional sobre ámbitos jurídicos que antes estaban bajo la sombra de los Estados. En particular, se concentra en las empresas las cuales, afirma, asociadas con otras materias y

disciplinas, también se ven condicionadas por los derechos humanos. El autor señala que, con el fin de evitar vulneraciones perpetuadas por empresas privadas, la ONU ha aprobado “los Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos Humanos: Puesta en práctica en el marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin de darles fuerza normativa y, a pesar de no ser vinculantes, los ha receptado en su jurisprudencia.

Gabriel Esteban Acevedo y Natalia Tumas, en un estudio multidisciplinario, sostienen que la Salud Sexual y Reproductiva es un derecho fundamental. El artículo busca indagar sobre la influencia que ejerce la condición de migrante como determinante de la salud reproductiva, analizando, desde una perspectiva de derecho, la situación del acceso a los cuidados prenatales en las mujeres migrantes internacionales, con particular atención a las residentes en la provincia de Córdoba, Argentina.

Natalí Pavioni y Sofia Tonelli indagan sobre el método de interpretación de los Tribunales Internacionales y Supranacionales los cuales, para resolver diferentes problemas jurídicos, deben adoptar diferentes herramientas que le permitan abordar el problema y conocer la forma de interpretar las normas. Las pautas de interpretación utilizadas, según las autoras, nos dan criterios que deben ser tenidos en cuenta para resguardar la tutela efectiva de los derechos contemplados en los distintos instrumentos.

Finalmente, Agustín Ulanovsky y María Trinidad Beni examinan la utilización de los mecanismos de denuncia interestatal en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos. El enfoque principal radica en dilucidar, mediante un análisis comparativo, la importancia de estos mecanismos en el fortalecimiento de la integración regional y la salvaguardia de los derechos fundamentales.

Dr. Calogero Pizzolo

Doctrina/

LA PROTECCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y SU PARTICULAR CONEXIÓN CON EL ART. 6.1 CEDH

Andrea Garrido Raya¹

Fecha de recepción: 27 de marzo de 2023

Fecha de aceptación: 27 de junio de 2023

Resumen

El contexto de auge que los movimientos iliberales están experimentando en la Europa del Este ha favorecido la llegada al poder de gobiernos proclives a cuestionar los principios más esenciales del constitucionalismo europeo. Estos “autócratas legalistas” están realizando numerosas regresiones del principio de Estado de Derecho con vistas a degradar el estatus de independencia de los jueces nacionales, lo que pone en grave peligro la propia continuidad del proceso de integración. Este artículo se centra en la novedosa saga jurisprudencial con la que los jueces de Estrasburgo, con fundamento en el art. 6.1 CEDH y su singular conexión con el principio de *Rule of Law*, pretenden proteger a sus colegas nacionales de injerencias políticas y gubernativas susceptibles de atentar contra su independencia en el cargo. Finalmente se concluye con un análisis crítico en torno a las principales potencialidades y problemas que dicha saga jurisprudencial podría presentar como herramienta supranacional en defensa del Estado de Derecho.

Palabras clave: Estado de Derecho - Independencia judicial - Derecho Constitucional Europeo – Iliberalismo - TEDH

Title: THE PROTECTION OF THE RULE OF LAW IN THE CASE LAW OF THE ECTHR AND ITS PARTICULAR CONNECTION WITH ART. 6.1 ECHR

¹ Investigadora predoctoral FPU en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, España. Doctoranda en el Programa de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Granada, España. Graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Granada, España.

Abstract

The context of illiberalism which plagues the whole European legal area has led several authoritarian political leaders to take power in Eastern Europe. Showing formal compliance with the Law and democracy, these rulers are questioning the most basic principles which inspire European Constitutional Law, specially the principles of *Rule of Law* and independence of the judiciary, what severely jeopardises the very continuity of the European integration process. This article focuses on the new case-law built by the ECtHR via art. 6.1 CEDH and its particular connection with the principle of *Rule of Law*. The ECtHR's judges are currently using this new case law as a means of protecting their national colleagues from political and administrative acts prone to affect their independence as judges. The most important advantages and drawbacks of this case-law are finally analysed, in order to see whether this whole set of sentences can actually become an effective European tool to safeguard the principle of *Rule of Law* against illiberalism.

Keywords: Rule of Law - Judicial independence - European Constitutional Law – illiberalism - ECtHR

I. El Estado de Derecho como principio constitucional del Derecho Europeo

A partir del constitucionalismo de la segunda postguerra el estándar europeo de Estado de Derecho (EdE) comienza a conjugarse, de forma generalizada, con la promoción de la democracia liberal, del constitucionalismo normativo y de la legitimación democrática del poder (CASTELLÁ ANDREU, 2022: pp. 245-247). La Ley Fundamental de Bonn (1949) lidera esta tendencia con la definición de la República Federal Alemana y de sus *Länder* como entidades constitucionales respetuosas con los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social. De forma similar, la Constitución española (1978) define en su art. 1 al Estado español como un Estado de Derecho democrático y social. Dos años antes lo hacía también la Constitución de Portugal (1976), que recoge en su Preámbulo como objetivos del poder constituyente defender los derechos fundamentales (DDFF), establecer los

principios básicos de la democracia, asegurar la primacía del Estado de Derecho democrático y abrir la senda hacia una sociedad socialista (CASTELLÁ ANDREU, 2022b: pp. 41-43). Si bien todo esto ha hecho de la defensa del Estado de Derecho -y democrático y social- un sello identitario de la tradición jurídica europea, no ha conducido, en cambio, a la construcción de un concepto europeo de EdE que defina de forma explícita y universal su contenido o sus implicaciones en relación al proceso de integración. Ni en el sistema convencional, ni tampoco en el comunitario. Es por ello por lo que Salinas De Frias ha llegado a afirmar que el *Rule of Law (RoL)*, más allá de ser entendido como un principio conceptualizado de manera más o menos concreta representa, más bien, una “denominación común”, conformada por una serie de principios fundamentales con cuya promoción se pretende garantizar una convivencia pacífica y segura en el seno de toda sociedad constitucional y democrática. (SALINAS DE FRIAS, 2018: p. 91).

i. Los orígenes del estándar europeo de Estado de Derecho: los parámetros convencionales

El Consejo de Europa (CdE) fue la primera (1949) de las organizaciones multilaterales en integrar en su marco jurídico-institucional la observancia debida, *so pena de sanción*, del respeto al principio del “Imperio del Derecho”, además de exigir a este último como requisito a cumplir por los Estados que pretendían adherirse a la organización (arts. 8 y 3 Estatuto CdE). Esta temprana inclusión ha permitido a aquella, a pesar del silencio mantenido por su estatuto y por el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), desarrollar de manera paulatina los parámetros principales que informan dicho concepto, los cuales, eventualmente, también han sido tomados como punto de partida y referencia por las instituciones de la Unión Europea para desarrollar los suyos propios. Todo ello ha favorecido el surgimiento progresivo de un estándar supranacional en torno al principio de Estado de Derecho, y, con ello, de los cimientos estructurales de todo el patrimonio constitucional europeo.

Es a partir de los informes elaborados por la Comisión de Venecia (CdV) de donde podemos inferir el sustento más básico y esencial que nutre al concepto de EdE en Europa. Según esta última, un Estado es de Derecho cuando todos sus ciudadanos son tratados con dignidad e igualdad de acuerdo a una ley aprobada bajo procesos transparentes y democráticos. Ello habilita la creación de un derecho capaz de controlar a los poderes públicos, cuya validez viene a ser impugnabile ante unos tribunales independientes e imparciales mediante un proceso justo y de duración razonable. Siguiendo esta línea, los elementos básicos que estructuran el contenido mínimo del EdE para el CdE y también, necesariamente, para sus Estados miembros, son fácilmente deducibles: “*el principio de legalidad*” (1); en virtud del cual la ley promulgada debe imperar sobre los sujetos privados y muy especialmente, también sobre todos los poderes públicos, el de “*seguridad jurídica*” (2); que promociona la creación de un ordenamiento caracterizado por la certeza y previsibilidad jurídica, “*la prohibición de la arbitrariedad por parte de los poderes públicos*” (3), asegurada ésta por la implantación de un sistema de rendición de cuentas que evite por parte de aquellos un ejercicio abusivo de su poder, “*el acceso a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley*” (4), permitiéndose con ello la revisión jurisdiccional de los actos aprobados por los poderes legislativo y ejecutivo, “*el respeto a los derechos humanos*” (5) y por último pero no menos importante, “*la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación*” (6).

Apenas se requiere este brevísimo repaso sobre los elementos estructurales más primigenios del estándar convencional de EdE para poder observar el vínculo indisoluble que une a aquel con el clásico principio liberal de la separación de poderes, hasta el punto de llegar a afirmar Spano que el *RoL* representa un anatema para los nuevos Estados iliberales europeos, los cuales se encuentran dominados por “autócratas legalistas” y regidos no por leyes democráticas y de aplicación general, sino por la voluntad irrestricta de aquellos que ostentan el poder público. (SPANO, 2021: p. 272) Todo esto explica, a su vez, que pese a no existir un nexo jerárquico entre todos los elementos que estructuran el EdE, sí que hay uno de ellos que destaca

especialmente sobre los demás: el referente al derecho de acceso a una justicia independiente e imparcial. La razón es simple, pues solo unos jueces y tribunales independientes e imparciales, ajenos a cualquier presión externa (política) o interna (jerárquica) y sometidos, únicamente, al marco jurídico y legal vigente, serán capaces de imponer, sobre el resto de poderes públicos (legislativo y ejecutivo) y ante la ciudadanía, un sistema de rendición de cuentas (*accountability*) que responda a los actos abusivos o ilegítimos que aquellos hayan podido cometer o aprobar; advirtiéndose así una ineludible conexión “medio-fin” (CASTELLÁ ANDREU, 2022b: p. 44) entre el principio de la independencia judicial y el Estado de Derecho y la separación de poderes. Junto a ello hemos de tener en cuenta que nuestros DDFF valen lo que vale el sistema jurisdiccional que se dedica a velar por su garantía o, en el peor de los casos, a reparar los daños causados por su ilegítima vulneración. En ese sentido, un sistema jurisdiccional plenamente eficaz y garante de los derechos necesita, indefectiblemente, de un poder judicial neutro e impermeable a las injerencias del poder político. No en vano, sin independencia judicial resulta inviable la realización del derecho a la tutela judicial efectiva, cuya singular caracterización como derecho instrumental o “estrella” convierte a éste en un presupuesto indispensable para la garantía eficaz del resto de DDFF.

La independencia judicial representa, en definitiva, el componente fundamental del EdE, pues con la degradación de aquella deviene irrealizable el resto (CRAIG, 2019: pp. 1-14) de elementos que conforman el *RoL*; desde los principios de legalidad o separación de poderes hasta la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, siendo la plena vigencia de todos estos principios estructurales, a su vez, la *conditio sine qua non* para la garantía del resto de principios fundamentales e inspiradores del constitucionalismo europeo; la democracia y la protección de los DDFF, con los cuales, como se trata aquí de argumentar, el principio de EdE mantiene una imbricación profunda e inquebrantable².

²Frente a su reducida concepción “*thin*” o formalista, tanto el CdE como las instituciones de la UE asumen, sin ningún tipo de duda, la versión “*thick*” o sustantiva de EdE. Así lo corrobora

Esta consecuente asunción del principio de EdE como piedra basilar del Derecho Constitucional Europeo (que se fundamenta en que la regresión del primero conlleva, inevitablemente, la violación del resto de los principios inspiradores del segundo; la garantía de la democracia y de los DDFF) debe ser tomada como el marco de referencia para entender el panorama de crisis constitucional que predomina hoy en Europa, y el cual responde a la actitud hostil e iliberal asumida por algunos gobiernos estatales con la idea de cuestionar el contenido esencial del principio de EdE, y, con ello, de todo el constitucionalismo europeo.

II. El iliberalismo constitucional y el proceso de retroceso del Estado de Derecho en Europa

En efecto, la crisis constitucional que asola a países como Polonia y Hungría y que además amenaza con propagarse por todo el espacio jurídico europeo nace a partir de una forma perversa de entender el constitucionalismo normativo, y más concretamente, uno de sus principios más esenciales: el Estado de Derecho.

Tradicionalmente (LEVITSKY Y ZIBLATT, 2018), las embestidas producidas contra el EdE solían realizarse a partir de la ruptura abrupta y violenta del ordenamiento jurídico e institucional que imperase en el momento. Es decir, la forma habitual en la que el EdE se veía derrocado era a través de los golpes de Estado, cuya finalidad siempre ha sido la de romper con la legalidad vigente y sustituir esta última por aquella propugnada e impuesta, de forma autoritaria, por los golpistas. Desde finales del siglo XX y principios del siglo XXI, en cambio,

la Comisión Europea en una de sus Comunicaciones del año 2014, al afirmar que “no puede haber democracia y respeto a los derechos fundamentales sin respeto al Estado de Derecho y viceversa. Los derechos fundamentales solo son eficaces si son justiciables. La democracia está protegida si el papel fundamental del poder judicial, incluidos los tribunales constitucionales, puede garantizar la libertad de expresión, la libertad de reunión y el respeto de las normas que regulan el proceso político y electoral”, COM (2014) 158 final, Estrasburgo, 11.3.2014.

es posible apreciar como el contexto de deterioro del EdE y de la democracia que se observa, de forma generalizada, a lo largo de todo el planeta, no sigue este patrón de autoritarismo frontal, sino que secunda una línea disruptiva mucho más sutil y compleja, al ser ésta promocionada por unos gobernantes que han sido elegidos democráticamente y que están utilizando los mecanismos que el propio EdE les brinda para vaciarlo desde dentro sin necesidad de recurrir a las armas.

Tanto el *Fidesz* como *Ley y Justicia (PiS)* son partidos políticos que, tras ganar ampliamente las elecciones nacionales han conseguido, bajo el respeto formal del marco legal, realizar un vaciamiento material de los principios básicos del EdE a través de reformas legislativas y constitucionales que redundan en actos jurídicos totalmente contrarios al pluralismo o a la separación de poderes, y en relación con este último, muy especialmente, a la independencia del poder judicial. De esta manera, mimetizando el discurso populista que tanto éxito ha tenido en Latinoamérica³, los gobernantes polaco y magiar promueven las regresiones del *RoL* afirmando que sus actos de reforma responden a la voluntad de toda la Nación que ellos mismos representan, autoconfiriéndose así una legitimidad democrática extraordinaria que les permite presentar a cualquier oposición, tanto interna como externa (UE y CdE), como una oposición antidemocrática e invasiva, contraria a los intereses de la Nación y a la voluntad de la mayoría que solo ellos encarnan (DRINÓCZI Y BIEN-KACALA, 2019: pp. 1156-1159).

En consecuencia, cualquier tipo de freno y contrapeso (*checks and balances*) inherente al estándar europeo de EdE y necesario para garantizar la separación de poderes resulta peligroso para estos líderes políticos y su estrategia para acumular poder. Ello lleva a estos últimos a presentar dichos mecanismos de control, característicos de los regímenes democrático-liberales, como enemigos ilegítimos de la voluntad popular, y bajo el amparo de esta

³ Este proceso de ruptura con la democracia y el EdE a través, precisamente, del propio EdE, comienza a tomar forma en la década de los 90 en Venezuela. Para profundizar sobre ello puede consultarse a PÉREZ PERDOMO (2003: pp. 311-317).

última, a proceder a interferir sobre aquellos hasta llegar a capturarlos totalmente.

Dentro de esta estrategia de control y secuestro de los clásicos frenos y contrapesos que deben regir sobre los poderes públicos conviene enfatizar, por su singular relación con el proceso de integración, su proyección sobre el poder judicial y los tribunales constitucionales nacionales. Respecto a estos últimos, su captura política es relativamente sencilla (BUSTOS GISBERT, 2022a: pp.112-113), pues dichos tribunales suelen ser órganos concentrados compuestos por un número reducido de miembros que, además, son mayoritariamente elegidos por el poder parlamentario, de manera que su secuestro puede realizarse a través de la reelección política de los magistrados que los conforman. No en vano, esta fue la fórmula seguida por el *PiS* nada más ganar las elecciones de 2015.

El poder judicial, en cambio, es mucho más difícil de capturar, dado su carácter descentralizado y su composición mucho más numerosa. Es en este punto, en consecuencia, donde aparecen los famosos Consejos Judiciales como órganos encargados del gobierno de los jueces y como principales responsables del diseño y/o aplicación de sus sistemas de nombramiento, promoción o régimen disciplinario -del estatuto jurídico de los jueces, en definitiva-. En efecto, la estrategia iliberal seguida, muy especialmente, por el poder ejecutivo polaco se centra, entre otras muchas cosas, en controlar e invadir a este último órgano constitucional a través de la exclusiva designación política de sus miembros, para con ello, indirectamente, acabar capturando a todo el conjunto de magistrados y tribunales nacionales mediante la presión que el primero puede ejercer sobre los segundos con la elaboración de sus propuestas de designación o el diseño de su régimen profesional y disciplinario.

En síntesis, tras tomar la senda iliberal, estos líderes políticos han conseguido controlar y dejar sin efecto los sistemas de contrapesos liberales cuyo respeto les es impuesto por el principio de la separación de poderes como requisito para garantizar que sus actos y funcionamiento se adecuan, precisamente, al principio democrático al que ellos invocan.

La extraordinaria magnitud y relevancia de todas estas medidas nacionales e iliberales, así como su tendencia a socavar, por completo, los principios más esenciales del Derecho Constitucional Europeo, pone en serio peligro la continuidad de todo el proceso de integración. Ello es lo que ha suscitado, pese a encontrarnos dentro de una materia de competencia exclusivamente estatal, la apresurada reacción de las instituciones supranacionales. En este escrito se pretende abordar la respuesta procedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y más concretamente, su nueva y singular línea jurisprudencial construida en torno a la defensa del *RoL* en general, y de la independencia de los jueces, en particular.

III. El TEDH como guardián supranacional del Estado de Derecho: la conexión entre el *Rule of Law*, la independencia judicial y el art. 6.1 CEDH

El hecho de que el respeto al EdE no esté contemplado expresamente en la Convención como un derecho cuya vulneración sea directamente invocable ante el TEDH, no ha impedido que este último venga tradicionalmente utilizando al *RoL* como el principio inspirador estrella (SPANO, 2021: pp. 268-270) de toda su saga jurisprudencial, construida ésta por y para la defensa de derechos en el espacio jurídico europeo. Existe, por tanto, una correlación directa y embrionaria entre la primacía de la Ley y del Derecho (democrático) y la protección de los derechos humanos. Así, un Estado solo será capaz de cumplir con las obligaciones derivadas del CEDH cuando éste esté gobernado de acuerdo a los elementos estructurales del *RoL*: legalidad, seguridad jurídica, separación de poderes e interdicción de la arbitrariedad. Esta interdependencia entre el *RoL* y la protección de derechos humanos impregna a aquel de una significación sustantiva y material que trasciende a cualquier intento por conseguir una reducción formalista de su significado.

Es a esta significación sustantiva a la que se refiere el TEDH cuando define al EdE como principio vertebrador fundamental de todo el “orden público

europeo”⁴. Por consiguiente, pese a la ausencia explícita del EdE en el Convenio, el TEDH siempre ha reconocido a este último como un elemento vinculado a todos los artículos de la misma; lo que significa que cuando aquel examina un recurso por el que se denuncia la violación de la Convención, el *RoL* representa el sustento axiológico de partida para poder efectuar una justa interpretación y aplicación de todos los derechos declarados.

La omnipresencia del EdE en la interpretación y aplicación de todo el sistema convencional otorga al *RoL* lo que SPANO denomina un estatus normativo de proyección tridimensional (SPANO, 2021: pp. 277-282). En ocasiones este estatus se manifiesta como un principio informador general que garantiza el contenido esencial de cada uno los derechos del CEDH, a la par que concilia a estos con un uso racional y proporcionado del poder gubernamental, en otras funge como una auténtica norma autónoma, de contenido fijo y funcional para la garantía del imperio de la Ley y del Derecho (arts. 5.1 o 7 CEDH), y en otras, finalmente, se muestra como un concepto híbrido entre norma y principio. Esta última proyección entronca, particularmente, con la independencia del poder judicial a la que hace referencia el art. 6.1 CEDH⁵, cuyo concepto, como elemento constitutivo del EdE, se desdobra, además, en dos aspectos diferentes pero íntimamente relacionados: la independencia de los jueces *de jure* y su independencia *de facto*. Estas dos

⁴Entre otras, STEDH (Gran Sala) *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, 21/06/16, apartado 145.

⁵Compárese, por ejemplo, el contenido del art. 7 CEDH: “Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional [...]”, con el del art. 8.2 CEDH: “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria [...]”: el margen de actuación estatal vía art. 8.2 CEDH en detrimento de la esencia del derecho a la vida privada *ex.art.8.1* es mucho más flexible que el del derecho recogido en el art. 7; que exige que antes de ser condenado por una conducta determinada exista un suficiente marco jurídico previo y previsible que tipifique claramente la conducta controvertida. Por lo que respecta al art. 6.1 CEDH; “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil [...]”; el requisito de legalidad (“establecido por la ley”) pretende evitar que la organización judicial dependa en exceso del poder ejecutivo, garantizando con ello su legitimidad, su independencia e imparcialidad. Ahora bien, la teoría de división de poderes asumida o la forma en la que la legislación organiza y designa a los jueces al margen del resto de poderes queda “a discrecionalidad” del Estado, siempre y cuando este respete el estándar mínimo convencional de independencia e imparcialidad.

proyecciones de la independencia del poder judicial se refieren, por un lado, a que el marco jurídico vigente debe expresar y garantizar que las decisiones que afectan al estatuto jurídico de los jueces son tomadas conforme al único criterio de la legalidad, y, por otro, a que todas las instituciones públicas respetan y acatan los fallos de los tribunales incluso cuando estén en desacuerdo con los mismos y sin intentar desprestigiar por ello la *auctoritas* de estos últimos: todo ello permite que los jueces sean independientes del resto de poderes públicos jurídica e institucionalmente, lo que asegura tanto la vigencia del derecho a un juicio justo ante un tribunal imparcial establecido por la ley, como la confianza de la ciudadanía en la justicia y en la transparencia de las instituciones, o, en otras palabras, en el buen progreso y primacía del *RoL*.

Será esta dimensión híbrida o doble del *RoL* y su proyección a través del art. 6.1 CEDH, considerado como el corazón vertebrador del EdE, el mejor instrumento de defensa al que recurrirá el TEDH para denunciar y frenar las reformas de corte iliberal y contrarias a la independencia del poder judicial que están siendo aprobadas en numerosos Estados europeos. De esta manera, en sus sentencias más recientes y relativas a esta temática, el TEDH ha conseguido compenetrar la promoción del derecho de los justiciables a un juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley (art. 6 CEDH), con la extensión de las garantías procedimentales del mismo art. 6.1 CEDH pero en beneficio, ahora también, de los jueces y magistrados nacionales con relación a aquellos casos en los que estos se ven sometidos a procesos gubernativos abusivos relacionados con su estatuto jurídico y su independencia en el cargo.

Esta última posibilidad de extender la aplicabilidad o la tutela procesal-civil proyectada por el art. 6.1 a las relaciones entre jueces y Estado nace (BUSTOS GISBERT, 2022b: pp. 79 y ss) gracias a la doctrina sentada en *Vilho Eskelinen*⁶. Hasta esta sentencia, los magistrados tenían vetada la posibilidad de acudir a la jurisdicción del TEDH para que este supervisara, sin más, la

⁶STEDH (Gran Sala) *Vilho Eskelinen and others v. Finland*, 19/04/07.

ausencia de garantías procesales durante el curso de los procedimientos internos por los cuales se tomaban las decisiones relacionadas con su estatuto jurídico (nombramiento, salario, cese, régimen disciplinario, etc.) y que afectaban, por consiguiente, a su independencia como jueces. La Corte consideraba que este tipo de relaciones entre el juez como funcionario público y el Estado, que normalmente se suscitan ante los Consejos Judiciales como órganos de gobierno de aquellos, obedecían a un vínculo especial de rango público-laboral, debiendo aquellas, por tanto, quedar al margen de la protección civil que proyecta el 6.1. En consecuencia, el juez solo podía acudir al TEDH cuando este denunciaba la violación de uno de los derechos sustantivos del Convenio (el derecho a la libertad de expresión *ex.art.10*, por ejemplo) a consecuencia de alguna reforma legislativa o decisión gubernativa relacionada con su independencia y estatuto jurídico.

La extensión de la aplicabilidad del 6.1 sobre la relación laboral-administrativa entre magistrados y Estado va a permitir a los jueces de Estrasburgo ir mucho más allá de los recursos invocados por los *justiciales* en los que estos alegaban, por la misma vía del art. 6, que el tribunal conocedor del asunto principal no era imparcial. De esta manera, *Vilho Eskelinen* otorgará al TEDH el suficiente respaldo jurídico como para comenzar a supervisar la organización de los poderes judiciales nacionales conforme a los estándares de independencia integrados en el sistema de la Convención (los cuales aluden, en esencia, a los procesos de nombramiento de los magistrados, a la duración del cargo de aquellos y a sus condiciones de ejercicio y cese, a la ausencia de presiones externas o a la apariencia de independencia del tribunal en cuestión), lo que permitirá a aquel pronunciarse sobre el régimen de composición de los Consejos Judiciales nacionales o condenar las decisiones estatales relativas al cese, régimen disciplinario o nombramiento de los magistrados en los casos en los que aquellas no se adecuen a las garantías procesales dispensadas por el art. 6.1 CEDH. Y todo ello al margen de los posibles derechos sustantivos vulnerados por estas últimas.

La idea subyacente, en definitiva, a la jurisprudencia que comenzará a surgir a partir de *Vilho Eskelinen*, es que la independencia del poder judicial es absolutamente indispensable para la vigencia del *RoL*, y por ello, los procedimientos y decisiones relativas a su estatuto jurídico, pese a su naturaleza administrativa-laboral, no pueden quedar al margen de la supervisión del TEDH. A partir de esta idea la Corte optará, en determinados casos, por equiparar a los Consejos Judiciales con los tribunales a los que se refiere el art. 6.1 CEDH, así como a los procesos instruidos por aquellos (relacionados con la designación o régimen disciplinario de los magistrados) con los procedimientos de naturaleza jurisdiccional.

El primer caso más ejemplificativo⁷ de esta nueva jurisprudencia probablemente sea la sentencia *Volkov*⁸, en la que el TEDH sentencia la vulneración del derecho a un juicio justo del juez recurrente al considerar que los órganos que intervinieron durante su procedimiento de cese no cumplían con los estándares de un “tribunal independiente e imparcial” del art. 6.1. Para fundamentar su decisión el Tribunal se “inmiscuye”, de forma notable, en la composición excesivamente politizada del Consejo Judicial ucraniano, del cual solo 3 de sus 20 miembros eran jueces, lo que unido a la presencia del fiscal general y del ministro de justicia como miembros natos claramente contradecía los parámetros de una mayoritaria composición judicial establecidos por las instituciones del CdE.

Estas deficiencias observables en la composición del Consejo Judicial y la consecuente “contaminación” de todo el restante proceso de destitución ni siquiera pudieron ser propiamente revisadas y reparadas, conforme a las garantías del 6.1, por una instancia jurisdiccional de orden superior, pues, entre

⁷Para un análisis en profundidad de la jurisprudencia construida por el Tribunal de Estrasburgo, así como por el de Luxemburgo, en relación con el principio de la independencia judicial como núcleo del Derecho Constitucional Europeo ver la excelente obra de BUSTOS GISBERT, (2022 b), o, también, su versión sistematizada en inglés (2022c).

⁸STEDH, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, 09/01/13.

otras cuestiones, los propios miembros integrantes de este último tribunal estaban sujetos a la potestad disciplinaria de este mismo Consejo Judicial⁹.

La ausencia de una revisión judicial eficaz e independiente sobre las decisiones, de carácter abusivo e irregular, de expulsar a los jueces de su cargo será determinante en *Baka*¹⁰. Esta sentencia versa sobre la destitución prematura, a consecuencia de la aprobación de una nueva reforma constitucional, del antiguo presidente del Tribunal Supremo húngaro (que además presidía el Consejo Judicial Nacional). Su destitución respondía, claramente, a las críticas que este había pronunciado sobre las reformas que se estaban introduciendo en el país en relación al poder judicial, entre las que se encontraba la imposición generalizada de la reducción de la edad de jubilación de los jueces de 70 a 62 años.

La condena al Estado húngaro por vulneración del 6.1 responde, en este caso, a la imposibilidad de acceder, por parte del magistrado *Baka*, a una revisión judicial independiente e imparcial sobre la legalidad de una decisión que afectaba, sin lugar a dudas, al contenido esencial de su estatuto jurídico. El TEDH no admitió, por tanto, el argumento esgrimido por el Estado húngaro para defender la ausencia de recurso jurisdiccional, basado en que la decisión de cese respondía a las directrices que se derivaban de la reforma de la Constitución, la cual constituye la Norma (más) Suprema de todo el ordenamiento interno.

Otro fallo importante en la evolución de la jurisprudencia del TEDH dedicada a la defensa de la independencia judicial será el asunto *Ramos Nunes de Carvalho e Sá*, que nace a partir de los recursos que interponen tres recurrentes contra las sanciones disciplinarias impuestas por el Consejo Superior de la Magistratura, al sostener que sus sanciones respondían a meros

⁹La Corte mantendrá una posición muy similar a la mostrada en este asunto en la sentencia (Gran Sala) *Denisov v. Ukraine*, 25/09/18. En esta resolución el juez recurrente también había sido cesado de su cargo por decisión de un Consejo Judicial excesivamente politizado. Decisión contra la que se planteó recurso ante el Tribunal de orden Superior Administrativo, de composición análoga a la del caso *Volkov* y que sería rechazado. Nuevamente se condena a Ucrania por vulnerar el 6.1 CEDH.

¹⁰STEDH (Gran Sala), *Baka v. Hungary*, 23/06/16.

criterios políticos a consecuencia de la politizada composición del Consejo portugués, cuya mayoría de miembros no son designados de forma corporativa.

Así, si bien en su sentencia de Sala (de 21 de junio de 2016), el Tribunal da la razón a las recurrentes y declara la violación de su derecho a un juicio justo al dudar de la imparcialidad del Consejo fruto de su régimen de composición, en su sentencia como Gran Sala (de 6 de noviembre de 2018) aquel adopta una posición distinta y, si bien mantiene la condena al Estado portugués por vulneración del 6.1, ésta ahora se fundamenta en las deficiencias e irregularidades de las que adolecieron los procedimientos de revisión judicial instaurados ante el Tribunal Supremo contra las decisiones de sanción disciplinaria aprobadas por el Consejo. De esta manera, al contrario de lo que sucede en *Volkov o Denisov*, el Tribunal prefiere evadir aquí la oportunidad de pronunciarse sobre la composición del Consejo Judicial portugués (BUSTOS GISBERT, 2022b: p. 77), a pesar de que este no llegara a cumplir, plenamente, con los estándares de independencia del sistema convencional.

En resumen, la defensa de la independencia de los jueces mediante la vía del art. 6.1 pasa a ser garantizada por el TEDH a partir de dos parámetros distintos: o bien los estándares de independencia referidos a los órganos jurisdiccionales del art. 6.1 se aplican, rigurosamente, al Consejo Judicial del Estado cuyas decisiones gubernativas, relacionadas con el estatuto jurídico de los jueces, han sido denunciadas o bien, en su defecto, los parámetros de independencia del sistema convencional se aplican de forma más laxa sobre los Consejos Judiciales (pues estos, al final, no llegan a ser órganos con competencias jurisdiccionales) para sí ser impuestos, en todo caso, sobre los procesos posteriores de revisión judicial instruidos en relación con los procedimientos o decisiones que aquellos tomen (BUSTOS GISBERT, 2022b: pp. 110-111).

Toda esta importantísima doctrina jurisprudencial en defensa de la independencia judicial se verá magníficamente enriquecida en *Guðmundur*

*Andri Ástráðsson*¹¹. En este asunto la Corte ya no solo extiende la tutela del art.6.1 CEDH en beneficio de aquellos jueces que hayan visto menoscabada la garantía de su estatuto jurídico a consecuencia de medidas gubernamentales arbitrarias y defectuosas, sino que consigue extender esa misma tutela a aquellos ciudadanos sometidos a la jurisdicción de los magistrados componentes de los tribunales nacionales, los cuales han sido destinatarios de dichas medidas ejecutivas irregulares y desproporcionadas. Ello lo hará a partir del requisito institucional que recoge el 6.1, según el cual los tribunales, independientes e imparciales, deben estar “establecidos conforme a la ley”.

A partir de *Ástráðsson*, este último requisito pasa a abarcar el obligado respeto de la normativa nacional reguladora de los procedimientos de designación y nombramiento de los jueces que conocen y resuelven el litigio principal. Así, para resolver este caso, la Corte tratará de apreciar si el incumplimiento, por parte de las autoridades nacionales, de la ley interna que regula el procedimiento de designación de la nueva Corte de Apelación sueca afecta o no a los derechos del recurrente, o más concretamente, si la sentencia condenatoria, dictada por uno de los jueces cuyo nombramiento ha sido realizado bajo evidentes irregularidades, puede implicar la vulneración del derecho a un juicio justo del recurrente no-juez.

Esto, finalmente, acaba siendo corroborado por el Tribunal Europeo sin la necesidad de realizar un análisis por separado e individualizado en torno a la equidad observada en el curso del proceso principal, o, tampoco, en torno a los concretos estándares de independencia e imparcialidad que han de informar la composición del tribunal conocedor de este último. Sale así a relucir la dimensión híbrida del *RoL* a la que hacía referencia SPANO, pues la norma de contenido fijo (nombramiento judicial conforme a la ley; principio de legalidad), actúa como requisito indispensable para la óptima realización del derecho a un juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial. (SPAN0, 2021: p. 285)

Ahora bien, para apreciar si concurre o no la violación del derecho a un tribunal establecido por la ley, sí será necesario realizar un juicio de

¹¹STEDH (Gran Sala), *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*, 01/12/2020.

ponderación de intereses que se adecue estrictamente a las circunstancias del caso concreto, para lo que el TEDH diseña un sistema de evaluación de tres criterios que deberán ser analizados de forma acumulativa¹²: primero habrá de comprobarse la existencia de una “violación manifiesta, objetiva y evidente del derecho interno” (1), siguiendo para ello las valoraciones sentenciadas por los tribunales nacionales. De confirmarse su concurrencia, dicha violación habrá de ser examinada conforme “al espíritu que informa el derecho a un tribunal establecido por la ley” (2); esto es, su mayor o menor gravedad y si aquella ha afectado a una norma fundamental reguladora de todo el procedimiento de designación. Finalmente, el último paso del examen se centra en comprobar si el Tribunal nacional de revisión ha “confirmado la vulneración” de las leyes nacionales y si este ha “reparado” (3) sus efectos conforme a la jurisprudencia del TEDH. Siguiendo este análisis y de concurrir sus criterios, se procederá a afirmar que las irregularidades e ilegalidades, graves y manifiestas, acontecidas durante el nombramiento del juez que ha dictado sentencia pueden implicar una violación de los derechos de acceso del justiciable, por un lado, a un tribunal establecido por la ley, y, por otro, a consecuencia de esto último, a uno que sea, además, independiente e imparcial.

En definitiva, el Tribunal de Estrasburgo ha encontrado la forma de utilizar el art. 6.1 CEDH para supervisar el respeto, por parte de las autoridades nacionales, de la legislación interna reguladora de los procedimientos de designación judicial incluso aunque exista una previa revisión jurisdiccional nacional sobre el mismo. Las presuntas inexactitudes procesales e interferencias ejecutivas y/o parlamentaras ya no solo podrán ser denunciadas por los jueces afectados (*Volkov, Baka o Nunes de Carvalho*), sino también, además, por los ciudadanos justiciables (*Ástráðsson*).

¹² El TEDH exige la realización de un escrupuloso juicio de ponderación antes de declarar la violación del derecho del justiciable a un tribunal establecido por la ley; a raíz de la necesidad de conciliar la garantía de este último con el respeto de otros principios también constitutivos del *RoL*; como son el de seguridad jurídica o el de inamovilidad de los jueces (en este caso, aquellos designados de forma defectuosa).

Todo este bagaje doctrinal presenta hoy una relevancia esencial, pues se ha acabado convirtiendo en el recurso imprescindible al que suele recurrir el TEDH en sus nuevas y actuales sentencias, con el fin de frenar y condenar a un ejecutivo polaco que sigue empeñado en conseguir, a toda costa y a través de sucesivas reformas judiciales, una politización absoluta de su poder judicial. Las sentencias de la Corte en este campo son numerosísimas, con tendencia a ir aumentando y a abarcar un abanico temático cada vez más amplio.

Una de las primeras llamadas de atención desde Estrasburgo a Polonia tiene su origen en la promulgación, por parte de este último Estado en diciembre de 2017, de una serie de actos legislativos por los que se modificaba y politizaba la composición y funcionamiento del Consejo Judicial y Tribunal Supremo nacionales. Respecto al primero, la nueva normativa establecía que prácticamente la totalidad de sus miembros (23 de 25) pasarían a ser designados, exclusiva y directamente, por el poder legislativo. En cuanto a las reformas concernientes a la Corte Suprema, la ley de modificación de 8 de diciembre de 2017 creaba dos nuevas y problemáticas salas; la Sala Disciplinaria y la Sala de Revisión Extraordinaria y de Asuntos Públicos, cuyos miembros habrían de ser designados por el presidente de la República en base a la recomendación propuesta por el nuevo y politizado Consejo Nacional de la Judicatura; el de 2017.

Tomando como fundamento estas reformas y la doctrina sentada en la jurisprudencia ya analizada, la Corte emite en *Reczkowicz*¹³ sentencia condenatoria en respuesta a una abogada que había sido suspendida de su ejercicio por la nueva Sala Disciplinaria. Aquella denunciaba la excesiva politización de esta Cámara a raíz de que sus miembros habían sido designados, de forma irregular y defectuosa, en base a la propuesta de designación presentada por el nuevo y problemático Consejo Judicial (2017). Ello da lugar, corroborado por la Corte, a que dicha Sala no cumpla con los parámetros esenciales de un “tribunal independiente establecido por la ley” *ex.art.6.1 CEDH*, habiéndose con ello mermado el derecho a un juicio justo de

¹³STEDH, *Reczkowicz v. Poland*, 22/07/21.

la recurrente. *Reczkowicz* ha sido tomado como punto de referencia para volver a reafirmar en el reciente asunto *Juszczyszyn*¹⁴ la no adecuación de esta misma Cámara Disciplinaria suprema a los estándares que inspiran el art. 6.1, así como para condenar por ello la decisión tomada arbitrariamente por aquella de suspender de su ejercicio al juez recurrente en tanto se tramitaban los procedimientos disciplinarios incoados contra el mismo.

Con una fundamentación y fallo similar también tenemos el caso *Dolinska-Ficek and Ozimek*¹⁵, cuya sentencia responde a los recursos planteados por dos jueces polacos ante el TEDH tras apelar ante la nueva Sala suprema de Revisión Extraordinaria la decisión del Consejo Nacional de la Judicatura de no recomendar su promoción a los puestos vacantes que aquellos habían solicitado. Los litigantes alegan que la nueva Cámara de Revisión Extraordinaria concedora de sus recursos de apelación no cumplía ni con los estándares del Convenio ni con los de la jurisprudencia de la Corte en cuanto a “un tribunal establecido por la ley”, pues sus miembros también habían sido designados de forma irregular y defectuosa de acuerdo a la recomendación emitida por un Consejo Judicial que, desde las reformas legislativas promulgadas en 2017, no funcionaba como un tribunal independiente.

A ello se unía, además, el hecho de que los jueces afectados tampoco disponían de un procedimiento interno e independiente que revisara jurisdiccionalmente las sentencias dictadas por dicha Sala, ni tampoco, lógicamente, de ningún medio nacional que les otorgara una reparación efectiva ante los daños que aquellas les causaran (apartados 351 y 352). La Corte falla, eventualmente, que la Sala Extraordinaria del Tribunal Supremo polaco no puede ser considerada como un “tribunal independiente establecido por la ley” en el sentido del 6.1 CEDH, lo que, junto a la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva de los magistrados litigantes por ausencia de revisión jurisdiccional, fundamenta la definitiva condena a Polonia.

¹⁴STEDH, *Juszczyszyn v. Poland*, 06/10/22.

¹⁵STEDH, *Dolinska-Ficek and Ozimek v. Poland*, 08/11/21.

La politización del Consejo Nacional de la Judicatura no afectará al Tribunal Supremo polaco con relación exclusiva a sus dos nuevas Salas, sino que también acabará contaminando al resto de sus Cámaras, como su Sala Civil. Ello lo refleja la sentencia *Advance Pharma*¹⁶, en la que la empresa recurrente denuncia ante el Tribunal Europeo una serie de irregularidades fundamentadas en la intermediación del “nuevo” Consejo Judicial durante el nombramiento de tres de los jueces conformadores de la Sala Civil que conocen de su recurso interno de casación, lo que lleva a la Corte a determinar que esta última Sala tampoco representa a un “tribunal independiente establecido por la ley” según el 6.1 del Convenio.

A estas alturas ya se podrá intuir que al ejecutivo polaco no “solo” le basta con la captura de su Tribunal Supremo y Consejo Judicial. En el año 2017 este también aprobó otras tantas disposiciones y enmiendas legislativas que lo habilitan a rediseñar “a su antojo” el resto del poder jurisdiccional nacional, mediante, por ejemplo, la aprobación de ceses anticipados y arbitrarios, sin posibilidad de ser impugnados, de los vicepresidentes de sus tribunales ordinarios. Esta ausencia de posibilidad de impugnación por parte de los jueces recurrentes es lo que fundamenta otra nueva condena a Polonia en *Broda et Bojara*¹⁷. Y este mismo motivo es el que también justifica las recientes condenas dispuestas contra Varsovia en los asuntos *Grzęda y Żurek*¹⁸, relacionados también con el nuevo Consejo Judicial polaco resultante de las reformas de 2017.

Estas últimas resoluciones, en cambio, no se centran tanto en la designación política de la mayoría de los nuevos miembros de este órgano, sino, más bien, en el hecho de que estos últimos pasaran a ejercer sus funciones de forma inmediata conforme al nuevo (2017) marco legal, provocando la interrupción y cese prematuro de todos aquellos cargos que venían ejerciendo sus funciones de forma plenamente legítima conforme al marco jurídico anterior; el de 2011.

¹⁶STEDH, *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland*, 03/02/22.

¹⁷STEDH, *Broda et bojara v. Poland*, 29/06/21.

¹⁸SSTEDH (Gran Sala), *Grzęda v. Poland*, 15/03/22 y *Żurek v. Poland*, 16/06/22.

Todo ello sin olvidar, por supuesto, el importantísimo asunto *Xero Flor*¹⁹, en virtud del cual la Corte de Estrasburgo, otra vez recurriendo al test jurisprudencial *Ástráðsson*, se atreve a declarar que el Tribunal Constitucional polaco tampoco es un tribunal independiente establecido por la ley según el 6.1 CEDH. Esta condena también responde a las irregularidades e ilegalidades que se cometieron durante la ejecución de los procedimientos de nombramiento de sus nuevos miembros, los cuales tuvieron lugar a finales y principios de la VII y VIII legislaturas a manos, respectivamente, de *Plataforma Cívica (PO)* y de *Ley y Justicia (PiS)*.

La sentencia *Xero Flor* presenta una relevancia histórica, pues es la primera vez que un tribunal europeo se pronuncia en relación a la captura política de un tribunal constitucional por parte del poder ejecutivo nacional. No en vano, si bien el TJUE ha llegado a pronunciarse sobre otros muchos aspectos relativos a la reforma judicial polaca, este último no ha conseguido, empero, encontrar hasta la fecha (MAGALDI, 2022: p. 491) la forma de condenar directamente la composición del “nuevo” Tribunal Constitucional de Polonia²⁰. La respuesta a *Xero Flor* por parte del propio Tribunal Constitucional polaco tendrá lugar unos meses más tarde, el 24 de noviembre de 2021: con su resolución *K6/21* este dictamina que el 6.1 CEDH es contrario a la Constitución polaca en la medida en que dicho artículo “estira” las competencias del TEDH al permitirle a este supervisar el régimen de nombramiento de sus magistrados; razón por la que el Tribunal Constitucional llega a sentenciar que es el propio Tribunal Europeo el que, fruto de su posición y competencias, no puede ser calificado como un “tribunal establecido por la ley” conforme al sentido y espíritu del 6.1. Esta posición de desafío y rechazo hacia la ejecución de las sentencias de la Corte

¹⁹STEDH, *Xero Flor w Polsce sp. z o. o. v. Poland*, 07/05/21.

²⁰Esta cuestión podría cambiar tras anunciar la Comisión europea, a fecha de 15 de febrero de 2023, que pretende denunciar a Polonia ante el TJUE por declarar su Tribunal Constitucional que las leyes comunitarias son incompatibles con el derecho constitucional nacional. Bruselas arguye en su escrito que el Tribunal Constitucional polaco “ya no cumple las exigencias de un tribunal independiente e imparcial previamente establecido por la ley”, y critica, especialmente, el proceso de designación de sus miembros que tuvo lugar en 2015 y sobre el cual versa el asunto *Xero Flor*: <https://www.europapress.es/internacional/noticia-bruselas-denuncia-tjue-polonia-cuestionar-tribunal-constitucional-principios-ue-20230215152245.html>

de Estrasburgo la mantiene el Tribunal Constitucional en su posterior sentencia *K7/21* de 10 de marzo de 2022, en la que se vuelve a cuestionar, ahora con carácter general y no tanto en relación con el Tribunal Europeo, la constitucionalidad del art. 6.1 CEDH y la legitimidad del derecho a un proceso equitativo que dicho precepto recoge (Krzywón, 2022 a).

IV. Conclusiones: una saga jurisprudencial encomiable pero limitada

Esta última cuestión nos permite concluir con que, pese a la valentía mostrada por la Corte a la hora de enfrentarse a la deriva iliberal que impera en Polonia, el proceso de secuestro llevado a cabo sobre su poder judicial, a través de una excesiva injerencia política en la composición de los miembros de su órgano de gobierno —el Consejo Judicial Nacional— y sobre su Tribunal Constitucional, prosigue realizándose de forma grave y manifiesta, con tendencia a empeorar al estar dando lugar a la formación de unos tribunales cada vez más politizados, y por tanto, cada vez más díscolos y rebeldes: el iliberalismo, si es implementado por instituciones autoritarias sin escrúpulos en relación con materias incardinadas en la soberanía constitucional, consigue, eventualmente, reforzarse a sí mismo (KRZYWON, 2022b: p. 180).

Y contra esto último poco puede hacer el TEDH, pues las posibilidades que nos brindan sus sentencias son, en general, bastante limitadas. No en vano, sus resoluciones se construyen caso a caso, a partir de reclamaciones individuales relativas a derechos concretos, y su eficacia de ejecución, pese a lo establecido por el art. 46 del propio Convenio, al final depende, en esencia, del compromiso y la voluntad del Estado (iliberal) condenado.

No obstante, esto último no debería de ser motivo para pasar por alto el loable esfuerzo asumido por el TEDH a la hora de ampliar, notablemente, la defensa procesal de aquellos magistrados nacionales que se ven amenazados y presionados por los gobiernos iliberales. El progresivo desarrollo que la doctrina *Vilho Eskelinen* ha ido experimentando en sentencias como *Volkov*, *Baka* o *Nunes de Carvalho* ha conducido a que, como nos demuestran los numerosos casos polacos analizados, prácticamente cualquier medida estatal,

cuya legalidad o proporcionalidad devenga problemática y, además, esté relacionada con el estatuto jurídico de los jueces, pueda ser revisada por la Corte conforme a las garantías que informan el sistema europeo convencional de protección de derechos. Y ello, además, se fundamenta en la especial lealtad que los magistrados, a diferencia del resto de empleados o funcionarios públicos, deben profesar no tanto hacia aquellos que ostentan el poder público-estatal, sino más bien, hacia el *RoL* y hacia la democracia²¹.

Ahora bien, como señala LELOUP, tampoco podemos ignorar que otra de las consecuencias que trae consigo este innovador conjunto de sentencias es que son los *propios jueces* los que pasan a tener la última palabra en cuanto a las decisiones que afectan al estatuto jurídico y carrera de sus colegas. (LELOUP, 2022: pp. 25 y ss.). Ello hace de esta saga jurisprudencial una que blinda y potencia la posición de los jueces frente a los poderes legislativo y ejecutivo y sus posibles acciones de injerencia y presión (externa), pero no impide, en cambio, que su uso desproporcionado pudiera encontrar dificultades a la hora de encajar, plenamente, con los principios de democracia y separación de poderes. No en vano, en toda sociedad democrática el poder público ha de ser ejercido y supervisado de forma equilibrada (*checks and balances*), por y entre las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, sin que las dos primeras, pero tampoco esta última, ostenten una esfera de inmunidad y/o poder excesivamente amplia en detrimento del resto.

Efectivamente, tanto la promoción generalizada, prácticamente por la totalidad de las instancias europeas, de la concentración del gobierno de los jueces en un Consejo Judicial conformado y designado, en su mayoría, según criterios corporativos²², como la labor de ingeniería jurisprudencial que, a día de

²¹ STEDH, *Juszczyszyn v. Poland*, 06/10/22, apartado 136.

²² Se hace aquí alusión al tan conocido “euro-modelo” de gobierno judicial (MAYORAL DIAZ-ASENSIO, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ Y CASTILLO-ORTIZ, 2022) especialmente promovido por las instituciones europeas durante los procesos de ampliación hacia la Europa del Este de finales de los años 90. A grandes rasgos, este modelo de gobierno judicial “preferido” (BUSTOS GISBERT, 2022a: pp. 105-108) por las entidades europeas, pretende, entre otras cuestiones, que un único órgano constitucional concentre todas las funciones relacionadas con el gobierno de los magistrados nacionales, así como que la mayor parte -o incluso la totalidad- de los miembros que lo conformen sean jueces elegidos por otros jueces.

hoy, se encuentran realizando los jueces europeos en defensa de sus compañeros nacionales²³, han conducido al diseño y ejecución de una estrategia supranacional en garantía de la independencia judicial construida por y para los jueces, a través de un marco de diálogo e interpelaciones celebrado de forma aislada entre ellos. Y esto es algo que no se adecua, de forma plena, a los altos requisitos de *accountability* (BUSTOS GISBERT, 2022a: p. 110) que caracterizan a los regímenes democráticos y liberales europeos. El poder judicial es un poder público más, y, por lo tanto, éste no solo debe rendir cuentas ante sí mismo, sino también y sobre todo, ante la propia ciudadanía.

En este sentido, las incesantes llamadas de auxilio que, tanto el TJUE como el TEDH, vienen recibiendo a lo largo de estos últimos años procedentes de unos jueces polacos desesperados por recuperar su impermeabilidad política en el cargo, no deben inducirnos a pensar que el principio de la separación de poderes y el de la independencia judicial constituyen un privilegio (BUSTOS GISBERT, 2022a: p. 107) de los jueces. La independencia judicial no es más que una exigencia inherente al *RoL*, en virtud de la cual todo magistrado ejerce -y se presume que ejerce- su función jurisdiccional bajo el más estricto y riguroso sometimiento al principio de la legalidad, y con la consecuente y única intencionalidad de garantizar el “Imperio del Derecho”.

Esta es una cuestión que probablemente tendrán en cuenta las instituciones estatales que temen verse afectadas por toda esta nueva saga jurisprudencial estrasburguesa.

Tampoco hay que olvidar, por otra parte, la posibilidad de que la excesiva o desproporcionada invocación de dicha jurisprudencia por parte de la Corte pueda acabar promoviendo presiones corporativas o jerárquicas dentro del propio poder jurisdiccional, lo que iría en detrimento del principio de la

²³Junto a la saga jurisprudencial estrasburguesa analizada en este artículo, también merece una mención aparte la línea jurisprudencial que viene siendo desarrollada por el Tribunal de Luxemburgo desde 2018. En el célebre asunto *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (STJUE, de 27 de febrero de 2018, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117) el TJUE se las ingenia para recurrir, de aquí en adelante, al art. 19.1 TUE como expresión concreta del principio de EdE, lo que le está permitiendo proteger a los jueces nacionales, como potenciales jueces de Derecho Europeo, de cualquier decisión gubernativa que contradiga los estándares de independencia inspiradores del derecho a la tutela judicial efectiva *ex.art.47CDFUE*.

independencia judicial en su versión interna, que también forma parte, conviene recordar, del estándar convencional de EdE.

De momento, no obstante, con este texto se ha pretendido destacar el enorme potencial que presenta todo este conjunto de sentencias procedentes del TEDH a la hora de presentarse como una adicional, y sin duda necesaria, herramienta de reacción supranacional frente al alarmante contexto iliberal que prevalece en la Europa oriental, y que amenaza con hacer quebrar los cimientos esenciales sobre los que se construye el Derecho Constitucional Europeo: el Estado de Derecho, la democracia y la garantía de los Derechos Fundamentales.

V. Bibliografía

BUSTOS GISBERT, R. (2022a). *Política, independencia y autogobierno judicial: cuatro miradas*, Revista de Estudios Políticos, nº198, pp. 93-120. Accesible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.04>

—(2022b). *Independencia judicial e integración europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.

—(2022c). *Judicial Independence in European Constitutional Law*, European Constitutional Law Review, volumen 18, Issue 4. Accesible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019622000347>

Bruselas denuncia ante el TJUE a Polonia por cuestionar su Tribunal Constitucional los principios de la UE (15 de febrero de 2023). Accesible en: <https://www.europapress.es/internacional/noticia-bruselas-denuncia-tjue-polonia-cuestionar-tribunal-constitucional-principios-ue-20230215152245.html>

CASTELLÁ ANDREU, J.M. (2022a). *La democracia según la Comisión de Venecia: pluralista, constitucional y representativa*. En CASTELLÁ ANDREU, J.M., MONTOBBIO, M. y GRANATA-MENGHINI, S, (dirs.) Estado de Derecho, Democracia y Globalización. Una aproximación a la Comisión de Venecia en su XXX aniversario. (pp. 245-272), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

—(2022b). *Estado de Derecho e independencia judicial según la Comisión de Venecia*. En *Estudios de Deusto*, nº70, pp. 35-53. Accesible en: <https://doi.org/10.18543/ed7012022>

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo para establecer un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, COM (2014) 158 final, Estrasburgo, 11.3.2014. Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0005.01/DOC_1&format=PDF

CRAIG P. (2019). *Definition and conceptualization of the Rule of Law and the role of judicial independence therein*. En CRAIG P., et. al, *Rule of law in Europe. Perspectives from practitioners and academics*, Brussels, European Judicial Training Network, pp. 1-14.

DRINÓCZI, T. y BIEN-KACALA, A. (2019). *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*. En *German Law Journal*, Vol.20-Issue.8, pp. 1140-1166. Accesible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.83>

KRZYWON, A. (2022a). *El constitucional polaco, o cómo perder la credibilidad*. Accesible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/17893/constitucional-polaco-perder-credibilidad>

—(2022b). *El iliberalismo constitucional ha llegado para quedarse. Las experiencias centroeuropeas*. En *Revista de Derecho Político*, nº113, pp. 165-191. Accesible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.113.2022.33570>

LELOUP, M. (2022). *Not Just a Simple Civil Servant: The Right of Access to a Court of Judges in the Recent Case Law of the ECtHR*. En *European Convention on Human Rights Law Review*, pp. 1-35. Accesible en: [doi:10.1163/26663236-bja10055](https://doi.org/10.1163/26663236-bja10055)

LEVITSKY, S. y ZIBLATT, D. (2018). *¿Cómo mueren las democracias?*, Ariel.

MAGALDI, N. (2022). *Nombramientos de jueces y derecho a un tribunal establecido por la ley. El Tribunal Constitucional polaco ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. En *Revista General de Derecho Europeo*, nº57, pp. 465-493.

MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ y CASTILLO-ORTIZ (2022). *El “euro-modelo” de gobierno judicial: ¿factor de erosión para la confianza ciudadana en la Justicia?* Accesible en: <https://agendapublica.elpais.com/noticia/18274/euro-modelo-gobierno-judicial-factor-erosion-confianza-ciudadana-justicia>

PÉREZ PERDOMO, R. (2003). *Venezuela 2002: Crisis política y derecho*. En *Revista de Derecho Político*, nº57, pp. 307-324. Accesible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.57.2003.8829>

SALINAS DE FRÍAS, A. (2018). Estado de Derecho o <<Rule of Law>>: Valor de base y principio de acción del Consejo de Europa. En LIÑÁN NOGUERAS, D.J., y MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea*, Madrid, Tecnos, pp. 89-125.

SPANO, R. (2021). El Estado de Derecho como estrella polar de la Convención Europea de derechos humanos: El Tribunal de Estrasburgo y la independencia del poder judicial. En *Revista de Derecho Político*, nº112, pp. 265-296. Accesible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.112.2021.32222>

**CHINA, JAPÓN Y COREA DEL SUR: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS EN TORNO A LA
INTEGRACIÓN EN ASIA ORIENTAL. TRATADOS COMERCIALES, MECANISMOS DE
COOPERACIÓN Y ALIANZAS MILITARES**

Augusto Aquiles Gonçalves¹

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2023

Fecha de aceptación: 7 de julio de 2023

Resumen

A partir de la creación de APEC (1989), ASEAN+3 (1997), la Secretaría Trilateral de Cooperación (2011) y del RCEP (2022) se observa una progresiva profundización en la cooperación entre China, Japón y Corea del Sur. Esto ha llevado a un aumento en la interdependencia comercial, lo que permitiría pensar en la posibilidad de un proceso de integración regional en desarrollo. Sin embargo, aún persisten fuertes puntos de divergencia trilateral tales como las alianzas militares heredadas de la segunda posguerra y factores de disputa territorial, así como conflictos histórico-culturales. El presente trabajo tiene por finalidad analizar la posibilidad de que efectivamente exista un proceso de integración en desarrollo, que incluya a los tres países, considerando tanto los puntos de convergencia y de divergencia existentes.

Palabras clave: integración regional – tratados comerciales - alianzas militares – APEC – ASEAN – RCEP – Secretaría Trilateral de Cooperación.

Title: CHINA, JAPAN, AND SOUTH KOREA: CONVERGENCES AND DIVERGENCES REGARDING INTEGRATION IN EAST ASIA. TRADE AGREEMENTS, COOPERATION MECHANISMS, AND MILITARY ALLIANCES.

¹ Abogado (Universidad del Salvador, Facultad de Ciencias Jurídicas). Maestrando en Procesos de Integración Regional (Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas). Becario en la Shanghai International Studies University (SISU) en el marco del programa Shanghai Summer School (3S) 2023. Correo electrónico: dr.augustoag@gmail.com

Abstract

Since the creation of APEC (1989), ASEAN+3 (1997), the Trilateral Cooperation Secretariat (2011), and the RCEP (2022), there has been a progressive deepening in the cooperation between China, Japan, and South Korea. This has led to an increase in trade interdependence, which could suggest the possibility of a developing regional integration process. However, strong points of trilateral divergence still persist, such as military alliances inherited from the Second World War and territorial disputes, as well as historical-cultural conflicts. The purpose of this paper is to analyze the possibility of an actual ongoing integration process that includes all three countries, taking into account both existing points of convergence and divergence.

Keywords: Regional Integration - Trade Agreements - Military Alliances - APEC - ASEAN - RCEP - Trilateral Cooperation Secretariat

I. Introducción

Actualmente, el escenario internacional se encuentra atravesando un período de transición histórico-espacial en virtud del declive de poder relativo de Occidente y el ascenso de Oriente. El gran dinamismo de la región Indo-Pacífica vuelve necesaria la actualización constante en el estudio de los fenómenos regionales, para no sólo interpretar la actualidad sino también intentar entender el porvenir. Al hablar de integración regional en Asia, surge ASEAN como el caso más representativo, no obstante, simultáneamente también se desarrollan otros procesos. Es el caso de Asia del Este, en particular la República Popular de China, el Estado del Japón y la República de Corea. La trascendencia del análisis sobre las dinámicas de estos tres actores no sólo se impone por la relevancia regional de los mismos sino por tratarse de tres de las diez principales economías del mundo.

Así las cosas, China, Japón y Corea del Sur (en adelante también referidos como CJK, por sus siglas en inglés) se encuentran transitando un proceso de alta cooperación, cuyos orígenes pueden remontarse a la creación de la APEC (1989) y del ASEAN+3 (1997). Desde entonces la creación de la

Secretaría Trilateral de Cooperación (STC), en 2011, y la entrada en vigor de la Asociación Económica Integral Regional (RCEP), en 2022, pareciera evidenciar un proceso de intensificación en la interdependencia de estos países, similar al recorrido observado en los orígenes de otros procesos de integración regional, como la Unión Europea y el MERCOSUR. Sin embargo, todavía perviven factores de obturación que dificultan las relaciones entre los tres actores.

El presente artículo tiene por objetivo analizar los puntos de convergencia de CJK que permitirían concebir la idea de un proceso de integración regional en pleno desarrollo. Para ello se observarán los múltiples acuerdos, foros y mecanismos de cooperación creados, los cuales han incentivado una fuerte interdependencia, principalmente en materia comercial. Por otra parte, también se analizará la existencia de importantes puntos de divergencia trilateral, tales como las alianzas militares vigentes, que evidencian rumbos distintos en torno a la concepción de una región asiática integrada; así como también, disputas de soberanía territorial y secuelas histórico-culturales de la Segunda Guerra Mundial.

II. Convergencia comercial, interdependencia y mecanismos de cooperación

La República Popular China, Japón y la República de Corea mantienen un estrecho vínculo comercial que ha crecido de manera vertiginosa en las últimas décadas. Los tres son entre sí, socios comerciales principales y según datos de la Secretaría Trilateral de Cooperación (STC) en 2021 representaban el 19,7% del comercio mundial, así como el 25,5% del Producto Mundial Bruto y el 20,3% de la población mundial. Esta profusa relación ha llevado a una convergencia de interés que se ha traducido en la creación de distintos mecanismos de cooperación. Es así, que, de manera progresiva, la interdependencia comercial se ha ido agudizando y la tendencia a una integración, se ha vuelto cada vez más evidente.

Como primer hito de esta convergencia tripartita se observa la creación del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC, por sus siglas en inglés) en 1989; un espacio que nuclea 21 Estados de la Cuenca del Pacífico

con el objetivo de incrementar la cooperación comercial para lo que realizan cumbres de alto nivel de manera anual. Posteriormente y en virtud del éxito de las cumbres anuales de ASEAN, China, Japón y Corea del Sur, miembros fundadores de APEC, avanzaron hacia la creación en 1997 del llamado ASEAN+3 (ASEAN *Plus Three* o APT, por sus siglas en inglés), un espacio de cooperación destinado a coordinar los intereses comunes de los tres, desde una perspectiva regional comprensiva del Sudeste Asiático. En 1999, fue instrumentado formalmente tras una declaración conjunta en la tercera cumbre del APT en Manila (Filipinas). Desde entonces se han llevado a cabo anualmente 25 cumbres del ASEAN+3, siendo la última en Nom Pen (Camboya) en 2022. En principio, la APT se había fijado tres líneas de cooperación: política y seguridad; economía y finanzas; sociedad y cultura. Sin embargo, en la actualidad, el éxito de la APT ha llevado a la ampliación de la agenda en múltiples campos. Por otra parte, entre algunos de sus hitos, se encuentra la adopción del primer plan de cooperación (2007-2017), el cual fue a su vez reactualizado en sucesivas oportunidades. Así como el cuarto plan de trabajo (2023-2027) con miras a establecer una comunidad de Asia del Este con ASEAN como fuerza motriz.

La participación de China, Japón y Corea del Sur en ASEAN, por un lado, se enmarca dentro del Tratado de Amistad y Cooperación del Sudeste Asiático (TAC, por sus siglas en inglés), firmado por los 10 miembros fundadores de ASEAN en 1976. Este documento destinado a sentar las bases de la amistad y coexistencia pacífica en la región tuvo la adhesión de China en 2003 y de Japón y Corea del Sur en 2004. Por el otro, la “*ASEAN Outlook on the Indo-Pacific*” (AOIP), adoptada en la cumbre de ASEAN de 2019, es una declaración que reafirma la intención de profundizar la cooperación regional y entiende a China, Japón y Corea del Sur como actores parte de ella. Además, la AOIP postula una concepción del Indo-Pacífico desde una perspectiva propia de ASEAN, que se contrapone a las visiones propuestas por potencias extrarregionales como el FOIP (*Free and Open Indo-Pacific*, postulado por Japón-Estados Unidos), el FOIIP (*Free, open and inclusive Indo-Pacific*, postulado por India), e incluso las contenidas en la BRI (*Belt and Road Initiative*, impulsada por China) o el QUAD (*Quadrilateral Security Dialogue*, integrado por Australia, India, Japón y Estados

Unidos). En otras palabras, la AOIP pone a ASEAN como agente activo al momento de concebir el orden regional, en pos de proteger sus intereses, su posición y asegurar una cooperación alineada con los principios del bloque.

Si bien, CJK encontraron en ASEAN un espacio que impulsó la cooperación trilateral, la fuerza centrípeta del bloque de integración más desarrollado de Asia desplaza inevitablemente el eje de la agenda hacia el sudeste y hacia los intereses propios del bloque. Es por eso que, en 2004, el entonces presidente surcoreano Roh Moo-hyun, propuso la creación de un espacio por fuera del ASEAN+3. Así en 2011, marcando un verdadero hito en las relaciones trilaterales, se creó oficialmente la Secretaría Trilateral de Cooperación (STC) con sede en Seúl; una organización, con personería jurídica, creada con el objetivo de institucionalizar la cooperación trilateral a la vez que promover la paz, la prosperidad y una cultura compartida en la región del Asia Oriental.

La STC, posee una Junta Consultiva integrada por un representante de cada país, en la que uno ocupa el cargo de Secretario General y los dos restantes el cargo de Sub-secretarios. El período en ejercicio del Secretario General dura dos años y rota siguiendo el siguiente orden: Corea del Sur, Japón y China. En el caso de los Sub-secretarios, también duran dos años con la posibilidad de ser reelectos por dos años más. En todos los casos el proceso de selección consiste en la nominación por parte de cada Estado Parte de su candidato en la Cumbre de Ministros de Relaciones Exteriores en la cual son elegidos. Además de la Junta Consultiva, hay cuatro departamentos destinados a áreas específicas: relaciones políticas, relaciones económicas, relaciones socioculturales y coordinación y administración.

Desde su creación, las áreas de cooperación se han ampliado notablemente a la vez que ha crecido el comercio intra-CJK. Según el Reporte Económico Trilateral 2011-2020 (2022), pasó de 130 mil millones de dólares en 1999 a 1.200 mil millones en 2020, superando, por ejemplo, el volumen comercial del T-MEC (México, Estados Unidos, Canadá) de 1.070 mil millones de dólares. El Reporte también señala que el 28,4% del comercio de CJK es intra-regional y sus principales socios comerciales son ASEAN, que exporta la

mayoría de sus productos a CJK, la Unión Europea y los Estados Unidos, cuya mayoría de bienes importados provienen de CJK. Desde la creación de la STC, el crecimiento del comercio entre sus miembros mantuvo una tendencia ascendente, que en 2018 llegó al máximo en exportaciones y en 2020 al máximo de importaciones. A su vez, se han realizado ocho cumbres trilaterales de alto nivel siendo la última en Chengdu, China (2019). En esta última y con motivo del vigésimo aniversario de la STC se adoptó el *“Trilateral Cooperation Vision for the Next Decade”*, una hoja de ruta que reafirma el interés compartido por la cooperación mutua y sienta las bases para la próxima década.

Finalmente, el último hito que denota el progresivo proceso de integración en Asia Oriental ha sido la creación de la Asociación Económica Integral Regional (RCEP, por sus siglas en inglés). Este mega acuerdo de libre comercio firmado en 2020 y en vigor desde el 1 de enero de 2022, es el primero en incluir a CJK y el primer tratado multilateral en incluir a China. Además, participan los 10 miembros de ASEAN, Australia y Nueva Zelanda, abarcando un área que comprende el 30% de la población mundial y el 30% del Producto Mundial Bruto. El RCEP pretende establecer un marco común para las normativas comerciales de sus miembros y eliminar el 90% de las tarifas de importación en un plazo de 20 años desde su entrada en vigor, con un 26% de las tarifas totales a ser eliminadas en los primeros 10 años. Al principio de las negociaciones, sólo un 22.9% de las líneas tarifarias estaban liberalizadas y al momento de su entrada en vigor, dicho porcentaje aumentó hasta cubrir un 63.4%. De manera que el RCEP ha tenido éxito no sólo en alcanzar una alta liberalización comercial sino también en haber logrado un consenso entre actores con intereses regionales diversos.

III. Divergencias comerciales: RCEP, CPTPP y la superposición de mecanismos. Interdependencia y desacople.

Desde 2013, CJK se encuentran negociando un Tratado de Libre Comercio que tras 16 rondas de negociación sigue todavía estancado. Como señala Xirui L, los tres países desarrollan una aproximación distinta respecto a los TLCs: China, suele ser selectivo y gradualista, prefiriendo acuerdos con un

grado moderado de liberalización y principalmente enfocado en bienes. (XIRUI LI, 2022) Corea del Sur, en cambio, suele optar por acuerdos de alta apertura comercial, amplios y comprensivos de distintos aspectos, tanto de bienes y servicios, como de derechos de propiedad intelectual y contratación pública. Por su parte, Japón también busca una aproximación similar a la coreana, pero además se caracteriza por una celosa industria pesquera y agrícola nacional que presiona para excluir de los acuerdos a dichas industrias, además de siempre perseguir altos estándares técnicos.

Sin embargo, la firma del RCEP abre la posibilidad a que las negociaciones en torno al TLC trilateral se revigoricen si se considera que es el tratado con los estándares más altos firmado por China hasta el momento y el de mayor amplitud al tratar temas como la contratación pública. Además de fijar una reducción gradual en áreas sensibles como la agrícola.

Sin embargo, la profundización de la cooperación tripartita mediante la participación conjunta en diversos foros y la construcción progresiva de diversos mecanismos enfrenta también dinámicas divergentes. El RCEP, por ejemplo, que desde su origen fue promocionado por China, era percibido como un contrapeso al Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP, por sus siglas en inglés) que impulsado por los Estados Unidos pretendía crear una zona de libre comercio bicontinental entre Asia y los Países de América con salida al Pacífico. Esto respondía a la estrategia de política exterior que Japón y Estados Unidos se encuentran desarrollando en Asia-Pacífico y que pretende frenar la hegemonía de China en la región y obturar la consolidación de la Iniciativa de la Franja y la Ruta (BRI, por sus siglas en inglés). Para lo cual promueven la idea de un “Indo-Pacífico Libre y Abierto” (FOIP, por sus siglas en inglés) con miras a crear un espacio transoceánico de cooperación política y apertura económica. Sin embargo, en 2017, el entonces presidente Donald Trump decidió retirar al país norteamericano del acuerdo, lo que otorgó más vigor a la idea del RCEP. El TPP debió entonces ser reconvertido y en 2018 entró en vigor el Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés),

Así las cosas, existen simultáneamente dos Tratados de Libre Comercio en la región, el RCEP y el CPTPP. Pero mientras el primero incluye a China,

Corea del Sur y Japón, el segundo sólo incluye a este último. Sin embargo, tanto China como Corea han solicitado formalmente el ingreso al CPTPP en 2021, todavía pendientes de admisión. En concreto, ambos tratados presentan sus diferencias, tales como la velocidad en la liberalización tarifaria. Los Estados Parte en el CPTPP acordaron un 86.1% de liberalización en las líneas tarifarias al momento de la entrada en vigor (contra el 63.4% del RCEP) y establecieron sólo un 5.7% de tarifas sujetas a liberalizarse en plazos de 10 años (contra el 26% del RCEP). Además, el RCEP ha establecido una mayor cantidad de bienes excluidos del tratado y de bienes sujetos a liberalización parcial. Sin embargo, ambos coinciden en el alto grado apertura comercial que generarán en la región (98.9% de liberalización del CPTPP y 89.7% del RCEP), lo que incrementa aún más el grado de integración asiático en general y de CJK, en particular.

Además, tras su asunción, Joe Biden decidió continuar con la estrategia iniciada por su predecesor Barack Obama, y reactivar la política exterior norteamericana en el Asia-Pacífico caracterizada por una alta asertividad. Este viraje dio como resultado la creación del Marco Económico del Indo-pacífico (IPEF, por sus siglas en inglés), un nuevo espacio de cooperación intergubernamental que incluye a Japón y Corea del Sur (además de 10 países más, entre ellos la India). La iniciativa alineada con la visión de un Indo-pacífico libre, excluye expresamente a China y tiene entre sus principales objetivos garantizar la no interrupción de las cadenas de suministros y el abastecimiento de materias primas y semiconductores (productos sensibles cuyas cadenas logísticas se vieron interrumpidas por la pandemia de COVID-19, la política china de COVID Cero y la guerra en Ucrania).

Así las cosas, la superposición de tratados, foros y mecanismos marca el delicado juego de equilibrio regional. Pero si esa imbricación genera de por sí rispideces, la profundización de la interdependencia comercial que algunos de estos proyectos persiguen, también tiene su contracara. Un claro ejemplo se observa en el vínculo sino-coreano. China es el primer destino de inversión extranjera directa coreana, el cual es incentivado por la alta competencia de los trabajadores chinos y los bajos salarios relativos. Como señala León-Manríquez

(2017), los *chaebol* han generado en China un “segundo mercado interno”. Además, Corea del Sur, tiene desde 2004 a China como su principal socio comercial, tras haber desplazado a Estados Unidos. En 2014, ambos países firmaron un Tratado de Libre Comercio con miras a eliminar el 90% de las barreras arancelarias. En 2021, Corea exportó a China por 158 mil millones de dólares e importó por 140 mil millones, lo que consolida una marcada tendencia superavitaria, iniciada en la década de los 90 y que alcanzó en 2018 su cifra más alta con 55 mil millones de dólares. Sin embargo, a la vez que el comercio bilateral crece en volumen no es así en cuanto a variedad dada la alta concentración de productos y componentes electrónicos de la canasta exportadora coreana. Esto se ha vuelto un problema para su economía en virtud del acelerado *catching up* tecnológico chino. Primero mediante un apalancamiento de IED a través de *joint ventures* con empresas locales, seguido por el impulso de empresas estatales iniciado en 2009, China desarrolla un programa de desarrollo tecnológico a largo plazo, bajo la coordinación central del Comité Directivo del Consejo de Estado de Ciencia, Tecnología y Educación. Además, mediante planes como “*Made in China 2025*”, el presupuesto nacional dedicado a la I+D+i (investigación, desarrollo e innovación) continúa aumentando con el principal objetivo de reducir la brecha tecnológica y posicionarse como líder indiscutido de la revolución industrial 4.0. De manera que la necesidad de desacoplar ambas economías y procurar la diversificación exportadora coreana se ha vuelto cada vez más urgente.

En 2016, a partir de los ensayos nucleares efectuados por Corea del Norte, la presidenta surcoreana Park Geun-hye, acordó la instalación del sistema estadounidense de defensa antimisiles THAAD (*Terminal High Altitude Area Defense*). China entendió que esto representaba una amenaza a su seguridad nacional alegando que los sistemas de radares del THAAD podría servir para tareas de espionaje. Como consecuencia, China restringió el turismo coreano, lo que se tradujo en pérdidas por más de 15 mil millones de dólares e inicio una casi guerra comercial que afectó las ventas de importantes empresas

² Grandes conglomerados empresariales caracterizados por su gran diversificación, desarrollo tecnológico y tendencia de tipo monopólica, propiedad de importantes familias.

surcoreanas como Lotte (cadena de supermercados) y Hyundai que cayeron cerca del 95%³ y 64%⁴ respectivamente. De manera que tanto la necesidad de diversificar la canasta exportadora coreana, así como la de procurar un desacople de ambas economías se ha vuelto algo cada vez más urgente.

Así las cosas, si bien China, Corea del Sur y Japón han ido avanzando paulatinamente hacia una mayor cooperación comercial, la consiguiente profundización de la interdependencia económica se ha vuelto, en algunos casos, contraproducente y los gobiernos han buscado amortiguar dicho impacto. Tratados como el RCEP buscan licuar la dependencia de China al abrir el comercio en la región y desplazar el eje al sudeste asiático, la zona más dinámica en términos de crecimiento a nivel global. A su vez, la política de un Indo-Pacífico Libre y Abierto, y la creación del CPTPP y del IPEF, dan cuenta de ello.

IV. Divergencias en Defensa: alianzas militares y conflictos histórico-culturales.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, en Asia del Este la defensa regional quedó configurada en torno a dos ejes. Por un lado, China que, en 1949 tras la Revolución Comunista, dio por finalizado el llamado “siglo de humillación” e inició un nuevo proyecto de país independiente de la injerencia de potencias extranjeras. Por el otro, Japón y Corea del Sur quedaron posicionadas bajo la esfera de influencia de Estados Unidos. Si bien los tres países asiáticos han ido acercando posiciones en los últimos años, el esquema bipolar de posguerra todavía se mantiene.

La República de Corea mantiene desde 1953, tras la firma del armisticio que puso fin a la guerra de Corea, el *Mutual Defense Treaty* (Tratado de Defensa Mutua) con los Estados Unidos. El mismo establece la posibilidad de asistencia recíproca en caso de un ataque armado externo y concede el establecimiento de tropas estadounidenses en territorio surcoreano. Es así que se ha conformado

³Ver WANG L. (1 de marzo de 2023), *Chinese shoppers boycott Lotte amid controversial THAAD deal*. Accesible en: https://news.cgtn.com/news/3d557a4d33636a4d/share_p.html

⁴Ver MULLEN J. (30 de agosto de 2017), *China can squeeze its neighbors when it wants. Ask South Korea*. Accesible en <https://money.cnn.com/2017/08/30/news/economy/china-hyundai-south-korea-thaad/index.html>

el *United States Forces Korea* (USFK, por sus siglas en inglés), como ejército integrado bajo la órbita del Comando del Indo-Pacífico de Estados Unidos (USINDOPACOM por sus siglas en inglés) con base en las ciudades coreanas de Pyeongtaek y Daegu. En 2018, se realizó la 50ª Reunión Consultiva sobre Seguridad, en la que ambos países acordaron profundizar la alianza. En ese mismo año, el Ministerio de Defensa de la República de Corea, publicó la última actualización del Libro Blanco de la Defensa donde se mantiene a la alianza República de Corea – Estados Unidos como eje fundamental de la política exterior de defensa y orientada a la construcción de una capacidad de respuesta multidireccional, a una cultura militar promotora de los derechos humanos y al desarrollo de una tecnología de última generación. A su vez, se estableció la inversión en la jerarquía del control operacional de las fuerzas conjuntas en tiempos de guerra estableciendo el actual cuadro: Comandante ROK - Subcomandante EE. UU. Es menester destacar que estas medidas se enmarcan dentro del plan de Reforma de la Defensa 2.0, cuyo objetivo principal es modernizar el ejército e incluirlo dentro de la revolución industrial 4.0 que surcorea atraviesa. Así el país asiático, con el apoyo estadounidense, busca convertir una fuerza basada en tropas en una en tecnología, lo que implica reducir paulatinamente el personal militar y desarrollar la construcción de un sistema de defensa de misiles, drones y sistemas de Big Data militar, de fabricación nacional (Gonçalves, 2023).

A su vez, Japón y Estados Unidos también mantienen una alianza, en vigor desde 1952 tras la firma del Tratado de Cooperación y Seguridad Mutuas entre Estados Unidos y Japón. Desde entonces tropas estadounidense han hecho base en el archipiélago nipón, principalmente en Okinawa donde se ubica el 75% de las tropas. Pero tal vez uno de los puntos más sensibles sea la posible intervención de las tropas norteamericanas ante un eventual conflicto en las islas Diaoyu/Senkaku cuya soberanía es disputada por China y Japón. Si bien, las autoridades estadounidenses públicamente han negado tomar posición respecto a dicho conflicto, también han confirmado que el tratado de defensa mutua cubre dicha posibilidad (NING, 2014). Por otro lado, esta firme alianza también ha conducido a la creación de otros foros de seguridad y defensa, como el Diálogo

de Seguridad Cuadrilateral (QUAD, por sus siglas en inglés), impulsado por el Primer Ministro japonés Shinzo Abe en 2007 y creada como respuesta al crecimiento económico y militar de China, con la intención de apoyar a India – también miembro integrante junto con Australia - como contrapeso en la región del Indo-Pacífico.

Así las cosas, la presencia de Estados Unidos y en particular sus fuertes alianzas militares en la región, persisten como uno de los principales puntos de divergencia ante la idea un proceso de integración entre CJK. Conflictos como el incidente del THAAD evidencian la potencialidad conflictiva que genera la presencia de una potencia extranjera como la norteamericana. Además, la influencia regional estadounidense se encuentra en franca expansión en virtud de la posible incorporación de Corea del Sur al QUAD⁵ y al *Five Eyes* (Cinco Ojos, en español)⁶ junto con Japón; así como la reciente creación del AUKUS (Australia, Reino Unido y Estados Unidos) en 2021, una nueva alianza estratégico-militar también con perspectiva hacia el Indo-Pacífico. Desde luego que coaliciones como estas poseen su contrapunto en otras como la Organización de Cooperación de Shanghai (OCS)⁷ en vigor desde 2003 y continuadora del grupo *Shanghai Five* (o los cinco de Shanghai, en español), su antecesor. Desde una perspectiva transcontinental volcada hacia el Oeste, China (junto a Rusia) ha buscado integrar el espacio exsoviético en Asia Central, a la vez que incorporar a la India, en lo que pretende ser una alianza integrada por las mayores potencias regionales. Así, la OCS se ha formado como una organización regional enfocada en la cooperación tanto en materia económica como en seguridad y defensa, que a su vez busca equilibrar la influencia norteamericana en el continente. De manera que la superposición de diversos

⁵ Cabe destacar que si bien la ampliación a un QUAD+ (QUAD Plus) es tema de debate actual, en el que también se consideran a otros países del Indo-Pacífico como Vietnam y Nueva Zelanda, altas autoridades estadounidenses lo han negado públicamente. Es en esa línea que se manifestó Joe Biden tras su última gira por Asia en mayo de 2022.

⁶ Alianza integrada por Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda, creada tras la Segunda Guerra Mundial como un sistema cruzado de inteligencia y vigilancia internacional.

⁷ Integrada por China, Rusia, India, Pakistán, Kazajistán, Kirguistán, Tayikistán y Uzbekistán. Posee una estructura institucional permanente, con el Consejo de Cabezas de Estado como órgano supremo (integrado por los ocho jefes de Estado de los países miembro) el cual se reúne una vez por año.

mecanismos y alianzas militares constituyen un verdadero galimatías que dificulta la idea de una integración en Asia del Este.

Por otro lado, otro punto de divergencia se encuentra en los conflictos intestinos de CJK resultantes de una larga historia común. Así como en el caso de la disputa sino-japonesa por las islas Diaoyu/Senkaku, Corea del Sur y Japón se disputan la soberanía de los islotes de Liancourt, llamados Dokdo y Takeshima por uno y otro respectivamente. También, las secuelas de posguerra perviven en la memoria colectiva coreana, como en el caso de las eufemísticamente llamadas “mujeres de confort” o en otras palabras, las mujeres esclavizadas sexualmente por la Armada Imperial Japonesa durante la Segunda Guerra Mundial (SU, CHEN, Y ÁLVAREZ, 2020). Tras más de 75 años de finalizado el conflicto, las dos coreas (y China, entre otros) mantienen un reclamo ante Japón quien todavía no reconoce formalmente tales violaciones a los derechos humanos. A su vez, también se encuentra el caso del controversial Santuario Yasukuni, en Tokio, considerado por las dos coreas y China, como una reivindicación del nacionalismo imperial japonés en tanto exhibe en su lista de soldados caídos a criminales de guerra, entre otras referencias presentes.

Por otro parte, también se encuentra la situación heredada tras la guerra de Corea, que todavía la península a lo largo del paralelo 38. El régimen dictatorial de la familia Kim, se ha vuelto cada vez más un factor desestabilizador para la región en virtud de los constantes ensayos misilísticos y del avance del programa nuclear. El apoyo de China en la guerra y la vigencia del Tratado de cooperación y Asistencia Mutua con Corea del Norte (firmado en 1961), todavía permanecen como factores de obturación en la relación chino-surcoreana.

Sin embargo, cabe mencionar también la existencia de algunos factores conciliadores en materia de seguridad y defensa. Por ejemplo, a partir de su relación con las dos Coreas, China ha adoptado un rol mediador con miras a la estabilidad en la península. Además, la Secretaría Trilateral de Cooperación (STC) también ha generado grandes avances en ese terreno. En el reporte titulado “*An Evolving Trilateral Cooperation: Reality and Outlook*” (2022), la STC fijo cuatro objetivos comunes en torno a los cuales las partes se encuentran trabajando activamente. En primer lugar, la paz y estabilidad en la península

coreana y el consenso en torno a la importancia de la desnuclearización como factor principal. En segundo, la importancia de una respuesta conjunta frente al cibercrimen, el terrorismo y los extremismos violentos. En tercer lugar, la necesidad de institucionalizar dichas problemáticas mediante la creación de mecanismos de cooperación trilaterales como la *Trilateral Counter-Terrorism Meeting* (Reunión Trilateral de Contra-Terrorismo) y la *Trilateral Consultation among Police Authorities* (Consulta Trilaterale entre Autoridades Policiales. En cuarto, la importancia de un mundo libre de armas nucleares y del Tratado de No Proliferación Nuclear, para lo cual han dispuesto la creación del *Trilateral Consultation on Non-Proliferation* (Consulta Trilateral sobre la No Proliferación) y han reafirmado la necesidad de fortalecer y reformar la Organización de Naciones Unidas para potenciar su rol central en el escenario internacional. Además de que se han comprometido con continuar profundizando la cooperación trilateral en los diferentes mecanismos existentes como el G-20, APEC y ASEAN+3.

V. El proceso de integración regional

Los procesos de integración regional son un fenómeno multidisciplinar y complejo, en muchos casos difícil de analizar hasta tanto no se haya creado una estructura jurídica que la evidencie. Si se toma como ejemplo lo que hoy se conoce como la Unión Europea o incluso el MERCOSUR, ambos casos son el producto de un proceso progresivo iniciado antes de la concepción de la conformación de bloques institucionalizados como los actuales. De manera que cabría preguntar si en virtud de los constantes avances en materia de cooperación entre China, Japón y Corea del Sur, materializados en los diversos tratados comerciales, mecanismos y foros explicados, no existirá un proceso de integración en desarrollo; o bien, los diferentes puntos de divergencia existentes terminan por obturar dicha posibilidad.

Para retomar los ejemplos mencionados, la Unión Europea y el MERCOSUR, presentan antecedentes similares al caso asiático. En ambos, fue la cooperación de las dos principales potencias regionales la que actuó como fuerza centrípeta y atrajo a los demás países al proceso integracionista; Francia

y Alemania en uno, Argentina y Brasil en el otro. La creación de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), en 1951 permitió superar las disputas de preguerra sobre la región de la Renania en torno a los ríos Ruhr y Sarre, lo que dio inicio al proceso que desembocó en la firma del Tratado de Maastricht de 1992. Análoga situación puede encontrarse en la génesis del MERCOSUR a partir del tratado sobre la Cuenca del Plata de 1969 impulsado por Argentina y Brasil y la posterior Declaración de Foz de Iguazú, firmada por los presidentes Raúl Alfonsín y José Sarney en 1985, que sentó las bases para la creación del bloque tras la firma del Tratado de Asunción en 1991. Posteriormente, la fuerza originada por la cooperación atrajo, en el primer caso, a Italia y el Benelux (Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo) y a Uruguay y Paraguay, en el segundo.

Así las cosas, el progresivo avance en Europa ha llevado a la creación de la Unión Europea (cuya sede se encuentra en Bruselas) y, en Sudamérica, a la conformación del MERCOSUR (con sede en Montevideo). Por su parte, en Asia del Este el progresivo avance en la cooperación de las dos potencias regionales (China y Japón) ha llevado a la creación de mecanismos particulares, como la mencionada STC con sede en Seúl (continuando el patrón en el que las potencias involucran a los demás países vecinos institucionalizando de la cooperación en su territorio). No obstante las similitudes mencionadas, para hablar efectivamente de un proceso de integración regional es necesario realizar algunas precisiones.

Cohen Orantes define a la integración como “el proceso mediante el cual dos o más gobiernos adoptan, con el apoyo de instituciones comunes, medidas conjuntas para intensificar su interdependencia y obtener así beneficios mutuos” (COHEN ORANTES, 1981: p.154). Además, identifica tres elementos constitutivos. En primer lugar, el proceso, ya que todo esquema de integración es el resultado de una evolución en la cooperación, de manera progresiva y sostenida en el tiempo. En el caso de estudio en cuestión, dicha dimensión temporal sin duda se encuentra cumplida a partir de la creación de los distintos foros y acuerdos entre CJK a lo largo de las décadas. En segundo lugar, los sujetos activos del proceso, dado que no podría hablarse de integración regional sin involucrar Estados. En ese sentido, la participación de China, Japón y Corea del Sur, también dan por

cumplida dicha dimensión de tipo objetivo. En tercer lugar, la finalidad del proceso, la cual es referido por el autor como la intensificación de la interdependencia. En este caso particular, el cumplimiento de ésta dimensión teleológica podría ser ampliamente discutido, toda vez que la profundización en la cooperación no implica necesariamente una voluntad de interdependencia.

Por otro lado, Negro refiere a la existencia de algunos elementos formales que caracterizan a un proceso de esta naturaleza, tales como una base fundacional (v.g. un tratado) y la transferencia de competencias a las instituciones creadas en dicho proceso, en este caso, como una característica fundamental que las distinguiría de otras organizaciones internacionales. En el primer caso, en ninguno de los acuerdos mencionados el objeto es la integración o la creación de instituciones en ese orden. (NEGRO, 2013) En el segundo, en ninguno de los mecanismos mencionados, ni siquiera la STC – que podría considerarse el de mayor desarrollo institucional –, se advierte tampoco dicho fenómeno. Por el contrario, el ánimo de cooperación sea en materia comercial como de seguridad y defensa, ha bastado para cumplir con las pretensiones de cada país.

Por otra parte, si se considera al proceso de integración como una sucesión lineal de hitos, el caso de CJK podría encontrar una definición más clara. En ese sentido, autores como Bela Balassa proponen cinco estadios hacia la conformación de un bloque de integración: área de preferencia comercial; zona de libre comercio; unión aduanera; mercado común y unión económica. (BELA BALASSA, 1980). El caso asiático, a partir de la entrada en vigor del RCEP, podría ser ubicado en la segunda categoría. Sin embargo, en ese caso también debería incluirse a los 15 países miembros del acuerdo al no tratarse exclusivamente de CJK.

VI. Conclusión

En Asia Oriental, se advierte desde la creación del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) en 1989, la conformación del ASEAN+3 en 1997, la creación de la Secretaria Trilateral de cooperación (STC) en 2011 y la

entrada en vigor de la Asociación Económica Integral Regional (RCEP) en 2022, una evolución progresiva de la cooperación entre China, Japón y Corea del Sur.

Sin embargo, todavía perviven significativos puntos de divergencia. Por un lado, China y Japón enfrentan una disputa de soberanía territorial sobre las Islas Diaoyutai/Senkaku, así como Corea y Japón sobre los islotes de Liancourt. Por otro lado, desde la segunda posguerra, ambos mantienen estrechas relaciones bilaterales con países percibidos como rivales: China con la Federación Rusa, generando una tendencia integracionista hacia el Oeste con eje en el continente; y Japón y Corea del Sur con Estados Unidos, en clara tendencia hacia el Este y el Sur, con eje en el Indo-Pacífico. Esto a su vez, se ha ido profundizando por las alianzas de seguridad que ambos han formado: China, la Organización de Cooperación de Shanghái (OCS); y Japón el Diálogo de Seguridad Cuadrilateral (QUAD). Así como por los tratados vigentes: el Tratado de Amistad, Cooperación, y Asistencia Mutua entre China y Corea del Norte (1961); el Tratado de Cooperación Mutua y Seguridad entre Japón y Estados Unidos (1960) y el Tratado de Defensa Mutua (1953) entre Corea del Sur y Estados Unidos. A lo cual se agregan numerosos factores de discordia como los casos del Santuario Yasukuni y el no reconocimiento de crímenes de guerra acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial.

Así las cosas, se observa un escenario donde conviven simultáneamente fenómenos de convergencia y divergencia de intereses. De manera que surge como interrogante si puede hablarse efectivamente de un proceso de integración regional en Asia del Este, entre China, Japón y Corea del Sur. A partir del análisis de la teoría de la integración, queda claro que no se observa de manera clara un proceso en tal sentido, habida cuenta de la falta de elementos esenciales como una intención clara de profundizar la interdependencia, así como de elementos formales, como la ausencia de una base fundacional y de transferencia de competencias. Sin embargo, partiendo de antecedentes como los de la Unión Europea y el MERCOSUR, se puede afirmar que el fenómeno asiático se encuentra en pleno desarrollo y sólo la evolución en el tiempo determinará el destino de la potencialidad integracionista.

VII. Bibliografía

ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (2022). *Study on Tariffs: Analysis of the RCEP Tariff Liberalization Schedules*. Accesible en: <https://www.apec.org/publications/2022/05/study-on-tariffs-analysis-of-the-rcep-tariff-liberalization-schedules>

BELA BALASSA (1980). *Teoría de la Integración Económica*. Editorial Uteha.

COHEN ORANTES, I. (1981). *El concepto de Integración*. Revista de la CEPAL, (15). Accesible en : https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/10232/015149159_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

GONÇALVES, A. (2023). *La República de Corea ante el ascenso de China: entre el equilibrio y la integración*. En M. ÁLVAREZ (Comp.). *Periferia Global. Estudios coreanos contemporáneos en América Latina* (pp. 173-191). Ediciones Universidad del Salvador.

LEÓN-MANRÍQUEZ, J. L. (2017). *Corea, ayer y hoy: aportaciones latinoamericanas*. Korea Foundation. Accesible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Mexico/dcsh-uam-x/20201021040210/Corea-ayer-y-hoy.pdf>

MULLEN J. (30 de agosto de 2017), *China can squeeze its neighbors when it wants. Ask South Korea*. Accesible en <https://money.cnn.com/2017/08/30/news/economy/china-hyundai-south-korea-thaad/index.html>

NEGRO, S. C. (2013). *Manual de Derecho de la Integración*. Editorial BdeF.

NING, L. (2014). *State-centric or state-in-society: national identity and collective memory in the linkage politics of Chinese foreign relations*. Accesible en: https://digitalcommons.odu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1068&context=gpis_etds

SU, Z., CHEN, L., Y ÁLVAREZ, M. (Comps.) (2020). *“Mujeres de confort” en China: una guerra íntima*. Ediciones Universidad del Salvador.

Trilateral Cooperation Secretariat (2022). *An Evolving Trilateral Cooperation: Reality and Outlook*. Accesible en: https://tcs-asia.org/data/etcData/PUB_1666078778.pdf

Trilateral Cooperation Secretariat (2022). *Trilateral Economic Report 2011-2020*. Accesible en: https://tcs-asia.org/data/etcData/PUB_1655080950.pdf

WANG L. (1 de marzo de 2023), *Chinese shoppers boycott Lotte amid controversial THAAD deal.* Accesible en: https://news.cgtn.com/news/3d557a4d33636a4d/share_p.html

XIRUI, L. (28 de enero de 2022). *What's Next for the Long-Awaited China-Japan-South Korea FTA?* The Diplomat. Accesible en: <https://thediplomat.com/2022/01/whats-next-for-the-long-awaited-china-japan-south-korea-fta/>

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA UE: AVANCES Y RETROCESOS. LA MIGRACIÓN
COMO CASOS DE ESTUDIO
Susana Sanz Caballero¹

Fecha de recepción: 27 de marzo de 2023

Fecha de aceptación: 22 de julio de 2023

Resumen

En este trabajo se analizan en perspectiva histórica los principales avances y uno de los principales retrocesos en la protección de los derechos humanos en la UE. El principal avance documentado es la propia creación de un sistema de protección de los derechos humanos partiendo de la nada. Como muestra de retroceso debido a la policrisis que sufrimos (financiera, económica, bélica, alimenticia...) se analiza el caso del Pacto de Migración y Asilo que se consensuó en 2020 y que está llamado a sustituir al sistema de Dublín. Este nuevo Pacto está formado por una serie de instrumentos jurídicos conexos que están tardando mucho tiempo en ser aprobados y que, además, ponen más el acento en la seguridad de las fronteras que en los derechos humanos de la persona extranjera que intenta acceder a territorio de la UE.

Palabras clave: Derechos Humanos – evolución – migración – Unión Europea

Abstract

This paper analyses the main advances and setbacks in the protection of human rights in the EU from a historical perspective. The main documented advance is the creation of a human rights protection system from scratch. The case of the Migration and Asylum Pact, which was agreed in 2020 and which is set to replace

¹ Catedrática de Derecho Internacional Público UCH CEU, Cátedra Jean Monnet, Juez ad hoc del TEDH. Este trabajo se inscribe en el marco de los proyectos de investigación PID2021-126765NB-I00 del MICINN del que son IP1 Susana Sanz e IP2 Antonio Bar y AICO/2021/099 de la GVA del que es IP Susana Sanz sobre “Crisis del Estado de Derecho en la UE. Especial referencia a Polonia, Hungría, Croacia, Estonia, España e Italia y a la incidencia de la pandemia del covid-19”.

the Dublin system, is analysed as an example of a setback due to the polycrisis we are suffering (financial, economic, war, food...). This Pact is made up of a series of related legal instruments that are taking too long to be approved and which, moreover, seem to place more emphasis on border security than on the human rights of foreign people trying to enter EU territory.

Title: HUMAN RIGHTS IN THE EU: ADVANCES AND SETBACKS. MIGRATION AS A CASE STUDY

Key words: Human Rights protection - Evolution - Migration - European Union

I. Introducción

La crisis financiera que comenzó en 2007, la mal llamada crisis migratoria de 2015 y 2016, la crisis sanitaria provocada por la pandemia en 2020 y su subsiguiente crisis económica, así como la crisis bélica que sufre Ucrania desde 2022 y las consecuencias que ésta está acarreando en forma de crisis humanitaria, alimenticia y energética global han afectado en negativo a la UE y a su modo y grado de cumplimiento de los derechos humanos. Todas las fatales circunstancias mencionadas han ido en detrimento del disfrute de los derechos humanos en todo el mundo. Sin embargo, el declive quizá sea más reprochable e insoportable en una organización como la Unión que tiene a gala proteger los valores que establece el artículo 2 del Tratado de la Unión que no son otros que el respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.

La respuesta que ha dado la UE a todas estas crisis que se han ido concatenando y cómo esa respuesta ha afectado a los derechos humanos sin duda condiciona el balance que se pueda hacer a la pregunta de cómo se protegen hoy día los derechos humanos en la UE. Hay dos posibles planos en el discurso y, por tanto, en la respuesta. Están, por un lado, las medidas institucionales que ha ido adoptando la UE a lo largo de los años, esto es, el sistema jurídico del que se ha dotado la organización en materia de derechos

humanos. Si uno se ciñe a la simple descripción del sistema, en ese caso parece que Europa es un muy buen ejemplo en materia de derechos humanos, quizá el área del mundo que más organizaciones internacionales y la que más órganos e instrumentos ha creado para protegerlos y para monitorizar a sus miembros en este ámbito. No en vano, a falta de una organización internacional con competencia en este campo, en Europa se han creado dos con sistemas de protección de los derechos y libertades propios cada una de ellas, el Consejo de Europa y la Unión Europea. Esa es la visión amable de los derechos humanos, la que le hizo ganar a la Unión el Premio Nobel de la Paz en 2012.

Sin embargo, lo justo es cotejar ese aparato institucional con lo que está ocurriendo sobre el terreno, sobre todo respecto a la protección que se está dando a los derechos humanos de los grupos más vulnerables, los olvidados por los avances tecnológicos y por el Estado de bienestar, los extranjeros no comunitarios, los refugiados, las mujeres que son objeto de discriminación y violencia, los niños de ambientes pobres, las personas con discapacidad, los sintecho, la comunidad LGTBIQ+, etc. Y si se desciende a ese nivel entonces se comprueban las contradicciones que caracterizan a la Unión Europea. Ejemplo de ello son las políticas “austericidas” que la Unión fomentó en la primera crisis financiera las cuales afectaron al derecho a la vivienda, a la alimentación, a la asistencia sanitaria, al trabajo o a la seguridad social y pavimentaron el terreno para una mayor desigualdad social; la Unión Europea, que consiente que su agencia de fronteras esté más pendiente de devolver a las personas que migran que de acogerles; la UE que asiste, entre impotente y atónita, a un declive en la aplicación de las reglas en las que se basa el Estado de Derecho como son la separación de poderes, la independencia judicial, la libertad de los medios o la libertad de acción de las ONGs (GRABOWKA-MOROZ, 2022: p. 277-294 y GARDOS-OROSZ y SZENTE, 2021: *passim*).

En este trabajo se analizarán los dos niveles. Por un lado, se dará cuenta de todo lo bueno que ha dado la Unión en términos de derechos humanos a lo largo de los años porque, por muchos errores que haya cometido, la UE ha conseguido crear instituciones increíbles. Son instituciones increíbles, aunque es más dudoso que todas ellas sean hoy totalmente creíbles, porque el nivel de

confianza de los ciudadanos en ellas ha disminuido estos últimos años. Pero en este trabajo no solo se explicarán las bondades del aparataje jurídico-político que se ha creado a lo largo de décadas sino que también se descenderá al terreno de los hechos para ver, con un caso de estudio como es el dossier migratorio, qué se ha hecho en la práctica y qué se debería haber hecho para hacer más efectiva la protección de los derechos humanos. De este modo, anunciamos, el balance finalmente será agrídulce.

II. Los avances: El aparataje institucional y el sistema de protección de los derechos humanos en la Unión Europea

Lo más llamativo del sistema de protección de derechos humanos de la UE es que en el momento de su puesta en marcha se partía de la nada, en un continente arrasado por una Segunda Guerra Mundial que había sido provocada por los propios europeos. Y esa protección, desde la nada, empezó en el seno de tres organizaciones internacionales muy pequeñas, formadas por unos mismos seis Estados. Esas organizaciones eran las conocidas Comunidades Europeas y tenían rasgos supranacionales aunque sus competencias se centraban en lo económico, en temas básicamente de carácter técnico. Esas organizaciones cuando fueron creadas en los años cincuenta no tuvieron en cuenta los derechos humanos, ni éstos fueron mencionados en sus tratados constitutivos. Eso ocurría pese a que las Comunidades tenían y contaban con la inspiración de otra organización internacional que había sido creada poco antes, en 1949, y en la que todos los miembros de las Comunidades Europeas participaban, a saber, el Consejo de Europa. Además, el Consejo de Europa había adoptado ya el tratado más emblemático que -tanto entonces como aún hoy -tenemos en continente europeo, el Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), el cual se apoya en un órgano de aplicación que es de tipo judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual supone el grado más elevado de protección de derechos humanos.

Las Comunidades Europeas utilizaron el método de prueba y error para comenzar a desarrollar y proteger los derechos humanos, a través de un sistema

que podríamos llamar de *pachtwork* ya que en cada momento histórico las instituciones de la UE han propuesto soluciones distintas para paliar la ausencia de mención expresa y de protección concreta a los derechos fundamentales en los Tratados de las Comunidades Europeas (la actual Unión). No hay más que comprobar lo que pasó en los primeros tiempos, en los años cincuenta y sesenta, cuando al antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) le llegaban asuntos judiciales en los que alguien alegaba que sus derechos habían sido violados. En aquellos tiempos el TJCE dejaba al demandante desamparado cuando le contestaba que no tenía competencia en materia de derechos fundamentales y por tanto no podía resolver el litigio que se le presentaba. Un ejemplo claro de esta primera línea jurisprudencial es el caso *Stork*² en el que el demandante, un empresario alemán, solicitaba la anulación de una decisión de la Alta Autoridad de la CECA que supuestamente violaba su derecho de propiedad. A falta de mención explícita en los Tratados a los derechos fundamentales, el demandante basaba su demanda en el derecho de propiedad tal cual éste estaba recogido en la Constitución alemana, a lo que el Tribunal respondió en su pronunciamiento final que no podía aplicar el Derecho nacional de los Estados miembros.

Sin embargo, este mismo tribunal fue capaz de cambiar de criterio, siendo justamente la primera institución europea que empezó a dar solución al problema, empezando desde la nada, con una protección de los derechos individuales que comenzó en sede judicial. A partir de su sentencia *Stauder* de 1969 todo cambió y comenzó la protección de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas³. Para su giro jurisprudencial, el TJCE tuvo en cuenta una fuente del derecho como son los principios generales del Derecho, indicando en su sentencia que los derechos humanos forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario y que los iba a proteger no como derecho escrito, sino como reglas jurídicas básicas de carácter no escrito. En aquellos momentos la protección era solo de tipo judicial. Si no se presentaba ante el Tribunal un litigio en el que el demandante alegara una violación de algún

² TJUE, Sentencia de 4 de febrero de 1959, *Friedrich Stork & Cie contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, C-1/58.

³ TJUE Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Stauder contra Ciudad de Ulm*, C-26/69.

derecho humano éste no podía pronunciarse sobre dicho derecho. No en vano, un tribunal no puede actuar de oficio, debe esperar a que le lleguen casos para poder pronunciarse. Pese a ello, con el paso de los años, al TJCE han ido llegando asuntos sobre todo tipo de derechos fundamentales, lo cual ha permitido que el listado de derechos que el Tribunal de Justicia ha conseguido proteger no sea nada desdeñable, puesto que incluye la vida privada y familiar⁴, la libertad de empresa⁵, los derechos de defensa⁶, la libertad de reunión y de expresión⁷, el derecho al trabajo⁸, el derecho a condiciones de trabajo justas⁹, el derecho a prestaciones de la seguridad social¹⁰, el derecho a asistencia sanitaria¹¹, a la igualdad de trato¹², el interés superior del niño¹³, el derecho a ajustes razonables para las personas con discapacidad¹⁴, el derecho a la protección de los datos de carácter personal¹⁵, el derecho a pensión¹⁶ o el derecho a no ser penado dos veces¹⁷, entre otros.

Más tarde, en la reforma de Maastricht de 1993, en la que se creó la Unión, se mencionaron por primera vez los derechos fundamentales, indicándose que para protegerlos se utilizarían los principios generales del Derecho Comunitario y que, para localizarlos, la UE se inspiraría en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, dos fuentes de inspiración que habían sido mencionadas por el TJCE en su jurisprudencia

⁴ TJUE, Sentencia de 1 de agosto de 2022, I y S contra Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid, C-19/21.

⁵ TJUE, Sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS contra NK AG, C-223/19.

⁶ TJUE, Sentencia de 8 de diciembre de 2022, HYA, IP, DD, ZI y S, C-448/21.

⁷ Auto del Tribunal de Justicia de 24 de septiembre de 2019, KE contra LF, C-185/19.

⁸ TJUE, Sentencia de 10 de febrero de 2022, XXXX contra HR Rail SA, C-485/20.

⁹ TJUE Sentencia de 16 de junio de 2021, CE contra Comité de las Regiones, T-355/19.

¹⁰ TJUE, Sentencia de 13 de octubre de 2022, DN contra Finanzamt Österreich, C-199/21.

¹¹ TJUE, Sentencia de 23 de septiembre de 2020, WO contra Vas Megyei Kormányhivatal, C-777/18.

¹² TJUE, Sentencia de 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14.

¹³ TJUE, Sentencia de 11 de marzo de 2021, M. A. contra Estado Belga, C-112/20.

¹⁴ TJUE, Sentencia de 21 de octubre de 2021, TC, UB contra Komisia za zashtita ot diskriminatsia y VA, C-824/19.

¹⁵ TJUE, Sentencia de 8 de diciembre de 2022, TU y RE contra Google LLC, C-460/20.

¹⁶ TJUE, Sentencia de 15 de septiembre de 2022, FK con intervención de Rechtsanwaltskammer Wien, C-58/21.

¹⁷ TJUE, Sentencia de 22 de marzo de 2022, C-151/20, Nordzucker y otros.

desde el caso Nold¹⁸. Maastricht supuso la primera referencia a los derechos fundamentales en el derecho originario. En esa época también se planteó la posible adhesión de las CCEE al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁹, una propuesta pionera porque supondría que una organización internacional, en este caso la Unión Europea, se obligaría voluntariamente por el tratado de derechos humanos más importante y emblemático de otra organización distinta, es decir, de otro sujeto de Derecho Internacional como es el Consejo de Europa, que hoy cuenta con 46 Estados miembros. Pero el Tribunal de Justicia curiosamente dijo que no era posible la adhesión en un famoso dictamen de 1996²⁰, porque no consideró que los derechos humanos fueran una competencia comunitaria como, por ejemplo, lo son la política comercial común o la unión aduanera. El Tribunal de Justicia consideró que los derechos fundamentales eran solo un límite a la actuación de la Unión Europea y por eso, en el estado de desarrollo en el que se encontraba el Derecho de la Unión en ese momento, ni las Comunidades Europeas ni tampoco la UE podían adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Ante esta decisión que suponía una decepción y un revés en la lucha europea por proteger los derechos humanos se propuso otra solución, a saber, se redactaría una declaración de derechos propia, es decir, un catálogo de derechos específico de la Unión. Esa declaración es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, la primera declaración de derechos humanos del siglo XXI. La Carta se muestra hoy como un catálogo muy moderno, con sus referencias a nuevos derechos y su sobreprotección de los derechos de igualdad. Pero, como a menudo pasa en el proceso de construcción europea, muchas veces se dan dos pasos adelante y uno hacia atrás. Y el paso atrás fue que los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron en la cumbre de Niza de diciembre de 2000 que la recién aprobada Carta tuviera

¹⁸ TJUE, Sentencia de 14 de mayo de 1974. J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto C-4/73.

¹⁹ Comisión Europea: Memorandum on the accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2 de mayo de 1979 (COM (79) 210 final).

²⁰ Dictamen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de Marzo de 1996, 2/94.

valor de mera declaración política y, en consecuencia, no la incluyeron en los Tratados.

Esta situación de *impasse* duró siete años. La reforma de Lisboa de 2007 enumera claramente en el artículo 2 del Tratado los valores en los que la Unión dice basarse: la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los de las minorías. Además, el TUE en esta reforma hace la cuadratura del círculo dado que menciona que se continuará con la protección judicial de los derechos, en línea con la tradición instaurada por el antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; pero a la vez convierte en obligatoria esa declaración escrita que es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y, además, propone también la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, esto último lo hace de una manera un tanto arrogante, porque el artículo 6.2 indica que la Unión “se adherirá” al Convenio, no que intentará adherirse, cuando sin embargo “*it takes two to tango*”. Por tanto, en el Tratado de la Unión Europea se da por hecho que el Consejo de Europa aceptará negociar la adhesión de la Unión a un tratado internacional que proviene del ámbito del Consejo de Europa y no de la Unión. Sin embargo, la Unión no se equivocó al dar por hecho la colaboración de la otra organización. Efectivamente, hubo una negociación para la adhesión y el Consejo de Europa y la UE llegaron en 2010 a un acuerdo sobre la adhesión al CEDH (ABRISKETA URIARTE, 2011, p. 221; JACQUÉ, 2011, pp. 995 – 1023; GROUSSOT, LOCK y PECH, 2011; SANZ CABALLERO, 2011, pp. 99–128; VEGA, 2022 p. 97).

Desafortunadamente, el TJUE en su dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014 sobre la adhesión de la UE al CEDH, como ya hizo en el dictamen previo 2/94 de 28 de marzo de 1996 sobre esta misma materia (ESCOBAR, 1996, pp. 584-594) frustró la posibilidad de dicha adhesión. Si en 1996 su negativa a la adhesión al CEDH se fundamentó en la falta de competencias de la que parecía adolecer la Unión en el ámbito de los derechos humanos en el estado en el que se encontraba el ordenamiento comunitario en aquel momento (CUESTA CIVIS, 1999, pp. 207-231; SANZ CABALLERO, 2003, pp. 69-80), en el segundo las razones aducidas por el Tribunal tuvieron más que ver con la preocupación por el control

de la interpretación del Derecho de la UE y, más en concreto, por el temor a que el TEDH pudiera poner en riesgo con su jurisprudencia el principio de primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho de sus Estados miembros, un control que hoy día solo ostenta el TJUE (JACQUÉ, 2015, pp. 19-45).

En paralelo a lo anterior, también se ha producido en el seno de la UE un desarrollo de normas de derecho derivado que se centran en derechos humanos, es decir, un Derecho y unas políticas creados por las propias instituciones europeas que tienen en cuenta los derechos humanos, como las directivas contra el racismo y la xenofobia²¹, las normas que exigen la igualdad entre hombre y mujer²², la Estrategia para las personas con discapacidad²³, el plan de acción del pilar social²⁴, la Estrategia europea sobre derechos del niño y la garantía infantil²⁵ o la Estrategia europea para reforzar la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales²⁶. Las anteriores son algunas de las normas que han sido creadas *ex profeso* para proteger a determinados colectivos o afrontar determinadas cuestiones pero lo cierto es que también el resto de normas de Derecho derivado de la UE, aunque no traten sobre derechos humanos expresamente, deben conformarse con los derechos humanos, es decir, deben respetarlos; esto es un requisito para que la normativa sea compatible con los Tratados. Además, a nivel institucional y normativo el aparatage es importante

²¹ Directiva 2000/43/EC, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

²² Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

²³ Accesible en: <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8376&furtherPubs=yes>

²⁴ Accesible en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-action-plan_es

²⁵ Accesible en: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/rights-child/eu-strategy-rights-child-and-european-child-guarantee_es

²⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Estrategia para reforzar la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales en la UE, de 2 de octubre de 2020, COM(2020) 711 final.

porque hay un defensor del pueblo europeo, una comisión de peticiones en el Parlamento Europeo, un comisario sobre valores europeos, un representante especial de la UE los derechos humanos, una agencia de derechos fundamentales y un instrumento europeo para la democracia y derechos humanos así como también la posibilidad de presentar una iniciativa ciudadana europea por parte de un millón de ciudadanos europeos.

En definitiva, no se trata de un sistema de protección ideado por las antiguas Comunidades Europeas desde sus inicios. Es un sistema de *patchwork*, que se ha ido haciendo, que de hecho aún se va haciendo, y que seguirá haciéndose porque se van añadiendo retales en forma de nuevos instrumentos, mecanismos, normas, organismos y órganos. Todo esto se va haciendo sin que muchas veces esos instrumentos, mecanismos, normas, organismos u órganos sean del todo coherentes entre sí. Es un sistema cuyo crecimiento, ampliación o estancamiento en cada momento depende de la altura de miras de los gobernantes y los representantes públicos de turno, y también de la de los administradores y funcionarios públicos de la Unión.

II. Los retrocesos: Algunos sectores críticos para los derechos humanos

Hoy día estamos viviendo una policrisis o meta crisis (BLOKKER, 2021, p. 6) como demuestra el Brexit, que es la primera vez que un Estado ha querido salir de un club en el que hasta ese momento solo se quería entrar. Además, sufrimos una crisis financiera, una crisis de seguridad, una crisis económica, una crisis bélica a las puertas de la UE, una crisis medioambiental, una energética y otra del Estado de Derecho, entre otras. Todo ello afecta a los derechos humanos, y no precisamente en positivo. La pandemia no ha ayudado sino que, por el contrario, ha añadido al elenco una nueva crisis, la sanitaria, que ha derivado en una nueva y grave crisis, la económica. Todo ello ha producido una devaluación de la propia palabra crisis. En este ambiente, algunos de los dossiers con implicaciones para los derechos humanos que han sufrido retrocesos o, al menos, estancamientos en los últimos tiempos son el dossier migratorio, el de las restricciones de derechos durante la pandemia, el dossier

de igualdad y lucha contra el racismo y el dossier de los derechos sociales. En esta contribución se analizará el primero de ellos.

i. El dossier migratorio

En la crisis migratoria de 2015 y 2016 la UE llegó a un muy poco edificante acuerdo con Turquía que sigue en vigor. El acuerdo concede generosas cantidades de dinero a este país a cambio de que haga de parapeto a Europa e impida a las personas migrantes cruzar a territorio europeo. La UE ha tildado a Turquía de país seguro²⁷ pero hay dudas, sobre todo tras el intento de golpe de Estado de 2016 (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016). Del mismo modo, Libia es un Estado fallido, en guerra y en la práctica dividido en dos desde la muerte de Gadafi, con un gobierno islamista y otro no islamista, cada uno de los cuales controla distintas partes del territorio mientras que otras partes no están contraladas por ninguna de las dos facciones. Por eso, en Libia, la UE con quien ha llegado a acuerdos es con los guardacostas locales, para que impidan zarpar barcas desde sus costas, y para que si lo hacen las intercepten, devuelvan al pasaje a Libia y destruyan las embarcaciones.

Detrás de esos cayucos hay mafias y traficantes de personas que arriesgan la vida de personas y comercian con ellas y con sus vidas. Sin embargo, a las personas devueltas no se les otorga la protección que merecen. Hay casos documentados de personas que intentan llegar a Europa que son atacadas en Libia por facciones armadas y torturadas en centros de retención, esclavizadas y traficadas²⁸. Hay países de la UE como Alemania, Finlandia, Austria o Grecia que han restringido los derechos de los demandantes de asilo. Y otros que practican devoluciones en caliente como España, Croacia, Hungría o Polonia. La única excepción son los refugiados ucranianos que huyen de la guerra, a los que los Estados miembros han acogido sin reservas, habiendo

²⁷ Comisión Europea: *EU continues supporting education of refugees and addressing migration in Turkey with additional €560 million*, press release IP/21/6931, accessible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_6931

²⁸ Consejo de Europa. Commissioner for Human Rights: *A distress call for human rights. The widening gap in migrant protection in the Mediterranean*, 2021, pp. 6 y 10.

activado la Unión Europea la Directiva sobre afluencia masiva de personas desplazadas con respecto a ellos²⁹.

La Comisión Europea aprobó el 23 de septiembre de 2020 su Comunicación llamada Pacto sobre migración y asilo³⁰. Este Pacto es una propuesta para un nuevo paquete de normas que se complementan entre sí, es por tanto legislación europea en preparación. Se decía que la aprobación de este paquete legislativo era urgente, tras la gran afluencia migratoria que vivimos en 2015 y 2016, cuando se vio que las normas no estaban armonizadas, que las personas que entraban tenían distintos derechos según por qué país ingresaran a la UE, que en las arribadas se confundían personas con derecho a protección internacional con otros migrantes económicos y se comprobó la falta de solidaridad y de responsabilidad compartida. Pero el Pacto no se ha convertido aún en legislación en vigor, salvo dos normas concretas: una relativa a la captación de migrantes muy cualificados profesionalmente (la Directiva de la tarjeta azul)³¹ y otra que convierte a la antigua oficina de asilo e inmigración de la UE en una nueva agencia de la UE, es decir, el reglamento que crea la Agencia Europea de Migración y Asilo³², que está en funcionamiento desde 2022 con un mandato y un presupuesto muy amplios. No parece casual que sea en estos temas donde hubo antes acuerdo.

Una vez que se lanzó el nuevo Pacto sobre migración y asilo en 2020, la Unión debería haber empezado el proceso con los dos colegisladores, el Parlamento Europeo y el Consejo, para negociar, enmendar las propuestas y poner en marcha todo este nuevo aparataje legal. El bloqueo del Pacto demuestra que el dossier migratorio y de asilo se ha convertido para la UE en una patata caliente.

²⁹ Consejo de la Unión: Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE y con el efecto de que se inicie la protección temporal, *DOUE* núm. 71, de 4 de marzo de 2022, páginas 1 a 6.

³⁰ Comunicación de la Comisión relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 609 final.

³¹ Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2021 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo, PE/40/2021/REV/1, *DO L* 382 de 28 de octubre de 2021.

³² Parlamento Europeo y Consejo: Reglamento (UE) 2021/2303 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 2021 relativo a la Agencia de Asilo de la Unión Europea y por el que se deroga el Reglamento (UE), *DOUE L* 439/2010, pp. 1-54.

Y sin embargo, no hay nada más antiguo y más natural que la movilidad humana, la necesidad o el interés en viajar y establecerse en otros lugares. En los meses de febrero y junio de 2023 parece que se empezó a vislumbrar el fin de esta situación de bloqueo. Sin embargo, cabe preguntarse si este fin del bloqueo es para avanzar en la protección de los derechos de las personas que llegan o solo para blindar las fronteras de la Unión, como ahora veremos.

La crisis en la que hoy día está inmersa la UE es una crisis existencial, una crisis de valores que determinará si progresará hacia una unión cada vez más profunda, como reza el TUE, o si se estancará y quedará condenada a la irrelevancia. Ciertamente antes de 2015 ya había signos claros de déficit en la UE y de falta de sintonía. De hecho, desde 2010 con el declive democrático de Hungría y cuando Polonia emprendió esa misma senda en 2015, en la UE se había empezado a quebrar la unanimidad de criterio y de voto. Casualidad o no, el momento en que subió al poder en Polonia el partido actualmente gobernante, Ley y justicia coincidió con la afluencia masiva migratoria; ambas cosas ocurrieron casi a la vez. Y una buena parte del voto que recibió un partido anti-inmigración como es Ley y Justicia pudo tener que ver con las imágenes y las noticias que lanzaban a diario los telediarios, las fotos de cientos de miles de sirios, afganos, iraquíes y subsaharianos intentando cruzar la frontera para llegar a la Unión.

Esa migración de 2015 y de 2016, igual que las actuales, son mixtas, porque en ellas confluyen tanto personas con motivos fundados para solicitar asilo, como también migrantes económicos. Todos ellos comparten rutas, pasantes, penurias y suerte (GONZÁLEZ ENRIQUEZ, 2023). Pero no deberían recibir el mismo tratamiento porque no es lo mismo huir por temor a ser perseguido que ser migrante. Por eso, el estatuto de migrante es más contestado que el de refugiado en general, aunque parece que cada vez se tienda más a igualar ambas figuras, por ejemplo incluyéndolas en un mismo Pacto.

ii. El Pacto de Migración y Asilo: enfoque general

El Pacto de migración y asilo se compone de varias normas. Unas son nuevas pero el Pacto también incluye otras que prácticamente se mantienen

invariables y que estaban en la Agenda Europea de Migración, que es el plan previo que fue aprobado en 2015. El nuevo Pacto contempla también otras normas que suponen una reforma profunda de otras tantas que están actualmente en vigor. Y supone también la derogación de otras. Principalmente, el Pacto trae causa del hecho de que los demandantes de asilo reciben un trato distinto según por dónde ingresen en la UE y de que muchos de ellos aprovechen la ausencia de fronteras interiores del espacio Schengen para protagonizar movimientos secundarios para intentar llegar a países miembros que ofrezcan condiciones de estancia más generosas con respecto a su Estado de entrada en la UE.

Hay diversidad de opiniones sobre el Pacto. Hay quien habla muy positivamente de él, entre ellos algunos eurodiputados como el español López Aguilar, quien sostiene que debería estar en marcha obligatoriamente antes de las elecciones al Parlamento Europeo de 2024 (EUROPEAN TIMES, 2023). Este grupo considera que el Pacto uniformiza normas, las simplifica, las humaniza y que aclara conceptos. Pero también hay quien lo critica, como Amnistía Internacional, para quien el Pacto ahonda en la Europa fortaleza dándole una capa de barniz de derechos humanos. Amnistía Internacional considera que el Pacto parece que busca soluciones a la migración ilegal y que intenta luchar contra los traficantes de personas y las mafias que se lucran con el traslado de personas, cuando en realidad lo que subyace es solo la externalización de las fronteras, la securitización de la UE y la sospecha hacia el extranjero (AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2021).

¿Quién tiene razón? ¿Qué visión del Pacto es la adecuada? ¿Por qué leyendo una misma Comunicación se sacan opiniones tan dispares? Lo cierto es que la crisis migratoria de 2015 cambió la percepción de la UE. Hasta entonces, en general, no se veía en la UE la migración y las solicitudes de asilo como un problema. De hecho, los temas de migración y asilo eran una cuestión que se había comunitarizado bastante pacíficamente años antes con la reforma que tuvo lugar en Ámsterdam en 1997. Hasta entonces la UE no veía en la migración irregular un reto para Europa, aunque conviene aquí hacer un inciso porque

España e Italia llevaban décadas recibiendo inmigración irregular del Norte de África y pidiendo una solución europea sin demasiado éxito (ABC, 2014).

No fue hasta 2015 cuando en Europa empezó a preocupar la situación, cuando las personas migrantes empezaron a llegar de forma más masiva y no solo por la ruta del Sur huyendo de países africanos, sino por el Este huyendo también de países asiáticos a través de Grecia, Bulgaria, Hungría, Rumanía... Entonces empezó a cambiar el discurso y palabras como “incidente” o “tragedia” (que eran las hasta entonces utilizadas para definir la llegada de pateras a España) se tornaron en la expresión “crisis de refugiados”³³. En ese momento es cuando se sintió el fracaso europeo a la hora de articular una política migratoria común. Fue en 2015 cuando se vio que ese objetivo de hacer de la UE un espacio de libertad, seguridad y justicia no se había cumplido. Saltaron las alarmas cuando las personas migrantes empezaron a llegar en masa a países que son frontera externa de la UE en el Este de Europa pero que, aprovechando el espacio Schengen, rápidamente abandonaban esos países para desplazarse hacia Alemania, Suecia o Dinamarca donde las condiciones de vida y acogida eran mejores (GONZÁLEZ ENRIQUEZ, 2023). Esto llevó al surgimiento de tres posiciones un tanto diferenciadas: una es la de los países del Sur que son frontera exterior y que han padecido las arribadas de migrantes irregulares durante más tiempo. Estos países lo que reclamaban era solidaridad en la distribución de los migrantes. Una segunda posición es la de los países del Norte de Europa, que consideraban que en realidad quienes habían soportado más carga eran ellos merced a los movimientos secundarios.

Estos países exigían mayor control fronterizo y seguridad de los países que son frontera exterior. Y existe un tercer grupo de países, los de la Europa Central y del Este, que no querían compartir la carga, ni solidarizarse ni responsabilizarse porque se sentían ajenos al problema (GONZÁLEZ ENRIQUEZ, 2023). Es entonces cuando la política migratoria se empezó a convertir en restrictiva, con la circunstancia añadida de que tanto la crisis financiera mundial como los atentados terroristas que se estaban produciendo en esos momentos

³³ Comisión Europea: Refugee Crisis: European Commission takes decisive action, 9 de septiembre de 2015, Press release IP15/5596, accesible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5596

en Francia, Bélgica, España, Alemania, Dinamarca o Austria favorecieron una visión negativa hacia las personas que llegaban, sobre todo las de determinado origen religioso o étnico.

Por eso ya con la Agenda Europea de Migración de 2015 lo que se percibió fue una impermeabilización de las fronteras y una externalización del control de las migraciones por parte de la UE (TORONDEL LARA, 2021, p. 8), lo cual ha favorecido que las travesías sean más peligrosas. Esa Agenda de 2015 ya apuntaba en qué dirección iba a ir la tendencia actual con el establecimiento de operaciones navales y aéreas para vigilar cayucos y también supervisar a las ONGs que les asisten. También preveía intervenciones externas para evitar flujos migratorios, reforzaba los controles en las fronteras exteriores (operación Sophia³⁴) y el sistema de recogida de datos personales, creaba *hotspots* para internar a quien llegara irregularmente, revisaba el sistema de Dublín sobre solicitudes de asilo y establecía reubicaciones en otros Estados así como retornos.

Hoy la UE lo que pretende con el Pacto es contar con una política migratoria propia y completa. Los objetivos específicos del Pacto son: Garantizar un trato adecuado a los nacionales de terceros Estados residentes en la UE, luchar contra la inmigración ilegal y el tráfico de personas, cooperando con los países de origen y otorgar derechos a los migrantes en línea con los de ciudadanía. Así dicho tiene lógica. Lo que la UE quiere conseguir es conciliar la gestión de la migración regular y la irregular de un modo adecuado y dar protección a los que solicitan asilo y necesitan protección. Sin embargo, el Pacto incluye varios aspectos, algunos pacíficos y positivos, otros polémicos y que suponen un retroceso.

iii. La tensión entre derechos humanos versus seguridad en el nuevo Pacto

Aunque el nuevo Pacto está llamado a sustituir al denostado sistema de Dublín (en vigor desde 1990 aunque ha sufrido varias modificaciones) (GARCÍA-

³⁴Ver: <https://emad.defensa.gob.es/operaciones/historico-de-operaciones/41-UE-EUNAVFORMED-Operacion-Sophia/>

MASCAREÑAS, 2015), la crisis económica, la invasión de Ucrania y el temor al terrorismo, están haciendo que hoy, cuando aún ese paquete legislativo no está plenamente aprobado, ya la balanza se decante hacia medidas restrictivas que priman la seguridad y el blindaje de Europa más que las ideas humanitarias (ABRISQUETA URIARTE, 2022). Y eso acaba salpicando a las personas que necesitan protección porque se da preeminencia al enfoque policial. Muestra de ello es cómo se ha multiplicado el presupuesto de Frontex o las medidas restrictivas hacia la entrada en su territorio que adoptaron Austria, Hungría, Eslovenia, Macedonia o Croacia, algunos de ellos construyendo muros (FRANCE24, 2019). Basta con ver también cómo ciertos países usaron la pandemia para limitar la libre circulación y suspendieron los derechos del espacio Schengen abusivamente (BAE NEGOCIOS, 2020). La pandemia lamentablemente intensificó la externalización de este enfoque de la UE hacia la migración y hacia los refugiados. Incluso Turquía y Alemania llegaron a solicitar la intervención de la OTAN para frenar el flujo (REUTERS, 2016). Desde entonces parece que se criminaliza la inmigración (ROSINA, 2022), aunque llegar sin papeles no sea un delito sino una falta administrativa. Sin embargo, Hungría aprobó una ley para considerar delito penado con tres años de cárcel el entrar irregularmente en dicho país (EL PAIS, 2018).

Respecto a los que intentan alcanzar territorio de la UE irregularmente, cabe preguntarse a qué da preferencia la UE hoy día, si a salvar vidas y proteger personas o a tener fronteras seguras. Y es que la migración está entre medio de dos disciplinas del Derecho contradictorias: la que prioriza la defensa de la soberanía del Estado y su derecho a disfrutar de fronteras seguras y la que tiene que ver con la protección de los derechos humanos, incluidos los de las personas que se desplazan al margen de los cauces administrativos establecidos. La solución a la migración irregular no pueden ser las deportaciones masivas, alambradas, detenciones, confiscación de bienes, la sanción a las ONGs que prestan asistencia, la no tramitación de las peticiones de asilo, las devoluciones en caliente, ni los acuerdos como el suscrito que cuestiona el derecho de asilo y, sobre todo, tensiona el valor de la solidaridad y el respeto a las minorías y a

la dignidad humana que la Unión dice defender. Goig Martínez califica este acuerdo como una traición a los valores europeos (GOIG MARTÍNEZ, 2019, p. 139).

Más específicamente, algunas de las normas propuestas en el Pacto que pueden contrariar los derechos humanos son la propuesta de reglamento sobre los procedimientos de asilo (que establece un procedimiento común que deben seguir todos los Estados miembros cuando se encuentren ante una petición de asilo) y la propuesta de reglamento sobre la gestión del asilo y la migración, que fija criterios comunes para determinar el Estado responsable del examen de una solicitud de protección y reduce los plazos. Aunque el primero de ellos tiene algunos puntos positivos, sin embargo uno de los problemas que plantea es que establece una nueva etapa previa o fronteriza en la que los extranjeros no comunitarios no tienen derecho a entrar en territorio de la Unión, de modo que solo podrán solicitar asilo en un momento posterior (tras un *screening*). Esto puede llevar a la ficción de que no están aún en territorio europeo, retrasándose así su acceso a la solicitud de asilo y, además, desprovoyéndoles de derechos hasta que esta fase termine (CEAR, 2022, p. 19). Por su parte, el segundo reglamento propuesto sigue atribuyendo la responsabilidad de la petición de asilo al primer país de entrada y contempla un mecanismo de solidaridad a la carta. Según este mecanismo, a ningún Estado miembro se le puede obligar a acoger o reubicar migrantes llegados masivamente a otro Estado miembro. El mecanismo pone el acento en que, a cambio, se ayude al Estado miembro que está recibiendo la presión migratoria con el patrocinio de los retornos o con ayuda económica.

Según el acuerdo alcanzado por el Consejo el 8 de junio de 2023, el Estado miembro que se niegue a reubicar a solicitantes de asilo deberá abonar 20000€ por cada persona que rechace. En otras palabras, se pone el acento en el retorno y en la mercantilización del rechazo al extranjero. No se pone el acento en la protección de las personas, ni en la solidaridad hacia los migrantes, ni hacia el Estado miembro colapsado por las llegadas. Asimismo, se fomenta la colaboración con países terceros para que acepten los retornos y readmisiones con el riesgo de que los elegidos no sean países seguros. Así, Amnistía Internacional ha criticado el Memorandum de Entendimiento alcanzado en julio

de 2023 entre la UE y Túnez (AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2023). Además, existe el peligro de que la UE no contribuya a la cooperación al desarrollo de los países que se nieguen a aceptar retornos. El futuro reglamento no habla claramente de vías legales y seguras de acceso, solo habla de reducir la inmigración irregular sin tener en cuenta que muchas de las personas afectadas merecen protección internacional.

En segundo lugar, el Pacto añade un polémico reglamento de control previo de entrada (pre-screening), que se aplicará incluso a los solicitantes de asilo. Se trata de la propuesta de reglamento por el que se introduce el control de nacionales de terceros Estados en las fronteras exteriores. Este reglamento permitirá un pre-examen en frontera de cada persona que pretenda ingresar en la UE, con datos biométricos y fotos incluidas, y todo ello desde los seis años de edad, lo cual es un procedimiento muy invasivo y posiblemente contrario al interés superior del niño (CEAR, 2022, p. 25). Además, con esta norma hay riesgo de que se produzcan controles raciales (CEAR, 2022, p. 14). El procedimiento permitirá en muchos casos una devolución de la persona en frontera si se considera que se está ante una entrada irregular. El individuo será retornado tras ser identificado, registrado y seguir chequeos médicos y de seguridad. Teóricamente, este procedimiento expreso se habilita para detectar rápidamente quién merece protección pero el modo es muy cuestionable y dejará a la persona en un limbo jurídico, creando la ficción de que no ha entrado en el país. Esto plantea problemas jurídicos, de cara a una eventual reclamación contra la decisión denegatoria. Además, este control previo retrasará una eventual solicitud de asilo, dejando al individuo desprotegido si realmente sufre persecución.

Las anteriores propuestas se complementan con la de modificar el reglamento EURODAC sobre datos personales, el cual sirve para comparar las huellas dactilares y hacer un seguimiento de la ruta de la persona migrante. La novedad radica en que la toma de huellas se generaliza a todos los flujos migratorios, cuando antes era solo para los demandantes de asilo. La propuesta incluye a los niños, y no ya desde los catorce años como antes sino desde los seis. Si la persona se niega a que se tomen huellas, fotos y otros datos

biométricos existe la posibilidad de que sea detenida. Además, se amplía desproporcionadamente el tiempo de almacenamiento de datos, los cuales pueden ser transferidos a Estados terceros a fin de cotejarlos y así favorecer la identificación y por tanto el retorno. En virtud del futuro reglamento, una persona podrá ser confinada temporalmente en una zona de tránsito por una decisión puramente administrativa.

En realidad, la idea de este Pacto, que es homogeneizar las reglas y clarificarlas, se pierde porque se multiplica la fragmentación y se dan muchas prerrogativas a los Estados miembros, otorgándoseles un margen muy amplio para derogar estándares internacionales (CARRERA Y GEDDES, 2021, *passim*) en caso de que aleguen fuerza mayor o arribadas masivas. Incluso la aceleración de los procedimientos para otorgar el asilo parece que es contraproducente, aunque la iniciativa fuera bienintencionada. La idea es que el solicitante tenga una solución rápida pero el problema es que la rapidez puede llevar a que la solicitud no se estudie a fondo ni con la calma necesaria, o que en ese corto lapso no haya tiempo para recabar pruebas de la persecución. En positivo, el Pacto pretende derogar la Directiva de protección temporal y dar una protección inmediata a refugiados privilegiados en determinadas situaciones como conflictos o flujos masivos, algo que de alguna manera parece que se ha ensayado con éxito con los refugiados ucranianos. Por otro lado, la idea de buscar más acuerdos bilaterales con Estados que no ofrecen garantías produce preocupación. En todo caso, la pelota está ahora en el tejado del Parlamento Europeo, tras la aprobación de la posición del Consejo el 8 de junio de 2023 con dos votos en contra y cinco abstenciones.

iv. Dossier migratorio: Resultados

Para concluir el análisis del dossier migratorio, conviene indicar que la UE no ha sido capaz de producir una política migratoria común. De hecho, es con el tema migratorio como empezó la crisis de valores de la UE y la división entre sus Estados miembros. Evidencia de esto es que muchos Estados miembros se han negado a acoger al número de migrantes que les exigía la UE con el fin de ayudar a los países que son frontera exterior de la UE y que reciben mayor presión

migratoria (HUMAN RIGHTS WATCH, 2018). Muchos Estados se negaron a que Bruselas fuera quien decidiera esta cuestión y esto ha sido clave en la falta de éxito de la política migratoria de la UE desde 2015. Y ahora en 2023, el Consejo propone que el país que no quiera reubicar a personas migrantes compense económicamente por ello, lo cual sorprende cuando no agita las conciencias. La migración y hasta el asilo se tratan ahora con un enfoque de seguridad, hasta el punto de que hoy día parece que haya consenso principalmente para decidir medidas que sean restrictivas de derechos como las que externalizan el control de las fronteras, las que dotan de más medios a las agencias que cierran fronteras y, en definitiva, las que no están basadas en principios de humanidad.

La UE ha fracasado en la política de solidaridad y reubicación o redistribución de refugiados. Así, ni Polonia, ni Hungría, ni Chequia, ni Austria aceptaron acoger migrantes redistribuidos aunque sin embargo, ahora Polonia está ejerciendo una solidaridad inaudita con sus vecinos ucranianos. Y aunque el reglamento de Dublín fracasó al exigir que el refugiado tuviera que pedir asilo en el primer país al que accedió a la UE, paradójicamente esta medida sigue vigente en el nuevo Pacto propuesto. El nuevo Pacto refuerza la vigilancia a través de una superpoderosa Frontex, que sin embargo no parece especialmente interesada en reducir el riesgo de violación de derechos humanos. Y se fomenta la negociación con países de origen de esa inmigración como el ya en vigor con Turquía (UYGUN, 2023, pp. 113-125). Una medida positiva del Pacto es que incrementa la inversión en países en desarrollo, para que su población tenga allí condiciones de vida dignas, aunque esta es una medida con resultados, si los tiene, a largo plazo. Además, las nuevas normas añaden más complejidad a un procedimiento que era ya complejo y saturan a los países que son frontera exterior, dejando en segundo plano la cuestión del respeto de los derechos y la responsabilidad del resto de Estados miembros.

Hay que crear canales legales de entrada en la UE, pero no solo para profesionales altamente cualificados, no solo para ese tipo de migración elitista en la que parece que es la UE quién elige quien entra en la UE, en lugar de que sea la persona la que decida. Y no se debe consentir relacionar la migración irregular con una amenaza a la seguridad a Europa. Tampoco debe tratarse igual

a quien deja su país por razones económicas y quien lo hace porque es perseguido y teme por su integridad o su vida. La solución a la migración irregular no pasa por las devoluciones en caliente, ni por las detenciones y deportaciones exprés. Hay un gap entre el discurso de derechos humanos que es la narrativa tradicional oficial de la Unión y lo que ésta practica en sus fronteras. Las políticas que practica en sus fronteras exteriores están reñidas con el modo de vida europeo, que se basa en el respeto y la igualdad de todos. Hay que dar prioridad a la asistencia, diferenciando las personas que huyen de persecución y las que no. A las primeras hay que darles acogida. A las segundas hay que arbitrarles modos legales de entrada. Y hay que equipar al personal de fronteras para que esté formado en derechos humanos y para que las operaciones sean de rescate de náufragos, no de devolución sin averiguar si merecen protección. Frontex debe estar preparada para esto, no solo para vigilar y deportar.

¿Y qué hay de las últimas medidas consensuadas por los Estados miembros de la UE? Lamentablemente, las decisiones del Consejo Europeo en su reunión de 9 de febrero de 2023 parece que ahondan en el enfoque de seguridad del fenómeno migratorio³⁵. Junto con considerar este fenómeno como un reto europeo que requiere una respuesta europea, los Jefes de Estado y de Gobierno esencialmente indican en sus Conclusiones que hay que reforzar la acción exterior y controlar más y mejor las fronteras exteriores de la UE. Con tal fin, el Consejo Europeo aborda los planes de acción para las distintas rutas que existen en los Balcanes y en el Mediterráneo con el objetivo de prevenir las salidas irregulares con destino a la UE. Para ello debatieron cómo mejorar la cooperación con los países de origen y de tránsito y acogieron con satisfacción los progresos realizados en la armonización de la política de visados. Asimismo, insistieron en la importancia de uniformar y hacer más eficaz la política de retorno y readmisión y que las decisiones sobre esos retornos sean reconocidas en los demás Estados. Igualmente, pusieron el acento en identificar a más países terceros seguros y a expedir visados con validez territorial limitada.

El Consejo Europeo mostró su resolución de garantizar un control efectivo de las fronteras terrestres y marítimas, expresando su pleno apoyo a la labor de

³⁵ Conclusiones del Consejo Europeo, EUCO 1/23 de 9 de febrero de 2023.

Frontex, pidió la mejora del control de datos sobre la capacidad de acogida y los flujos migratorios y animó a la agencia de asilo y a Frontex para que registren a todos los migrantes que entren en territorio de la UE. De igual forma, solicitaron a los co-legisladores que finalicen los trabajos sobre el Pacto de Migración y Asilo, sobre el código de fronteras Schengen y la Directiva de retornos revisados. En el documento existen referencias mínimas a aspectos que pudiéramos llamar de derechos humanos. Además, esas referencias siempre se hacen poniéndolas en relación con otras securitarias. Así, en concreto, se habla de luchar contra los traficantes para evitar la pérdida de vidas humanas y se condena la instrumentalización de los migrantes con fines políticos en el marco de actos híbridos desestabilizadores. Por su parte, el Presidente del Consejo Europeo, en sus Conclusiones de 30 de junio de 2023 sobre la dimensión externa de la migración, insiste en esas mismas ideas y pone el acento en luchar contra el modelo de negocio de los traficantes y sus redes y se refiere a que la reubicación y reasentamiento no deberían servir como factor agravante de la migración irregular³⁶.

En definitiva, no parece que el impulso que se está dando al Pacto sea para ocuparse de aspectos de derechos humanos o humanitarios de las personas que se desplazan sino para evitar que lleguen o para retornarlos. Como indica el Centro Español de Ayuda al Refugiado, el acuerdo alcanzado mantiene los criterios que ya se venían aplicando y, de hecho, conlleva un retroceso preocupante para los derechos y las garantías de las personas. En este sentido, ni avanza hacia un consenso para evitar muertes en el mar, ni garantiza un desembarco seguro, ni asegura una reubicación permanente de los rescatados. Asimismo, la posibilidad de que los Estados que no son frontera exterior de la Unión se eximan de reubicar a cambio del pago de una tasa que financie acciones en materia de control migratoria se antoja especialmente preocupante.

De la misma forma, tal cual parece que se está planteando la futura normativa en sede legislativa europea, ésta presume que la mayoría de las

³⁶ Presidencia del Consejo Europeo: Conclusiones del Presidente del Consejo Europeo sobre la dimensión externa de la migración, 30 de junio de 2023, accesible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/06/30/conclusions-by-the-president-of-the-european-council-on-the-external-dimension-of-migration/>

personas que se desplazan no requieren de protección internacional. Como consecuencia, se pone el acento en devolver a las personas cuanto antes y en evitar movimientos secundarios en territorio de la Unión, así como en su identificación, seguimiento y devolución exprés en frontera. Para finalizar, la participación de los Estados miembros en los esfuerzos de reasentamiento será puramente voluntaria y sin cuotas, incentivándose la firma de acuerdos con países africanos para el retorno y readmisión de las personas que migran, lo cual en opinión del Centro Español de Ayuda al Refugiado pondrá en riesgo su vida en muchos casos (CEAR, 2023).

III. Bibliografía

ABC: “Méndez de Vigo insiste en que la inmigración «es un problema de Europa”, 2 de abril de 2014.

ABISQUETA URIARTE, J. (2022): “El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo y el control previo a la entrada: ¿quid prodest?”, en La Ley Unión Europea, número 106.

ABRISKETA URIARTE, J. (2011) “La adhesión a la Unión Europea al Convenio europeo de derechos humanos y libertades fundamentales de 1950. Tan lejos, tan cerca”, en GARCÍA I SEGURA, C., MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., PALAO MORENO, G., SOBRINO HEREDIA, J. M. (dirs.) “El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española: Décimas Jornadas Extraordinarias Escuela Diplomática”, (p. 221), Madrid.

AI CASTILLA Y LEÓN (17 de diciembre de 2021), *Amnistía Internacional CYL elabora un análisis del “Pacto de Migración y Asilo de la UE” junto a otras 10 ONGs*, accesible en: <https://blogs.es.amnesty.org/castilla-leon/2021/12/17/amnistia-internacional-cyl-elabora-un-analisis-del-pacto-de-migracion-y-asilo-de-la-ue-junto-a-otras-10-ong/>

BLOKKER P. (2021) *The democracy and rule of law crises in the European Union and its Member States*, p. 6, accesible en: www.reconnect-europa.eu

CARRERA, S. Y GEDDES, A. (2021) *The EU Pact on Migration and Asylum in light of the United Nations Global Compact on Refugees International Experiences on*

Containment and Mobility and their Impacts on Trust and Rights, European University Institute.

CEAR (2022) *Nuevo Pacto de migración y asilo. Retos y oportunidades*, Centro Español de Ayuda al Refugiado.

CEAR (2023) *Diez claves para no perderse en las negociaciones del nuevo Pacto Europeo de Migración y Asil*.

CUESTA CIVIS, Y. (1999) “*El Tribunal de Justicia y la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio de Roma: el dictamen 2/94*”, en *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas* p. 207—231.

El acuerdo sobre migración con Túnez “hace cómplice a la UE” en abusos contra personas refugiadas, solicitantes de asilo y migrantes, (18 de julio de 2023), accesible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/ue-tunez-acuerdo-migracion/>

ESCOBAR HERNANDEZ, C.: “*Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos ¿el fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE de 28 de marzo de 1996)*”, en *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, pp. 583-594.

Francia ratificó cierre de sus fronteras y del espacio Schengen, (3 de mayo de 2020). BAE Negocios.

GARCÍA-MASCAREÑAS, B. (2015) Why Dublin "Doesn't Work", *Notes internacionales CIDOB*, nº 135.

GÁRDOS-OROSZ, F. Y SZENTE, Z. (2021) *Populist challenges to constitutional interpretation in Europe and beyond*, Routledge, Londres,

GOIG MARTÍNEZ, J. M. (2019) “*La fallida política común de inmigración en la Unión Europea*”, en *Vergentis. Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*, nº 8.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, CARMEN (2023) España ante los avances en el Pacto de Migración y Asilo, en *Influencia de e imagen de España*, Instituto Elcano, accesible en <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/espana-ante-los-avances-en-el-pacto-de-migracion-y-asilo/>

GRABOWSKA-MOROZ, B. (2022) “How Was the 'Rule of Law' Dismantled in Poland and What Does It Mean for the EU?”, en *La Unión Europea y el reto del Estado de Derecho*, Sanz Caballero, S. ed., Thomson Reuters Aranzadi, pp. 277-294.

GROUSSOT, X.; LOCK, T. Y PECH, L. (2011) “EU Accession to the European Convention on Human Rights: A Legal Assessment of the Draft Accession Agreement of 14th October 2011”, accesible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1958003>

Human Rights Watch: *Hungary Tries to Stop Asylum Seekers with New Law. Law Could Jail People Who Provide Services, Advice to Migrants*, (22 de junio de 2018), accesible en <https://www.hrw.org/news/2018/06/22/hungary-tries-stop-asylum-seekers-new-law>

Human Rights Watch: *Turkey: Protect Rights, Law After Coup Attempt*, (18 de julio de 2016). Accesible en: <https://www.hrw.org/news/2016/07/18/turkey-protect-rights-law-after-coup-attempt>

Hungría aprueba la polémica ley que criminaliza la ayuda a los migrantes (21 de junio de 2018) accesible en: https://elpais.com/internacional/2018/06/20/actualidad/1529507137_882596.html

JACQUÉ, J. P. (2015) “Pride and/or prejudice? Les lectures possibles de l'avis 2/13 de la Cour de justice”, en *Cahiers de droit européen*, nº1, 19-45.

JACQUÉ, J.-P. (2011) “The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms”, en *Common Market Law Review*, Volumen 48, nº 4, pp. 995 – 1023.

La Hungría de Orban: de la destrucción de un muro a la construcción de otro, (16 de agosto de 2019). Accesible en: <https://www.france24.com/es/20190816-la-hungr%C3%ADa-de-orban-de-la-destrucci%C3%B3n-de-un-muro-a-la-construcci%C3%B3n-de-otro>

Migración y Asilo: Hoja de ruta sobre el camino a seguir acordada (3 de enero de 2023). Accesible en: <https://www.europeantimes.news/es/2022/09/hoja-de-ruta-de-migraci%C3%B3n-y-asilo-sobre-el-camino-a-seguir-acordado/>

ROSINA, M. (2022) *Criminalisation of Irregular Migration in Europe: Globalisation, Deterrence, and Vicious Cycles*, Palgrave Macmillan.

SANZ CABALLERO, S. (2003) *“A vueltas con una vieja cuestión: la adhesión de la CE/UE al CEDH tras la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”*, en Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja pp. 69-80.

SANZ CABALLERO, S. (2011) *“Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la UE al CEDH”*, en Revista de Derecho Comunitario Europeo, vol. 38, 38, pp. 99–128.

TORONDEL LARA, M. (2021) *“Instrumentos de la Unión Europea para la externalización de la gestión de la migración irregular desde 2016”*, en *IEEE Documento de opinión* 115/2021, de 15 de octubre de 2021, p. 8.

Turkey, Germany to seek NATO help monitoring migrant flow from Syria, (8 de febrero de 2016), accesible en <https://www.reuters.com/article/uk-mideast-crisis-syria-migrants-nato-idUKKCN0VH1IB>

UYGUN, A.G. "Externalization of the European Union's Migration Policies: Frontex's Cooperation With Non-European Union Countries", en GÜNAR, A. and SAYGIN, D. (Ed.), *The European Union in the Twenty-First Century*, (pp. 113-125), Emerald Publishing Limited, Bingley.

VEGA, G. (2022) *“Legal Analysis on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights: Towards a Marriage or a Divorce?”*, en Exeter L. Rev., 2022, vol. 47, p. 97.

INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS: DE LÍMITES BINARIOS A LÍMITES DISCURSIVOS¹

Lukas Sydow²

Fecha de recepción: 31 de mayo de 2023

Fecha de aceptación: 13 de julio de 2023

Resumen

Un elemento característico y frecuentemente criticado en la jurisprudencia sobre los tratados de derechos humanos es su interpretación evolutiva. Este trabajo cuestiona en un primer momento los límites binarios tradicionalmente señalados para la interpretación evolutiva, que se basan en una concepción voluntarista del derecho internacional, restringiendo la jurisprudencia a un papel de fuente verificadora, no creadora. Se argumenta que este enfoque no es pertinente para la interpretación de tratados de derechos humanos: tras el problema epistemológico del descubrimiento de los límites entre la interpretación y la creación se esconde un problema ontológico de su existencia.

Por ende, en un segundo momento, se desarrolla un argumento en el marco de una teoría lúdica del derecho internacional de derechos humanos: si la interpretación es un intento de persuasión, entonces los límites de una interpretación evolutiva no son fijos per se, sino que se negocian discursivamente. La consideración de varios factores externos, de los precedentes, de las expectativas de los Estados y de las estructuras institucionales limita las interpretaciones evolutivas.

Palabras clave: interpretación evolutiva – derechos humanos – Convención Americana sobre Derechos Humanos – Convención Europea de Derechos Humanos – fuentes del derecho internacional

¹ El presente trabajo se elaboró durante un intercambio académico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), gracias a una beca de la Studienstiftung des Deutschen Volkes (Fundación Académica Nacional Alemana). Agradezco a Claudia G. Gasol Varela por el impulso de publicar el trabajo y a Marcos N. López Bustamente, Naomi L. Chávez Kanashiro, Malte Joeres, Hannah Drummen y Casandra Bonilla por sus valiosos comentarios en varias etapas.

² Estudiante de Abogacía, Ciencias Políticas y Sociología (Universidad de Freiburg, Alemania).

Title: EVOLUTIVE INTERPRETATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES: FROM BINARY TO DISCURSIVE LIMITS

Abstract

A characteristic and frequently criticised element in human rights treaty jurisprudence is its evolutive interpretation. This paper first questions the binary limits traditionally proposed for evolutive interpretation, which are based on a voluntarist conception of international law, restricting judicial decisions to the role of determining, not creating, international law. It is argued that this approach is not appropriate to the interpretation of human rights treaties: behind the epistemological problem of discovering the limits between interpretation and creation lies an ontological problem of their existence.

Thus, in a second step, an argument is developed within a framework of a *teoría lúdica* of international human rights law: if interpretation is an attempt at persuasion, then the limits of an evolutive interpretation are not fixed per se, but discursively negotiated. Consideration of various external factors, precedents, state expectations and institutional structures limits evolutionary interpretations.

Keywords: Evolutive Interpretation – Human Rights – American Convention on Human Rights – European Convention on Human Rights – Sources of International Law

I. Introducción

La importancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)³ y de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁴ se deriva, en particular, de la jurisprudencia de los dos tribunales que tienen como objetivo su aplicación e interpretación: la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En las últimas

³ La CADH (“Pacto de San José de Costa Rica”) fue adoptada el 22/11/1969 y entró en vigor en 1978.

⁴ LA CEDH (formalmente “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”) fue adoptada el 04/11/1950 y entró en vigor en 1953.

décadas, han contribuido a que las Convenciones ganen peso mediante interpretaciones extensivas, convirtiéndolas en verdaderos sistemas de protección efectiva de derechos humanos. Un elemento que caracteriza la jurisprudencia tanto de la Corte IDH como del TEDH, y en el cual se enfocan las críticas, es la interpretación evolutiva. El estudio de la interpretación evolutiva y de su crítica es de tal gran relevancia porque el debate refleja –aunque implícitamente– visiones muy diferentes del derecho internacional (de los derechos humanos), así que del papel de los tribunales y de la interpretación.

En el debate doctrinario hay acuerdo en que las interpretaciones evolutivas determinan el contenido de una norma a la luz de las circunstancias actuales en el momento de su aplicación. Permiten, por lo tanto, que se amplíen y actualicen los ámbitos de protección de un tratado de derechos humanos en conformidad con la respectiva evolución política y social. En teoría, esto podría hacerse con enmiendas, pero puede resultar difícil en la práctica (AUST, 2007: p. 262). En muchos casos, son entonces las interpretaciones evolutivas las que evitan una discrepancia entre norma y realidad. Esto plantea la difícil cuestión de si, y cómo, se puede realizar un cambio de una norma al margen del procedimiento de elaboración de normas previsto para dicho fin. Existen varias respuestas desde perspectivas muy diferentes, algunas de las cuales se analizan en este trabajo. En todo caso, hay que distinguir una interpretación evolutiva de la mera aplicación de un término que está abierto a múltiples interpretaciones: Un término que se aplica a distintas o nuevas circunstancias mientras que su significado permanece constante no se está interpretando de forma evolutiva (HELMERSEN, 2013: p. 128).

El principal ámbito en el que se realizan interpretaciones evolutivas es el de los *law-making treaties*, y –más específicamente– de las cartas constitutivas de organizaciones internacionales y de los tratados de derechos humanos. Sobre todo en este último ámbito, que también es el foco de nuestro análisis, la interpretación evolutiva está estrechamente vinculada al principio de efectividad (ÇALI, 2020: p. 538). Este enfoque anima una serie de principios interpretativos, entre ellos la interpretación evolutiva que constituye su dimensión temporal. Los tratados de derechos humanos no se entienden como *end game treaties* que

congelaron el estado de cosas que existía hace décadas (WESSEL, 2004: p. 149). Por el contrario, son considerados ordenamientos dinámicos, cuyo contenido debe determinarse en el momento de su aplicación (BÖTH, 2013, pp. 69–70). Consecuentemente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la noción de “interpretación dinámica” se usa a menudo como sinónimo del concepto de interpretación evolutiva (FITZMAURICE, 2010: p. 188).⁵ También puede equipararse con el enfoque del *living instrument* (LETSAS, 2007: p. 65). Este último supone que el CEDH “must be interpreted in the light of present-day conditions”.⁶ Por su parte, la Corte IDH señala de igual manera que los tratados de derechos humanos “son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos”.⁷

La importancia del enfoque evolutivo, y –dependiendo del punto de vista– su mérito o su riesgo, reside en que conduce casi exclusivamente a interpretaciones más amplias. Incluso la ex vicepresidenta del TEDH NUßBERGER admite que a veces no solo se ignora lo que se pretende históricamente, sino que se lo contradice explícitamente (2019, p. 425). En este contexto, las interpretaciones evolutivas no han quedado libres de críticas. MALARINO cita a BOBBIO señalando que “[n]unca nos alegramos cuando la interpretación evolutiva o creadora era invocada por los juristas nazis” (MALARINO, 2015: p. 42). Se plantean entonces interrogantes críticos, por ejemplo, con respecto al valor de las decisiones democráticas nacionales (ÇALI, 2020: p. 540) y de la soberanía nacional (BOSSUYT, 2007: p. 321). ¿En qué momento se sobrepasan entonces los límites de una interpretación evolutiva admisible? ¿Existen tales límites? Y en caso afirmativo, ¿dónde los encontramos?

⁵ No obstante, en este trabajo preferimos la noción de interpretación *evolutiva*. Asumimos, al igual que BERNHARDT (1999, p. 12), que indica mejor que la interpretación sigue las tendencias evolutivas de las sociedades. HELGESEN propone otra distinción: según él, se trata de una interpretación *evolutiva*, cuando un tribunal da respuesta a hechos nuevos, mientras que una interpretación *dinámica* da nuevas respuestas a hechos antiguos, véase HELGESEN (2011, p. 20).

⁶ STEDH, *Tyler c. Reino Unido*, 25/04/1978, apartado 31. En la doctrina, se observa críticamente que la metáfora del instrumento vivo sugiere que los tratados cambian por sí mismos, cuando en realidad son las condiciones sociales externas las que cambian, y los tratados son adaptados a ellas, véase MOECKLI Y WHITE (2018, p. 152)

⁷ Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, (Opinión consultativa), 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párr. 114.

En este marco, nuestro trabajo tiene dos objetivos. En un primer momento, discute críticamente los límites habitualmente propuestos para interpretaciones evolutivas de tratados de derechos humanos. Basándose en una comprensión binaria de la jurisprudencia como fuente verificadora, no creadora, estas propuestas se apoyan en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT).⁸ Se basan –según el análisis propuesto en este trabajo– en una concepción voluntarista del derecho internacional. No obstante, los tratados de derechos humanos son difíciles de aprehender con tal enfoque. Sin embargo, una concepción más discursiva de la interpretación –que se ha elaborado notablemente en los últimos años en el ámbito de la Filosofía del Derecho– aún no ha conseguido calar en las posturas sobre los límites de la interpretación evolutiva. Es entonces que el presente trabajo se propone llenar ese vacío.

En un segundo momento, por ende, desarrolla un argumento en el marco de una teoría lúdica del derecho: si la interpretación de un tratado de derechos humanos es un intento de persuasión, entonces los límites de una interpretación evolutiva no son fijos per se, sino que se negocian discursivamente. La consideración de varios factores externos, de los precedentes, de las expectativas de los Estados y de las estructuras institucionales limita las interpretaciones evolutivas. La concepción tradicional del derecho internacional, del papel de los tribunales y de la interpretación se contrasta así con una concepción lúdica del derecho internacional de los derechos humanos. De este modo, el trabajo evidencia cómo los límites binarios para interpretaciones evolutivas son sustituidos por límites discursivos.

Para ello, en la sección II, se sintetizará la concepción voluntarista del derecho internacional. A continuación, en la sección III, se analizarán los límites de la interpretación evolutiva habitualmente propuestos siguiendo el presupuesto voluntarista. Seguidamente, en la sección IV, estas propuestas se contrastarán con objeciones en tres niveles: se cuestionará el papel del artículo 31, la concepción del proceso de interpretación como mera relevación del significado y la pertinencia de una concepción voluntarista del derecho internacional de los

⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969, e.v. 27/01/1980.

derechos humanos. Sobre esta base, se desarrollará una propuesta alternativa en la sección V: se argumentará que, siguiendo una concepción lúdica del derecho internacional, el objetivo de la interpretación es persuadir a la comunidad interpretativa pertinente. De ello se derivan límites discursivos para una interpretación evolutiva, los cuales se ilustrarán con algunos ejemplos de jurisprudencia. Finalmente, los resultados se resumirán en la sección VI.

II. Presupuesto tradicional: una concepción voluntarista del derecho internacional

Tradicionalmente, se ha concebido que el derecho internacional se crea exclusivamente por la voluntad estatal (i). De este supuesto se desprende que la posibilidad de una interpretación evolutiva depende a su vez –como condición previa– de la voluntad de los Estados (ii).

i. Voluntad de los Estados como fuente del derecho internacional

Según una visión clásica del derecho internacional, este nace exclusivamente del acuerdo voluntario de los Estados. En este “paradigma de estatalidad”, se desarrollan relaciones Estado-céntricas (PIZZOLO, 2017: p. 12). Suponiendo la igualdad soberana de los Estados, esta concepción del derecho internacional es “paratáctica”: asume un sistema horizontal donde ningún Estado puede verse afectado por ningún otro Estado u otra institución sin su consentimiento (BUI, 2015: p. 12). En sintonía con este presupuesto consensualista, la doctrina de las fuentes del derecho internacional se presenta como una doctrina de las fuentes del consenso estatal. En este sentido, se señala que son los Estados que crean el derecho, y que están obligados por él (PEHL, 2018: p. 107). El papel de creador de tratados se considera, por ejemplo, únicamente de los Estados (ARÉVALO NARVÁEZ Y PATARROYO RAMÍREZ, 2017: p. 304). Por ende, la posibilidad de normas creadas por vía judicial internacional entraría en colisión con el consensualismo que inspira –al menos según esta perspectiva– el ordenamiento internacional (BROTÓNS et al., 2010, p. 214).

Esto explica por qué existe una especial preocupación por los tratados de derechos humanos. Como la disputa no es entre dos Estados, sino que suele darse entre un Estado y un individuo, una sentencia podría ser contraria a la voluntad de todos los Estados contratantes. Además, los tribunales de derechos humanos tienden a adaptar un enfoque interpretativo que pone en duda el papel (exclusivo) de la voluntad estatal. Por lo tanto, se suele constatar, no pocas veces con cierta preocupación, que la jurisprudencia se aleja del consenso de los signatarios de los respectivos tratados (PEHL, 2018, p. 50).

De la visión voluntarista se desprenden dos postulados con respecto a la interpretación evolutiva: primero, sobre su condición previa, y segundo, sobre sus límites. Mientras que el primero se expondrá a continuación de forma breve, el segundo será objeto posteriormente de un examen crítico más detallado.

ii. Relevancia para interpretaciones evolutivas: intenciones originales de los Estados como condición previa

Si los Estados son el pivote del derecho internacional, la posibilidad de realizar una interpretación evolutiva depende –así suele concluirse– de la existencia de una intención correspondiente entre los Estados contratantes.

ARÉVALO opina que lo ideal sería que las partes incluyan una cláusula en el tratado sobre las reglas interpretativas (ARÉVALO, 2017: p. 306), estableciendo –si así lo desean– la posibilidad de interpretaciones evolutivas. De este modo, dejarían el menor margen posible a la libre interpretación y, en una perspectiva voluntarista, se mantendrían fieles a su papel de pivote del derecho internacional. Sin embargo, en la mayoría de los casos no existe tal disposición.⁹

En estos casos, la posibilidad de una interpretación evolutiva dependerá –según la visión voluntarista– de si puede identificarse un consenso de las partes

⁹ Se discute si el artículo 29 de la CADH, que establece el principio *pro persona*, podría reconocerse como tal norma. Al tener la protección de la persona como objeto y finalidad principal de las disposiciones, guía la elección de las normas interpretativas aplicables, cómo señalan (ARÉVALO NARVÁEZ y PATARROYO RAMÍREZ, 2017: p. 315). Con respecto al CEDH, una parte de la doctrina destaca el preámbulo, que se refiere no solo a la “protección”, sino también al “desarrollo” de los derechos humanos. Se podría argumentar que eso exige cierta preocupación por la efectividad y un cierto grado de innovación en la interpretación del CEDH, véase TULKENS (2011, p. 7). Sin embargo, parece dudoso que de ello puedan deducirse ideas más concretas para el proceso de interpretación.

que prevea la determinación del significado de las normas convencionales a la vista de la evolución posterior (BÖTH, 2013: p. 146). La condición previa sería entonces la existencia de intenciones de las partes, expresando una concepción evolutiva del tratado a interpretar (BÖTH, 2013: p. 173). ARATO también exige algo de evidencia sobre las intenciones originales de las partes (ARATO, 2010: p. 465) y PEHL señala que el criterio previo para la admisibilidad de la inclusión de nuevos desarrollos sería la voluntad de los Estados contratantes en el momento de la celebración del tratado (PEHL, 2018: p. 112).

No obstante, hay pocas pruebas de la mentalidad de los redactores en cuanto a la interpretación. Por lo menos, no son suficientes para concluir que pretendían codificar un enfoque interpretativo específico (THEIL, 2017: p. 599). Se suma la objeción de que los redactores de la CEDH no podían haber previsto un enfoque interpretativo que ellos mismos desconocían – el concepto de interpretación evolutiva fue desarrollado posteriormente por el TEDH. Por lo tanto, LETSAS ofrece un enfoque que permite conciliar la interpretación evolutiva con las intenciones de las partes. El autor distingue entre intenciones abstractas, como, por ejemplo, la intención de establecer una protección efectiva de los derechos humanos, e intenciones concretas, que se materializan en la comprensión específica de estos derechos en ese momento. La interpretación evolutiva podría entenderse como expresión de la intención abstracta de los Estados (LETSAS, 2007: p. 70).

Al centrarse, por lo tanto, en las intenciones originales (abstractas) de las partes contratantes, la interpretación evolutiva puede distinguirse de la práctica ulterior. Ambas son técnicas para establecer un cambio en la interpretación de un tratado. Pero mientras la interpretación evolutiva se basa –según la visión voluntarista– en las intenciones *originales* de los Estados, la práctica ulterior¹⁰ (al igual que la interpretación representativa¹¹) refleja sus intenciones *posteriores* (ARATO, 2010: p. 445). A diferencia de la práctica posterior, la condición previa de una interpretación evolutiva, es decir, las intenciones originales, no indica por sí misma el contenido que debe tener la nueva interpretación (ARATO, 2010:

¹⁰ Artículo 31 (3) (b), CVDT.

¹¹ Artículo 31 (3) (a), CVDT.

p. 466). Por lo tanto, con el requisito previo que supone una interpretación evolutiva, aún no están fijados su contenido, y, por tanto, tampoco sus límites.

Esto nos lleva al segundo postulado de la visión voluntarista sobre las interpretaciones evolutivas. Se señala que, del mismo modo que la voluntad de los Estados hace posible una interpretación evolutiva, también la limita.

III. Límites de interpretaciones evolutivas según una concepción voluntarista del derecho internacional

A partir del supuesto voluntarista, se concluye que la jurisprudencia solo puede ser una fuente verificadora del derecho creado por los Estados (i). Este límite general y binario, que también se presupone para interpretaciones evolutivas, suele verse materializado en el artículo 31 de la CVDT (ii).

i. Límite general: la jurisprudencia como fuente verificadora, no creadora

Si –como asume la concepción voluntarista– el rol de creador del derecho internacional es exclusivamente de los Estados, los tribunales internacionales no deben asumir esta función y competir así con los Estados. De ahí surgen las propuestas clásicas que establecen un límite fijo para la interpretación en general y la interpretación evolutiva en particular. Se menciona a menudo en la doctrina que los tribunales no deben exceder su función judicial, es decir, no deben asumir una función legislativa. La jurisprudencia es entonces considerada como fuente auxiliar-verificadora, no principal-creadora, del derecho internacional. Según nuestro análisis, la metáfora de “fuente verificadora” implica una visión restrictiva y binaria del papel de los tribunales y del proceso de interpretación.

Según la concepción voluntarista, la jurisprudencia de los tribunales internacionales debería cumplir una función restringida, dirigida a evidenciar “la existencia de una norma que ha sido creada mediante uno de los procesos válidos” (GONZÁLEZ NAPOLITANO, 2015: p. 80). Es decir, la jurisprudencia no debería superar un papel de fuente auxiliar y abstenerse entonces de crear nuevos derechos mediante interpretaciones evolutivas. GALDÁMEZ ZELADA, por ejemplo, señala que la Corte IDH debería proteger de mejor modo los derechos ya existentes, pero no en el sentido de crear nuevos derechos (GALDÁMEZ

ZELADA, 2008: p. 156). En aspectos similares, BERNHARDT opina que los jueces “are bound to interpret and apply existing law, and they are in general not empowered to change the law” (BERNHARDT, 1999: p. 23). Esta dicotomía entre aplicar/interpretar y crear/inventar parece ser compartida por muchos autores. Por su parte, BROTONS., por ejemplo, sugiere que el juez “aplica, no crea ni inventa las reglas” (BROTÓN, 2010: p. 375). Se asume entonces una estricta diferencia binaria entre un acto interpretativo que reafirma la existencia de una norma y un acto creador.

Esta distinción binaria implica una cierta visión del acto de interpretación: se considera como mera revelación del verdadero significado. MALARINO distingue, por ejemplo, entre una interpretación “que tiene en cuenta el significado objetivo del término en el momento de su aplicación” y una renovación del texto según las necesidades sociales del momento, que él llama un “no interpretativismo extremo” (MALARINO, 2015: pp. 30–31). La interpretación se reduce así a un acto de cognición. En la metáfora de fuente verificadora, el derecho, comparado con el agua, fluye desde la fuente y uno solo tiene que recoger limpiamente lo que le viene dado (CHRISTENSEN, 2013: p. 995).

A primera vista, parece haberse ganado un límite para la interpretación con la distinción entre fuente verificadora y fuente creadora. Sin embargo, la cuestión crucial solo se desplaza: queda abierto cuándo se cruza exactamente el límite entre fuente verificadora y fuente creadora en una interpretación evolutiva.¹² Muchos autores recurren a la CVDT para concretar el límite.

ii. Límites específicos: artículo 31 de la CVDT

Si un tribunal de derechos humanos tiene que limitarse a una función de fuente verificadora, este límite general a la actividad interpretativa evolutiva suele verse materializado en la CVDT.

La mayor parte de la doctrina argumenta que los tratados de derechos humanos no requieren normas excepcionales de interpretación (ÇALI, 2020:

¹² Un primer indicio de que esta pregunta no tiene solución lo proporcionan los tratados sobre el papel de los tribunales en diversos manuales: en el desarrollo sobre el carácter de fuente verificadora de la jurisprudencia en la obra de BARBERIS, por ejemplo, no hay análisis (y ni una mención) del papel de la interpretación evolutiva (1994, pp. 207–220).

p. 537), demostrando la apertura intertemporal de la CVDT (DJEFFAL, 2015) y su flexibilidad para permitir un equilibrio entre las diferentes formas de interpretación de un tratado (RIETIKER, 2010, p. 276). Aunque solo una pequeña parte de las sentencias del TEDH menciona explícitamente la CVDT, los métodos interpretativos aplicados se basan —según POLGÁRI— en su regla general de interpretación (POLGÁRI, 2021: p. 85). La interpretación evolutiva es considerada una aplicación de esta regla general (TOBIN, 2010: p. 222; KILLANDER, 2010: p. 151). Así pues, si la CVDT es fundamental para el proceso interpretativo evolutivo, se asume que también debería revelar sus límites. Se extraen entonces varios elementos que podrían representar un límite para interpretaciones evolutivas. Hay básicamente cuatro puntos de partida posibles.

En primer lugar, se argumenta sobre la base del artículo 31 (1) que el límite de las interpretaciones evolutivas viene determinado por el sentido corriente de los términos a interpretar.¹³ Así, el método textual funcionaría como un límite interpretativo. Una interpretación que va más allá del alcance de los términos sería inadmisibles (PEHL, 2018: p. 112). Aunque puedan influir otros factores, la interpretación será una *single combined operation* en la que, en última instancia, siempre se tendría que respetar el límite del sentido corriente.

La interpretación evolutiva podría verse limitada en segundo lugar por el objeto y fin del tratado. Sería considerada entonces como manifestación de una interpretación teleológica, prevista en el artículo 31 (1) de la CVDT (POLGÁRI, 2021: p. 89; TOBIN, 2010: p. 222).¹⁴ En este contexto, por ejemplo, el juez SICILIANOS del TEDH destacó la compatibilidad con el objeto y fin del Convenio Europeo de Derechos Humanos como un límite a la interpretación evolutiva.¹⁵

En tercer lugar, un límite podría verse en el artículo 31 (3c) de la CVDT, estableciendo que habrá de tenerse en cuenta de “toda forma pertinente de

¹³ CVDT, Artículo 31 (1): “Un tratado deberá interpretarse de buena fe *conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado* en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (lo destacado es nuestro). El sentido corriente se opone al “sentido especial” que se dará a un término en las condiciones establecidas en el artículo 31 (4).

¹⁴ CVDT, Artículo 31 (1): “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y *teniendo en cuenta su objeto y fin*” (lo destacado es nuestro).

¹⁵ STEDH, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría, Concurring Opinion of Judge Sicilianos, joined by Judge Raimondi*, 08/11/2016, apartados 10-17.

derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Una parte de la doctrina sostiene que la interpretación evolutiva se ve limitada por el hecho de que solo deberían tomarse en cuenta los desarrollos que se incluyen en esta regla interpretativa (BÖTH, 2013: p. 173; TZEVELEKOS, 2010: p. 661). Por ende, no solo se entiende como un mecanismo interpretativo para la integración sistemática, que permite armonización entre diferentes regímenes jurídicos (KOSKENNIEMI, 2006: p. 239), sino también como base y límite de una interpretación evolutiva (ARATO, 2012: p. 354). En este sentido, TZEVELEKOS opina que cuando los tribunales recurren a fuentes normativas ajenas al orden internacional, la interpretación evolutiva puede sabotear el objetivo de anti-fragmentación del artículo 31 (3c) (TZEVELEKOS, 2010: p. 660).

No obstante, él mismo reconoce que la interpretación evolutiva del TEDH se extiende más allá de los confines del artículo 31 (3c) (TZEVELEKOS, 2010: pp. 661–662). Cabe preguntarse entonces si se trata de un traspaso de límites o si el artículo 31 (3c) conceptualmente no es pertinente. Esto es lo que señala HELMERSEN, al afirmar que el artículo 31 (3c) trata de una interpretación a la luz de otra norma, mientras que la interpretación evolutiva trata de tomar en cuenta un significado actual (HELMERSEN, 2013: p. 147). El campo de aplicación del artículo 31 (3c) no incluye principios o consideraciones más generales que pueden no haberse establecido firmemente como normas (KOSKENNIEMI, 2006: pp. 246–247). En cambio, la gama de argumentos pertinentes para determinar la evolución de un término evolutivo es mucho más amplia (HELMERSEN, 2013: p. 147).

Finalmente, en cuarto lugar, la interpretación evolutiva se suele relacionar con el artículo 31 (3b) de la CVDT. Establece que hay que tener en cuenta “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado”. Se puede deducir que la práctica ulterior puede ser una regla relevante para contribuir a determinar si la intención de las partes era atribuir a un término un sentido susceptible de evolucionar en el tiempo (NOVAK, 2019: p. 122). En este contexto, también se argumenta que un nuevo consenso social es una práctica ulterior, permitiendo así una interpretación evolutiva (NUßBERGER, 2019: p. 425).

Estos planteamientos, sin embargo, han sido criticados por ARATO, quien señala que el artículo 33 (3b) es la base para recurrir a la práctica posterior, y no para una interpretación evolutiva (ARATO, 2010: p. 445). Como se ha mostrado, según el autor, la práctica ulterior debe distinguirse de la interpretación evolutiva. Incluso si la práctica ulterior ayuda a establecer la intención original de las partes con respecto a una interpretación evolutiva, esto todavía no constituye una indicación sobre el contenido y, por tanto, los límites de una interpretación evolutiva.¹⁶

Con estas consideraciones, dos de los cuatro posibles límites de la interpretación evolutiva quedan ya excluidos: el artículo 31 (3c) se refiere a la integración entre diferentes regímenes *normativos*, mientras que el artículo 31 (3b) se refiere a las intenciones *posteriores* de las partes contratantes. Por lo tanto, no son pertinentes desde el punto de vista conceptual y no pueden constituir un límite para una interpretación evolutiva. Por su parte, el sentido corriente o el objeto y fin del tratado tampoco pueden constituir un límite, como mostrarán las siguientes consideraciones.

IV. Algunas objeciones

A la suposición de la existencia de límites claros a la interpretación evolutiva, que se ven materializadas en el artículo 31 de la CVDT, se oponen dudas en tres niveles: En primer lugar, unas objeciones sobre el papel del artículo 31 (i), en segundo lugar, sobre la concepción del acto de interpretación como relevación del significado (ii), y, por último, en tercer lugar, sobre la pertinencia de la visión voluntarista del derecho internacional en materia de derechos humanos (iii).

i. ¿Las reglas de interpretación de la CVDT como límites para interpretaciones evolutivas?

En primer lugar, es dudoso en qué medida la CVDT establece normas de interpretación que puedan constituir límites para interpretaciones evolutivas.

¹⁶ Se puede cuestionar con razón el enfoque voluntarista centrado en las intenciones de las partes contratantes. Sin embargo, si se sigue esta premisa, la presunción de encontrar un límite para interpretaciones evolutivas en el artículo 31 (3b) es, en efecto, incoherente.

Incluso si se asume que la CVDT es aplicable en modo alguno para la interpretación de la CADH y la CEDH –lo que no es evidente¹⁷– no es más que un simple tratado en su forma, aunque se considere que su contenido es algo diferente (CRAVEN, 2000: p. 517). De ello se desprenden dos conclusiones.

Por un lado, cabe advertir que las propias reglas de interpretación están sujetas a interpretaciones (ARATO, 2012: p. 352). Por ejemplo, lo que es objeto y fin de un tratado no está fijado de antemano, sino que es el resultado de una interpretación también. Quienes ven en ello un límite a la interpretación evolutiva, en realidad solo están trasladando el problema.

Por el otro lado, unas reglas de interpretación son meramente otras normas que, en el mejor caso, reducen el número de interpretaciones posibles. Podrían excluir algunas interpretaciones aberrantes, pero dada la flexibilidad y amplitud de los enfoques interpretativos en la CVDT, parece difícil imaginar que excluyan interpretaciones evolutivas que de hecho podrían considerarse. Mientras amplíen el ámbito de protección, las interpretaciones evolutivas siempre serán, por ejemplo, compatibles con el objeto y fin de los tratados de derechos humanos.¹⁸

Por lo tanto, si bien comprometerse con las reglas de interpretación es, como demostraremos, esencial para una interpretación persuasiva, es poco probable que puedan representar límites jurídicamente vinculantes.

ii. ¿La interpretación como relevación de un significado preexistente?

La idea de poder establecer unos límites concretos para interpretaciones evolutivas se basa, como se ha mostrado, en la restricción de la jurisprudencia a un rol de fuente verificadora del derecho internacional y en una concepción de la interpretación como búsqueda de un significado preexistente. Este enfoque es

¹⁷ El artículo 4 de la CVDT establece que solo se aplica a tratados celebrados *después* de su entrada en vigor, es decir, después del 27/10/1980. Ahora bien, las normas de interpretación contenidas en la CVDT también podrían constituir derecho consuetudinario, que solo ha sido codificado. Sin embargo, esto crea problemas a la hora de determinar la práctica y la *opinio iuris*, véase KAMMERHOFER (2011, pp. 95–96).

¹⁸ Por lo que se ve, éste parece el único empuje de la interpretación evolutiva. La afirmación podría tener que modificarse si se interpreta evolutivamente en sentido inverso, es decir, para limitar ámbitos de protección. Véase también el análisis de HELFER Y VOETEN (2021, p. 481).

criticable. La jurisprudencia necesariamente también crea derecho y, por ende, la distinción binaria entre fuente creadora y fuente verificadora es insostenible.

La función creadora de la jurisprudencia ya ha sido señalada por KELSEN, quien argumentó que los tribunales siempre determinan el significado de una norma superior cuando la aplican, creando así otra norma inferior. Eso muestra que ya había concedido a la noción de fuente únicamente una función marco para los procesos creativos del derecho.¹⁹ Con el giro pragmático en la filosofía del lenguaje, probablemente también hay que renunciar a esta función marco (CHRISTENSEN, 2013: p. 994). Sea cual sea el razonamiento para justificar el carácter creativo de la jurisprudencia, es insostenible un modelo que excluya la creatividad en la elaboración del derecho a través de la interpretación (BOGDANDY Y VENZKE, 2014: pp. 138–141).

No existe un significado fijo de una palabra que solo necesite ser extraído. La interpretación es un proceso activo de construcción de un significado en lugar de encontrar algún significado que se encuentra latente en el texto (HIGGINS, 1994: p. 3). Si es la propia interpretación la que da a los términos su significado, no es fácil imaginar cómo los términos a interpretar podrían limitar la interpretación como tal (BUREŠ, 2017: p. 25). Ciertamente, la comprensión de algunos términos puede estar tan ampliamente compartida y consolidada que se planteen obstáculos a justificar una interpretación divergente. Sin embargo, se tratará entonces de límites discursivos: los límites de la interpretación se negocian dentro del lenguaje, no pueden ser fijados de una vez por el lenguaje. Por lo tanto, lo que cuenta como creación de un nuevo derecho o como modificación de un derecho ya existente, no es más que una cuestión de interpretación (MOECKLI Y WHITE, 2018: pp. 147–148). Por ende, la limitación binaria de la jurisprudencia a una función de “fuente verificadora” tampoco representa un límite para interpretaciones evolutivas.

iii. ¿Una concepción voluntarista para los tratados internacionales de derechos humanos?

¹⁹ No obstante, desde una perspectiva kelseniana, el significado se fija únicamente para la norma de nivel inferior, para un caso concreto, mientras que el “frame” de significados posibles de la norma de nivel superior no se modifica (KAMMERHOFER, 2011: p. 116).

Finalmente, puede objetarse que el supuesto voluntarista en el que se basan los límites propuestos (limitación de la jurisprudencia a un rol de fuente verificadora, reglas interpretativas del artículo 31 de la CVDT) no es pertinente, al menos no para los tratados de derechos humanos. Los tratados internacionales de derechos humanos se destacan por cuatro particularidades, que ponen en duda un enfoque voluntarista.

En primer lugar, se pueden caracterizar como tratados *sui generis* por su falta de reciprocidad. La Corte IDH subrayó que:

*“[L]os tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos [...]. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados [...] asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.*²⁰

Los tratados de derechos humanos difieren entonces de otros tratados de tipo tradicional porque crean obligaciones de los Estados hacia los individuos y no entre Estados (MOECKLI Y WHITE, 2018: p. 154). Están orientados, “más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”.²¹ De este modo, la doctrina *in dubio mitius*, estrechamente relacionada con el derecho internacional clásico y una teoría restrictiva de la interpretación, no resulta aplicable (BUREŠ, 2017: p. 22).²²

En segundo lugar, la CADH y la CEDH están previstos para permanecer aplicables durante largos periodos de tiempo (BERNHARDT, 1999: p. 12). Su objetivo no es solamente de proteger los derechos humanos contra los peligros

²⁰ Corte IDH, El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, (Opinión Consultiva), 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 2, párr. 29.

²¹ Corte IDH, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte, (Opinión Consultiva), 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1, párr. 24.

²² El principio *in dubio mitius* ni se menciona en la CVDT, ni se ha invocado nunca en la jurisprudencia reciente de cortes y tribunales internacionales. El TEDH lo rechazó en una de sus primeras sentencias, véase STEDH, *Wemhoff c. Alemania*, 27/06/1968, apartado 8.

en el momento de su celebración²³, sino también garantizar una protección efectiva para el futuro. No se limitan simplemente, como un tratado clásico de derecho internacional, por ejemplo, a resolver un conflicto fronterizo, definiendo definitivamente los límites de una frontera. Al contrario, deben ser capaces de responder a nuevas amenazas y reinterpretarse constantemente para ello. El juez SICILIANOS del TEDH lo resumió sucintamente: “The ‘living instrument’ doctrine is a condition sine qua non for the Convention’s survival!”²⁴

En tercer lugar, el carácter especial de las dos Convenciones radica en el uso de términos abiertos y formulaciones amplias (TOMUSCHAT, 2022: p. 7; BÖTH, 2013: pp. 164–165). La adopción de un tal tratado, acompañada de cláusulas constitucionales que abren los sistemas jurídicos internos al derecho internacional, refleja la expectativa de los Estados y sociedades de que la Corte IDH pueda ser un aliado activo en el “constitucionalismo transformador” (BOGDANDY Y URUEÑA, 2020: pp. 431–432). Este enfoque considera la transformación efectiva hacia una sociedad más igualitaria o democrática uno de los objetivos primordiales de la práctica interpretativa (BOGDANDY Y URUEÑA, 2020: p. 405). La Corte IDH tiene un papel destacado en este proceso, lo que vincula la tercera con la cuarta particularidad.

En cuarto lugar, la especificidad de los tratados de derechos humanos reside en el hecho de que cuentan con mecanismos específicos para su supervisión. La representación de los individuos ya no se encuentra mediatizado por el Estado: se reconoce a las personas el derecho a peticionar ante los sistemas de protección de derechos humanos (PIZZOLO, 2017: pp. 12–13). Por ende, el Estado se desplaza del centro del derecho internacional. Por su parte, el juez ALVAREZ opinó que las convenciones de derechos humanos

“have acquired a life of their own; they can be compared to ships which leave the yards in which they have been built, and sail away

²³ BERNHARDT recuerda que la CEDH entró en vigor en 1953 para solamente 10 Estados (1999, pp. 14–15). En la actualidad, vincula a 46 Estados. Con respecto a la CADH, HITTERS señala en el mismo sentido que fue formalizada en el año 1969, pero que sus trabajos preparatorios arrancaron 20 años antes (2010, p. 118). Además, la mayoría de los Estados que firmaron la CADH tenían un gobierno militar o autoritario.

²⁴ STEDH, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, *Concurring Opinion of Judge Sicilianos, joined by Judge Raimondi*, 08/11/2016, apartado 6.

*independently, no longer attached to the dockyard. These conventions must be interpreted without regard to the past, and only with regard to the future.*²⁵

Con la creación de cortes para interpretar los tratados, su desarrollo se ha sustraído en gran medida al poder de determinación de sus creadores: el texto ya no puede liberarse de las manos de sus intérpretes (TOMUSCHAT, 2022: p. 7). Se suma el hecho que los tribunales internacionales de derechos humanos se destacan por su multifuncionalidad. BOGDANDY y VENZKE señalan varias misiones: resolución de conflictos, estabilización de expectativas normativas, creación de derecho, control y legitimación (BOGDANDY y VENZKE, 2014: pp. 16–29).

De lo expuesto se desprende que una concepción voluntarista del derecho internacional, enfocándose exclusivamente en la voluntad original y la soberanía de los Estados, y restringiendo los tribunales a un papel de fuente verificadora, no llega a aprehender la situación no solamente fáctica, sino también normativa, en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos. La especificidad de los tratados de derechos humanos requiere un enfoque de interpretación más pertinente.

V. Interpretaciones evolutivas como intentos de persuasión: límites discursivos en lugar de límites binarios

“What are the natural limits to the growth of the living tree? They are not set by the literal meaning of the words used. They are not set by the intentions of the drafters, whether actual or presumed. They are not even set by what the drafters definitely did not intend. But there must be some limits.” (HALE, 2011: p. 18)

Todos los límites aparentemente claros se desvanecen en el aire. Se intentará demostrar que las interpretaciones evolutivas son, sin embargo, en buena medida limitadas – pero de una manera diferente a como se entiende habitualmente. Para ello, resulta útil dar un paso atrás y tomar como base una

²⁵ Corte Internacional de Justicia, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Advisory Opinion), Dissenting Opinion of M. Alvarez*, 28/05/1951, ICJ Reports 1951, p. 53.

comprensión más adecuada del derecho internacional de los derechos humanos y de su interpretación. Proponiendo un marco teórico alternativo, una teoría lúdica del derecho internacional supera las dicotomías que se encuentran en la visión tradicional de la jurisprudencia como fuente verificadora y del proceso de interpretación como relevación del verdadero significado (i). De este modo, permite entender la interpretación como un intento de persuasión de la comunidad de intérpretes (ii). De este objetivo de la interpretación se derivan límites discursivos para interpretaciones evolutivas (iii).

i. Una teoría lúdica del derecho internacional de los derechos humanos

Teniendo en cuenta el fracaso de la visión voluntarista en aprehender la especificidad de los tratados de derechos humanos y de su interpretación, una teoría lúdica admite una transición fluida entre creación e interpretación y pone énfasis en el carácter discursivo de los procesos de interpretación.

A menudo se admite que la línea que separa la interpretación judicial necesaria de la legislación judicial puede ser difícil de trazar (RIETIKER, 2010, p. 266). ARATO, por ejemplo, escribe de una “frontera voluble” (ARATO, 2010: p. 457), de una distinción endeble en la práctica (ARATO, 2012: p. 365). Por su parte, BROTONS llega a la conclusión de que “si los jueces no crean las normas, al menos las recrean, cuando las descubren” (BROTONS, 2010: p. 214). De este modo, la aparentemente clara oposición entre fuente creadora y fuente verificadora, entre interpretación y creación del derecho, se encuentra puesta en duda por sus propios autores. La duda, sin embargo, no da lugar a una nueva oferta teórica, sino más bien a un llamamiento desesperado a buscar aún más el límite – un intento que, como se ha demostrado, se enfrenta a varias dificultades. Por lo tanto, mostraremos que tras el problema epistemológico del descubrimiento de los límites entre la interpretación y la creación se esconde un problema ontológico de su existencia. Bajo esta premisa, los límites no solo son difíciles de discernir, sino que simplemente no existen.

Una teoría que aclara esta observación es la teoría lúdica del derecho, desarrollada por FRANÇOIS OST. Corresponde a un derecho posmoderno caracterizado por una multiplicidad de los actores jurídicos, imbricación sistemática de las funciones y multiplicación de los niveles de poder (OST, 2007:

pp. 117–119). Aunque OST no relacione sus observaciones con el derecho internacional, nos parecen útiles para fundamentar una base conceptual sobre la cual desarrollaremos los límites discursivos de las interpretaciones evolutivas.

Basándose en la noción de juego de WITTGENSTEIN, OST describe el derecho como un “proceso colectivo, ininterrumpido y multidireccional de circulación del logos jurídico” (OST, 2007: p. 115). El derecho, conceptualizado por una teoría lúdica, se destaca por cinco rasgos (OST, 2007: pp. 122–124): En primer lugar, por una creatividad endógena: se adoptan estilos discursivos, se respetan topoi etc. En segundo lugar, OST observa un número indefinido de jugadores cuyos roles no están enteramente programados. Además, en tercer lugar, señala la naturaleza mixta de la noción de juego: combina *game* y *play*, la convención y la invención. En cuarto lugar, consiste de un polo simbólico (juego como representación) y de un polo utilitarista (juego como estrategia). Finalmente, en quinto lugar, se caracteriza por una distinción del interior y del exterior, pero las fronteras no dejan de ser móviles. Para simbolizar esta concepción del derecho, OST recurre a Hermes, “el dios de la comunicación y de la circulación, dios de la intermediación” (OST, 2007: p. 115).

Este enfoque tiene una consecuencia crucial para la forma de entender la interpretación: tomando en cuenta la imagen de la naturaleza mixta del juego, la interpretación no se reduce ni a la improvisación ni a la simple determinación de una regla superior (OST, 2007: p. 123). En este sentido, con respecto al derecho internacional, VENZKE subraya que las normas adquieren significado en su uso, es decir, al ser interpretadas y aplicadas en casos concretos: “Las interpretaciones participan en la creación de lo que pretenden encontrar” (VENZKE, 2012: p. 17). Por ende, la elaboración del derecho internacional es un proceso continuo de aplicación de normas, no un acto puntual como sugiere la doctrina de las fuentes (VENZKE, 2012: p. 30). Un tribunal no solo recoge limpiamente el agua que ya fluye en la montaña; el agua forma más bien un ciclo, y por tanto, no es sustancia sino proceso (CHRISTENSEN, 2013: p. 995).

ii. Persuasión como objetivo de la interpretación

Este fundamento teórico se concreta a continuación para ser aplicado a la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, argumentando que el objetivo de procesos de interpretación es la persuasión de la comunidad interpretativa pertinente.

Siguiendo una teoría lúdica del derecho, la interpretación no es una simple relevación del verdadero significado, pero tampoco una elección completamente libre. Es, argumenta TOBIN, un acto de persuasión, un intento de convencer a la comunidad interpretativa pertinente de que un significado concreto, dentro de un conjunto de significados potenciales, es la interpretación más adecuada que debe adoptarse (TOBIN, 2010: p. 207). En consecuencia, una interpretación no es exitosa porque sea “correcta” en términos de razonamiento jurídico, sino porque se la acepta y apoya como jurídicamente plausible, sustancialmente convincente, y útil en la práctica (BOGDANDY Y URUEÑA, 2020: p. 436). El significado aceptado en un momento determinado será el que logre predominancia sobre todas las demás interpretaciones alternativas. Esto implica dos criterios vinculados entre sí para el éxito de una interpretación: quién se expresa por un lado y a quién se dirige por otro.²⁶

VENZKE se refiere al primer criterio con el concepto de “autoridad semántica”: consiste en la capacidad de un actor para influenciar y modelar los significados, y de establecer sus comunicaciones como puntos de referencia autoritativos en el discurso jurídico (VENZKE, 2012: p. 63). A partir de aquí podemos tender un puente hacia el segundo criterio, es decir, la cuestión de a quién se persuade con una interpretación. Para ello, siguiendo TOBIN (TOBIN, 2010: p. 208), nos remitimos al concepto de “comunidades interpretativas” del investigador literario STANLEY FISH. El autor lo concibe como una comunidad de individuos quienes comparten categorías de comprensión y estipulaciones de pertinencia e irrelevancia que limitan e informan el proceso interpretativo,

²⁶ Sin embargo, estos planteamientos no están exentos de críticas. Se argumenta, por ejemplo, que las estrategias interpretativas compartidas dentro de la comunidad interpretativa pertinente no pueden, por sí solas, crear o determinar un significado. En este sentido, SMOLKA y PIRKER señalan que las estrategias interpretativas están inextricablemente vinculadas a los elementos lingüísticos de un texto jurídico (2016, pp. 16–19). No obstante, esta objeción no es pertinente en el marco de una teoría lúdica del derecho: demuestra precisamente que el proceso de interpretación no puede reducirse ni a un elemento ni a otro.

generando así significado (FISH, 1989: p. 208). La comunidad interpretativa se destaca entonces por una creatividad endógena, primera característica de la teoría lúdica del derecho de OST. En esta comunidad, la autoridad debe adquirirse a través del juicio de los demás y, por lo tanto, está sujeta a limitaciones. Así, una referencia externa (la fuente) se sustituye por una referencia interna en la práctica: la autoridad semántica (CHRISTENSEN, 2013: p. 995).

La indeterminación semántica se ve entonces limitada por una “lucha semántica” por el significado del texto (VENZKE, 2012: p. 37). Resulta útil destacar algunas características de esta lucha semántica en materia de derechos humanos. La comunidad interpretativa está conformada no solo por los Estados y sus funcionarios (que tampoco son homogéneos), sino también por un amplio espectro de actores no estatales (TOBIN, 2010: p. 209). Una autora constata incluso un “global rights talk” (GLENDON, 1991). Analizando la “comunidad latinoamericana de práctica de los derechos humanos”, BOGDANDY y URUEÑA señalan que la falta de homogeneidad permite que coexistan interpretaciones diferentes y que compitan por influencia (BOGDANDY y URUEÑA, 2020: p. 416). Asimismo, según PIZZOLO, existe una pluralidad interpretativa, consecuencia de la apertura del derecho interno hacia el espacio supranacional fragmentado (PIZZOLO, 2017: p. 33): “Se presentan varios actores de orquesta dispuestos a interpretar, en simultáneo, la misma partitura” (PIZZOLO, 2017: pp. 49–50). Estos hallazgos se corresponden con la teoría lúdica de OST, quien señala una multiplicidad de “jugadores”.

En este contexto, un tribunal internacional de derechos humanos se legitima de forma participativa y dialógica (BOGDANDY Y VENZKE, 2014): “Courts’ authority, their most important asset, is never settled but rests instead on a continuous interaction with a wide range of stakeholders” (BOGDANDY Y URUEÑA, 2020: p. 440). Eso implica que un tribunal necesariamente se apoya en toda la comunidad interpretativa. No tiene que convencer a todos sus miembros con cada sentencia, pero no debe perder a nadie a largo plazo.

Esto es particularmente importante con respecto a los Estados, que no solo tienen que cumplir con las sentencias individuales, sino también evitar que

se produzcan violaciones de los derechos humanos. Además, en el sistema interamericano, la doctrina del control de convencionalidad asigna a los tribunales nacionales la tarea de revisar cualquier acto nacional, incluidas las leyes nacionales, en cuanto a su compatibilidad con la CADH.²⁷ Por ende, convierte a cada juez nacional en juez interamericano (BOGDANDY Y URUEÑA, 2020: p. 412), que no solo debe tener en cuenta las disposiciones textuales de la CADH, sino también sus interpretaciones por parte de la Corte IDH. Para que este sistema de control difuso funcione, la Corte IDH depende de que realmente se apliquen sus interpretaciones. Es por eso que NEUMAN subraya que la Corte IDH “no debe someterse a la voluntad de los infractores individuales, pero necesita persuadir, y no meramente exhortar, el apoyo de la comunidad regional de Estados” (NEUMAN, 2014: p. 214).

Además, cuando un Estado tiene la sensación de que ya no se puede discutir la interpretación concreta de una norma, podría llegar a cuestionar el sistema en sí, situación que un tribunal de derechos humanos necesita evitar.²⁸ El hecho de que se encuentre en un proceso constante de negociación con los Estados, pero también que estos Estados no son uniformes y homogéneos ni en sí mismos ni entre sí, quedó demostrado, por ejemplo, en la Conferencia de Brighton de 2012. Por un lado, se animó al TEDH a conceder gran importancia al principio de subsidiariedad y a la doctrina del margen de apreciación.²⁹ Por otro lado, los recortes en el acceso al TEDH, inicialmente propuestos por el Reino Unido, no se incluyeron en los acuerdos finales.

Un tribunal de derechos humanos también necesita el respaldo, aparte de los Estados, de las organizaciones de la sociedad civil y de las ONG. Depende de ellas como creadoras de agendas, asesoras y supervisoras, difusores y educadores. Además, en el sistema interamericano, pueden realizar *amici curiae* para colaborar con la Corte IDH en la resolución de una sentencia u opinión

²⁷ Corte IDH, Caso Boyce y otros vs. Barbados, Sentencia del 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169, párr. 78.

²⁸ BOGDANDY y URUEÑA analizan un caso fronterizo, a saber, el comunicado emitido por los presidentes de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay en abril de 2019 (2020, p. 416).

²⁹ Conferencia de Alto Nivel sobre el Futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Declaración de Brighton, 20 de abril de 2012.

consultativa.³⁰ Por último, un tribunal de derechos humanos también debe convencer a los individuos de ser un punto de contacto eficaz en caso de violaciones de los derechos humanos: si no confían en el tribunal para encontrar respuestas adecuadas, a largo plazo no recurrirán a él.

De ello se desprende que los tribunales internacionales de derechos humanos tienen un rol específico a cumplir con cada interpretación evolutiva. “Ni absoluta determinación ni pura indeterminación, el sentido del juego exige que los comportamientos del jugador se ajusten a las posibilidades objetivas del campo o del sistema” (RUIZ, 2003: p. 179). Un tribunal de derechos humanos tiene que ajustarse a las posibilidades – pero al mismo tiempo, sus propias acciones dan forma decisiva al campo. Se sitúa, en la terminología de la teoría lúdica de OST, entre *game* y *play*, entre convención e invención. Un tribunal participa en la competencia por la influencia y el poder interpretativo en una posición destacada. En el “coro de voces sobre el contenido y el alcance de los derechos humanos” (PIZZOLO, 2017: p. 53) tiene que reequilibrar constantemente entre activismo y autolimitación judicial.

Así, mediante la teoría lúdica, podemos entender la interpretación como una combinación de una lógica simbólica-representativa y de una lógica utilitarista-estratégica. Por ejemplo, la referencia a las reglas de interpretación de la CVDT no es jurídicamente necesaria, pero sí discursivamente útil. Ya que existe una fuerte expectativa que los principios de interpretación de la CVDT se usen para enmarcar la interpretación, comprometerse con ellos es una característica esencial de una interpretación persuasiva (TOBIN, 2010: p. 219).

En resumen, siguiendo una teoría lúdica del derecho internacional de los derechos humanos, una interpretación evolutiva no será limitada por el límite (difícil o imposible de determinar) a la creación de derechos (es decir, a la fuente creadora), sino más bien enmarcada por límites discursivos. Estos límites se derivan del objetivo de la interpretación: persuasión. El principal (pero no el único) destinatario de los intentos discursivos de persuasión de un tribunal de derechos humanos son los Estados – al menos en el caso de las interpretaciones

³⁰ Artículo 44, CADH.

evolutivas que conducen a una ampliación de los derechos garantizados y, por ende, a un mayor control por parte de los tribunales.

iii. Algunos límites discursivos para interpretaciones evolutivas

Al interpretar evolutivamente, los tribunales de derechos humanos están sujetos a cuatro límites discursivos en particular frente a los Estados. Estos límites no son jurídicamente obligatorios, pero es prometedor respetarlos para lograr la persuasión. En primer lugar, los tribunales de derechos humanos deben tener en cuenta factores normativos y fácticos externos, no inherentes a las Convenciones. En segundo lugar, están limitados por sus propios precedentes. En tercer lugar, deben ajustarse discursivamente a las expectativas de los Estados. Por último, en cuarto lugar, las interpretaciones evolutivas también se ven condicionadas por limitaciones institucionales.

Para que un tribunal logre persuadir con una interpretación evolutiva, debe tener en cuenta, en primer lugar, factores normativos y fácticos que van más allá de la propia Convención. Esto incluye, en particular, la situación jurídica y social en los Estados. Es por ello que el TEDH, por ejemplo, examina si existe un consenso entre los Estados miembros del subsistema regional. La noción de consenso opera en dos direcciones: De un lado, un consenso sobre el alcance de un derecho sirve como prueba para una interpretación evolutiva (DZEHTSIAROU, 2011: p. 1736). Del otro lado, la ausencia de un consenso “representa una importante cortapisa a la utilización de la interpretación evolutiva” (PASCUAL VIVES, 2014: p. 150). En este caso, se suele conceder un margen de apreciación nacional a los Estados.³¹ Es entonces una “cierta deferencia a la hora de aplicar restricciones de derechos [...] en los que no existe un consenso en su aplicación” (SÁNCHEZ-MOLINA, 2015: p. 226). Por su parte, PIZZOLO lo considera una “técnica de cohabitación” en una “comunidad de intérpretes finales” (PIZZOLO, 2017: p. 159).

³¹ Un ejemplo actual con respecto a la vacunación obligatoria se encuentra en SETDH, *Vavricka v. República Checa*, 08/04/2021, apartado 203: “As there was clearly no European consensus on the matter of compulsory vaccination, the margin of appreciation left to the Member States was wide.”

Por ejemplo, en el caso *Christine Goodwin*, relativo a la situación jurídica de los transexuales en el Reino Unido, el TEDH señaló que, teniendo en cuenta la diversidad de situaciones en los Estados contratantes, las exigencias del artículo 8 de la CEDH variarán considerablemente de un caso a otro y el margen de apreciación que debe concederse a las autoridades puede ser más amplio.³² De mismo modo, en *S.A.S. contra Francia*, el TEDH admitió que debía evaluar un equilibrio establecido mediante un proceso democrático. Por ende, se comprometió a actuar con moderación en cuestiones de política general, sobre las que las opiniones pueden ser razonablemente divergentes en una sociedad democrática.³³ Por lo tanto, la noción de consenso podría ser el “elemento vertebrador” (PASCUAL VIVES, 2014: pp. 150–152) de la interpretación evolutiva. Por un lado, permite mitigar el “efecto sorpresa” de la interpretación evolutiva, ya que la interpretación está vinculada a circunstancias externas (DZEHTSIAROU, 2011: p. 1744). Por otra lado, forma parte de la necesidad de demostrar sensibilidad ante el contexto local, para que una interpretación sea persuasiva (TOBIN, 2010: p. 242), constituyendo así un límite discursivamente negociado.

Otra forma de tener en cuenta las situaciones externas a la propia convención es el denominado “diálogo de jueces”.³⁴ En el caso *Maritza Urrutia*, por ejemplo, la Corte IDH identifica la prohibición de tortura física y psicológica como norma imperativa. Para eso, interpreta el artículo 5 de la CADH a la luz de la Convención Interamericana para la Prevención y Represión de la Tortura.³⁵ Es un ejemplo de lo que BURGORGUE-LARSEN llama “migración interconvencional” (BURGORGUE-LARSEN, 2014: p. 109). La noción de tortura ha podido ser (re-)definida gracias a fuentes externas. Además, en el caso *Prisión Miguel Castro*, el uso de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia

³² SETDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, 11/07/2022, apartado 72.

³³ STEDH, *S.A.S. c. Francia*, 01/07/2014, apartado 129.

³⁴ PIZZOLO relaciona el concepto de diálogo particularmente con la “comunidad de intérpretes finales”, es decir, con los tribunales nacionales y supranacionales que reclaman para sí la última palabra, (véase PIZZOLO, 2017: pp. 59–64). No obstante, la noción de comunidad interpretativa que aquí se defiende es, como se ha demostrado, más amplio y también incluye, por ejemplo, a las organizaciones de la sociedad civil.

³⁵ Corte IDH, *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párr. 91.

permitió integrar la violación sexual en la definición de la tortura.³⁶ El intercambio de interpretaciones similares refuerza entonces la interpretación evolutiva (COCAN, 2020: p. 592).³⁷

Al mismo tiempo, el diálogo de jueces también puede constituir un límite discursivo para interpretaciones evolutivas. Esto puede parecer sorprendente a la vista de la dinámica descrita, pero también hay ejemplos de ello. Así, mediante el diálogo de jueces, la Corte IDH adaptó elementos de interpretación que tienden a limitar las interpretaciones evolutivas. Por ejemplo, se observa que, a partir de 2016, la interpretación evolutiva de la Corte IDH también se basó más en la noción de consenso, desarrollada por el TEDH (MAGALHAES, 2020: pp. 595–596). Además, un diálogo de jueces también puede tener lugar con tribunales nacionales³⁸, promoviendo así el entendimiento mutuo y limitando interpretaciones evolutivas de gran alcance si suscitan críticas por quienes en última instancia tienen que aplicarlas.

En este contexto, también conviene señalar la relevancia de los acuerdos posteriores y de la práctica ulterior de las partes. En una lucha por el poder interpretativo, dan lugar a un diálogo sobre la interpretación adecuada de los tratados (ROBERTS, 2013). En el caso *Bankovic*, por ejemplo, el TEDH se basó en prácticas ulteriores para limitar interpretaciones evolutivas: tuvo que determinar si tenía competencia para decidir sobre los ataques aéreos de la OTAN en territorio yugoslavo. Al rechazar la jurisdicción, el TEDH razonó que las partes del tratado no habían actuado como si el CEDH se aplicara a acciones militares extraterritoriales. Esta práctica posterior respaldaba su conclusión de que el CEDH no se aplicaba a dichas acciones militares.³⁹

Aparte del contexto fáctico y normativo, los tribunales de derechos humanos están, en segundo lugar, limitados de hecho por sus propias sentencias. Esto es especialmente importante para los Estados porque les permite anticipar y prevenir violaciones de los derechos humanos y así evitar

³⁶ Corte IDH, Caso Prisión Miguel Castro vs. Perú, Sentencia del 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 312.

³⁷ Para un análisis más profundizado del diálogo de jueces en el ámbito de la tortura, véase COCAN (2020).

³⁸ Entre otras cosas, esto exige SANTIAGO (2019, p. 293).

³⁹ STEDH, *Bankovic y otros c. Bélgica y otros*, Decisión sobre la admisibilidad, 12/12/2001.

condenas. Por ende, la flexibilidad necesaria de un sistema de protección de derechos humanos debe equilibrarse constantemente con la estabilidad necesaria para no incurrir en discriminaciones arbitrarias (BOGDANDY Y URUEÑA, 2020: p. 433) y cumplir con las expectativas de seguridad jurídica (MOECKLI Y WHITE, 2018: p. 156). El TEDH lo expresó así en el ya citado caso *Christine Goodwin contra Reino Unido*:

“While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases.”⁴⁰

En teoría, un tribunal podría volver a interpretar constantemente de forma evolutiva – precisamente por la naturaleza evolutiva de los tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe limitarse a sí mismo para satisfacer las expectativas de los Estados y así obtener y mantener la aprobación de la comunidad interpretativa.

En tercer lugar, los tribunales deben ajustarse discursivamente a las expectativas de los Estados. La adaptación de la estrategia argumentativa también representa un límite discursivo para interpretaciones discursivas. En el caso *Johnston contra Irlanda*, por ejemplo, el TEDH se negó a interpretar el artículo 12 de la CEDH (derecho a contraer matrimonio) en el sentido de que incluye el derecho a divorciarse, afirmando que el enfoque evolutivo no puede ir tan lejos como para derivar un derecho que no estaba incluido en un principio.⁴¹ Ahora bien, en otras ocasiones, el TEDH efectivamente crea derechos que originalmente no estaban previstos. En este caso, sin embargo, hace énfasis en su propia moderación, adaptándose a un discurso en la comunidad interpretativa que niega la posibilidad de nuevos derechos creados por vía judicial. El TEDH se ve entonces discursivamente limitado a un papel de fuente verificadora.

Por último, en cuarto lugar, cabe señalar algunos límites institucionales a las interpretaciones evolutivas. Son relevantes para los Estados principalmente porque ellos pueden ejercer una influencia (más o menos) directa sobre estos

⁴⁰ SETDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, 11/07/2022, apartado 74.

⁴¹ SETDH, *Johnston y otros c. Irlanda*, 18/12/1986, apartado 53.

límites institucionales. De este modo, se producen interacciones dentro de la comunidad interpretativa: los Estados pueden influir en las interpretaciones evolutivas realizando (o incluso solo amenazando con realizar) ciertos ajustes en el diseño institucional. Ante todo, es importante subrayar el hecho evidente de que los tribunales no pueden tomar la iniciativa y se encuentran limitados a los hechos concretos del caso. El TEDH, por ejemplo, se centra normalmente en el caso individual desde el principio, por lo que evita en lo posible las afirmaciones generalizadoras (CLASSEN, 2022: p. 293). Además, la forma en que se seleccionan los jueces también determina el manejo concreto de la interpretación evolutiva. Los jueces del TEDH son nombrados por las partes, un juez por Estado. Por su parte, la Corte IDH está integrada por siete jueces, elegidos por los Estados partes, de una lista de candidatos propuestos por cada Estado. Estos procedimientos tienen dos consecuencias importantes: Las partes del tratado tienen un mayor control sobre quién es (re-) elegido y los jueces se sienten cómodos con la idea de que compartan la autoridad interpretativa con los Estados (ROBERTS, 2013). Finalmente, hay límites fácticos de capacidad que también restringen posibles interpretaciones evolutivas: nuevos ámbitos de protección también provocan más demandas (HELGESEN, 2011, p. 25).

Un tribunal de derechos humanos debe entonces respetar varios límites discursivos – no porque sea jurídicamente obligatorio, sino porque es relevante y prometedor para lograr la persuasión de los Estados como principales destinatarios de interpretaciones evolutivas. La consideración de distintos factores externos, de los propios precedentes, de las expectativas de los Estados y de las estructuras institucionales limita las interpretaciones evolutivas.

VI. A modo de conclusión

Este trabajo ha tenido dos objetivos: En primer lugar, se han discutido críticamente los límites tradicionalmente propuestos para interpretaciones evolutivas de tratados de derechos humanos. Se ha demostrado que se basan en una concepción voluntarista del derecho internacional, limitando así el papel de los tribunales a una función de fuente verificadora. Este límite general suele verse materializado en el artículo 31 de la CVDT. No obstante, se ha

argumentado que este enfoque no es pertinente para la interpretación de tratados de derechos humanos: tras el problema epistemológico del descubrimiento de los límites entre la interpretación y la creación se esconde un problema ontológico de su existencia.

Por ende, en segundo lugar, el trabajo ha desarrollado un argumento en el marco de una teoría lúdica del derecho internacional. La interpretación evolutiva de un tratado de derechos humanos se ha conceptualizado como un intento de persuasión. Si eso es así, los límites de interpretaciones evolutivas no son fijos per se, sino que se negocian discursivamente.

Con este análisis, se espera contribuir al debate sobre hasta qué punto la interpretación evolutiva de los tribunales de derechos humanos se encuentra limitada. Mientras que en el presente trabajo se ha argumentado fundamentalmente que nos enfrentamos a límites discursivos en lugar de límites binarios, sería valioso para futuros trabajos analizar las diferencias y similitudes de estos límites discursivos con respecto a las particularidades de los distintos sistemas regionales de derechos humanos.

VII. Bibliografía

ARATO, J. (2010). Subsequent Practice and Evolutive Interpretation: Techniques of Treaty Interpretation over Time and Their Diverse Consequences. *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, volumen 9 (3), pp. 443–494.

— (2012). Constitutional Transformation in the ECtHR: Strasbourg's Expansive Recourse to External Rules of International Law. *Brooklyn Journal of International Law*, volumen 37 (2), pp. 349–387.

ARÉVALO NARVÁEZ, C. E. y PATARROYO RAMÍREZ, P. A. (2017). Treaties over Time and Human Rights: A Case Law Analysis of the Inter-American Court of Human Rights. *Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, volumen 10, pp. 295–331.

AUST, A. (2007). *Modern Treaty Law and Practice* (2a ed.). Cambridge: Cambridge University Press.

BARBERIS, J. A. (1994). *Formación del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma.

BERNHARDT, R. (1999). *Evolutionary Treaty Interpretation, Especially of the ECHR*. *German Yearbook of International Law*, volumen 42 (11), pp. 11–25.

BOGDANDY, A. VON y URUEÑA, R. (2020). *International Transformative Constitutionalism in Latin America*. *The American Journal of International Law*, volumen 114 (3), pp. 403–442.

BOGDANDY, A. VON y VENZKE, I. (2014). *In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens*. Berlin: Suhrkamp.

BOSSUYT, M. (2007). *Should the Strasbourg Court Exercise More Self-Restraint? - On the Extension of the Jurisdiction of the European Court of Human Rights to Social Security Regulations*. *Human Rights Law Journal*, volumen 28 (9-12), pp. 321–332.

BÖTH, K. (2013). *Evolutionary Auslegung völkerrechtlicher Verträge. Eine Untersuchung zu Voraussetzungen und Grenzen in Anbetracht der Praxis internationaler Streitbeilegungsinstitutionen*. Berlin: Duncker & Humblot.

BROTÓNS, A. R., CORTADO, R. R., CALATAYUD, E. O., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. Y PÉREZ-PRAT DURBAN, L. (2010). *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BUIS, E. J. (2015). *El Derecho Internacional Público: Concepto, Características y Evolución Histórica*. En S. González Napolitano (Ed.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 1–21). Buenos Aires: Erreius.

BUREŠ, P. (2017). *Human Dignity: An Illusory Limit for the Evolutionary Interpretation of the ECHR?* *Amicus Curiae* (110), pp. 20–28.

BURGORGUE-LARSEN, L. (2014). *El Contexto, las Técnicas y las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos*. *Estudios Constitucionales*, volumen 12 (1), pp. 105–161.

ÇALI, B. (2020). Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights. En D. B. Hollis (Ed.), *The Oxford Guide to Treaties* (pp. 525–547). Oxford: Oxford University Press.

CHRISTENSEN, R. (2013). Rezension zu: Venzke, Inko: *How Interpretation Makes International Law*, Oxford 2012. *JuristenZeitung*, volumen 68 (20), pp. 994–995.

CLASSEN, C. D. (2022). Kann eine gemeineuropäische Grundrechtsdogmatik entstehen? *Europarecht - EuR*, volumen 57 (3), pp. 279–302.

COCAN, S. (2020). La Cour Européenne des Droits de l'Homme et le Dialogue des Juges. *Revue Québécoise De Droit International*, pp. 573–592.

CRAVEN, M. (2000). Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law. *European Journal of International Law*, volumen 11 (3), pp. 489–519.

DJEFFAL, C. (2015). *Static and Evolutive Treaty Interpretation: A Functional Reconstruction*. Cambridge: Cambridge University Press.

DZEHTSIAROU, K. (2011). European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*, volumen 12 (10), pp. 1730–1745.

FISH, S. E. (1989). *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Oractice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham: Duke University Press.

FITZMAURICE, M. (2010). The Practical Working of the Law of Treaties. En M. D. Evans (Ed.), *International Law* (3a ed.). Oxford: Oxford University Press.

GALDÁMEZ ZELADA, L. (2008). La Progresividad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista De Derecho Universidad Católica Del Norte*, volumen 15 (1), pp. 139–158.

GLENDON, M. A. (1991). *Rights talk*. New York: The Free Press.

GONZÁLEZ NAPOLITANO, S. (2015). Fuentes y Normas del Derecho Internacional. En S. González Napolitano (Ed.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 75–90). Buenos Aires: Erreius.

HALE, B. M. (2011). What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention? En European Court of Human Rights (Ed.), Dialogue between judges: "What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?" (pp. 11–18). Strasbourg: Council of Europe.

HELPER, L. R. Y VOETEN, E. (2021). ¿El Retroceso de los Derechos Humanos en Europa? Revista Jurídica Austral, volumen 2 (2), pp. 445–489.

HELGESEN, J. E. (2011). What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention? En European Court of Human Rights (Ed.), Dialogue between judges: "What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?" (pp. 19–27). Strasbourg: Council of Europe.

HELMERSEN, S. T. (2013). Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions. European Journal of Legal Studies, volumen 6 (1), 127-148.

HIGGINS, R. (1994). Problems and Process: International Law and how we use it. Oxford: Clarendon Press.

KAMMERHOFER, J. (2011). Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective. London: Routledge.

KILLANDER, M. (2010). Interpreting Regional Human Rights Treaties. Sur - International Journal on Human Rights, volumen 7 (13), pp. 145–170.

KOSKENNIEMI, M. (2006). Fragmentation of international law. Difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission.

LETSAS, G. (2007). A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights. Oxford: Oxford University Press.

MAGALHAES, B. B. (2020). The Evolutive Interpretation of the American Convention on Human Rights: A Documental Review of the Period 1988-2018. Brazilian Journal of International Law, volumen 17 (3), pp. 579–600.

MALARINO, E. (2015). Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. En D. Pastor (Ed.), El Sistema Penal en las Sentencias Recientes de los Órganos

Interamericanos de Protección de los Derechos Humanos (pp. 21–61). Buenos Aires: Ad-hoc.

MOECKLI, D. Y WHITE, N. (2018). Treaties as Living Instruments. En M. Bowman y D. Kritsiotis (Eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties* (pp. 136–171). Cambridge: Cambridge University Press.

NEUMAN, G. (2014). Importación, Exportación y Consentimiento Regional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional De Derechos Humanos*, volumen 4 (4), pp. 175–218.

NOVAK, F. (2019). La Conducta Ulterior de las Partes como Regla Principal de Interpretación de los Tratados. *Revista Española De Derecho Internacional*, volumen 71 (2), pp. 101–124.

NUßBERGER, A. (2019). Die Europäische Menschenrechtskonvention – eine Verfassung für Europa? *JuristenZeitung*, volumen 74 (9), pp. 421–472.

OST, F. (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez. *Academia. Revista Sobre Enseñanza Del Derecho.*, volumen 4 (8), pp. 101–130.

PASCUAL VIVES, F. (2014). Consenso y Interpretación Evolutiva de los Tratados Regionales de Derechos Humanos. *Revista Española De Derecho Internacional*, volumen 66 (2), pp. 113–153.

PEHL, A. (2018). *Repräsentative Auslegung völkerrechtlicher Verträge*. Baden-Baden: Nomos.

PIZZOLO, C. (2017). Comunidad de intérpretes finales: Relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos. *El diálogo judicial*. Buenos Aires: Astrea.

POLGÁRI, E. (2021). The Role of the Vienna Rules in the Interpretation of the ECHR. *Erasmus Law Review*, volumen 14 (2), pp. 82–95.

RIETIKER, D. (2010). The Principle of "Effectiveness" in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law – No Need for the Concept of Treaty Sui Generis. *Nordic Journal of International Law*, volumen 79 (2), pp. 245–277.

ROBERTS, A. (2013). Subsequent Agreements and Practice: The Battle over Interpretive Power. En G. Nolte (Ed.), *Treaties and Subsequent Practice*. Oxford: Oxford University Press.

RUIZ, A. E. C. (2003). El derecho como discurso y como juego. *Revista Jurídica Universidad Interamericana De Puerto Rico*, volumen 38, pp. 177–185.

SÁNCHEZ-MOLINA, P. (2015). Margen de Apreciación Nacional (en los Sistemas de Protección Internacional de los Derechos Humanos). *Eunomía. Revista En Cultura De La Legalidad* (9), pp. 224–231.

SANTIAGO, A. (2019). La Corte IDH y su Dinamismo Institucional a lo Largo de sus Cuatro Primeras Décadas. *Persona Y Derecho*, volumen 81 (2), pp. 275–296.

SMOLKA, J. Y PIRKER, B. (2016). International Law and Pragmatics - An Account of Interpretation in International Law. *International Journal of Language and Law*, volumen 5 (1), pp. 1–40.

THEIL, S. (2017). Is the 'Living Instrument' Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law? *European Public Law*, volumen 23 (3), pp. 587–614.

TOBIN, J. W. (2010). Seeking to Persuade: A Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation. *Harvard Human Rights Journal*, volumen 23 (1), pp. 201–250.

TOMUSCHAT, C. (2022). Die Bedeutung der Zeit im Völkerrecht. *Archiv Des Völkerrechts*, volumen 60 (1), pp. 1–22.

TULKENS, F. (2011). What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention? En *European Court of Human Rights* (Ed.), *Dialogue between judges: "What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?"* (pp. 6–10). Strasbourg: Council of Europe.

TZEVELEKOS, V. P. (2010). The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case Law of the ECHR: An Effective Anti-fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of Human Rights Teleology? *Michigan Journal of International Law*, volumen 31 (1), pp. 621–690.

VENZKE, I. (2012). *How Interpretation Makes International Law: On Semantic Change and Normative Twists*. Oxford: Oxford University Press.

WESSEL, J. (2004). Relational Contract Theory and Treaty Interpretation: End Game Treaties v. Dynamic Interpretation. *Annual Survey of American Law*, volumen 60, pp. 149.

**LOS PRINCIPIOS RECTORES DE NACIONES UNIDAS SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS
DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS**

Manuel Roig¹

Fecha de recepción: 1 de junio de 2023

Fecha de aceptación: 14 de julio de 2023

Resumen

El avance del derecho internacional sobre ámbitos jurídicos que antes estaban bajo la sombra de los Estados nos ha encontrado con esta nueva problemática. Las empresas, generalmente asociadas con otras materias y disciplinas, también se ven condicionadas por los derechos humanos. Con el fin de evitar vulneraciones perpetuadas por empresas privadas, la ONU ha aprobado: “los Principios Rectores sobre las Empresas y los derechos Humanos: Puesta en práctica en el marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar” (en adelante, PREDH).

Por su parte, con el fin de darles fuerza normativa y a pesar de no ser vinculantes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) los ha receptado en su jurisprudencia. En su análisis nos inmiscuiremos, luego de reflexionar respecto de algunas cuestiones teóricas.

Palabras claves: globalización – derechos humanos – empresa – responsabilidad

Title: THE UNITED NATIONS GUIDING PRINCIPLES ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS IN THE CASE LAW OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS.

Abstract

¹ Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina); Magister en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (*Alma Mater Studiorum Università di Bologna*, Italia); Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Procesal, diplomado en Igualdad y no discriminación y en Derecho Ambiental (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Profesor adjunto de Derecho Humanos en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Provincia de Bs. As., Argentina.

The advance of International Law on legal areas that were previously under the shadow of States has found us with this new problem. Business, generally associated with other subjects and disciplines, is also conditioned by human rights. In order to prevent violations perpetuated by private companies, the UN has approved: "The Guiding Principles on Business and Human Rights: Implemented within the framework of the United Nations to 'protect, respect and remedy'" (hereinafter, PREDH).

On the other hand, in order to give them normative force and despite not being binding, the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter, Inter-American Court) has received them in its case law. In its analysis we will interfere, after reflecting on some theoretical issues.

Keywords: Globalization - Human Rights - Business - Responsibility.

I. Enfoque teórico.

i. Globalización y fragmentación en el derecho

La homogeneidad de la vida en sociedad provocada por la globalización ha producido, por el contrario, la fragmentación de las instituciones clásicas y la pérdida de las certezas sobre las que se recostaban los Estados. Desde un análisis sociológico, Bauman nos explica que Poder y política se han divorciado, ya que los Estados han perdido el poder de decisión y de dirección de una gran cantidad de asuntos que se encontraban bajo su esfera. La toma de decisiones de una gran cantidad de cuestiones se ha desplazado "al políticamente incontrolable espacio global" (BAUMAN, 2007: p. 8). Como describe el citado autor:

Las naciones ya no están seguras bajo la protección de la política de los Estados, que antes funcionaba como garantía de la vida perpetua. Esa soberanía ya no es lo que era: las pautas sobre las que descansaba, la autosuficiencia económica, militar y cultural, y la capacidad autárquica han sido fracturadas, la soberanía anda con

muletas; inválida y claudicante, se tambalea de una prueba de eficiencia física a otra. (BAUMAN, 2011: p. 48)

Por su parte, el derecho también se ha visto influenciado por la globalización. El derecho se ha fragmentado, los Estados han dejado de tener la “unidad interpretativa” de los derechos fundamentales, al tiempo que el derecho internacional avanza sobre ámbitos jurídicos antes impensados (PIZZOLO, 2016). Tras el desastre ocasionado por las guerras mundiales del siglo XX, se ha abierto un proceso de internacionalización de los derechos humanos que procura la protección de los individuos fuera de los mismos Estados. El individuo aparece en la escena internacional desplazando a los Estados. Actualmente, el proceso se ha invertido, por lo que vemos como el derecho internacional de los derechos humanos aterriza en las constituciones de los Estados.

Los derechos humanos, provenientes del ámbito supranacional, al insertarse en el derecho interno de los Estados, fundamentalmente en las constituciones, pasan a tener una regulación plural, lo que se denomina pluralismo jurídico. Pizzolo al respecto, nos enseña que estamos ante regulaciones interconectadas por una materia común y que se aplican en un mismo ámbito territorial, dándose, por ende, una “protección multinivel o por niveles (...). Se trata de diversas capas de protección que se insertan o, si se quiere, se van acumulando a la protección ya prevista en el derecho nacional” (PIZZOLO, 2017: p. 57). El pluralismo jurídico no deja de provocar tensiones. Jueces nacionales y órganos supranacionales dialogan y compiten por la última palabra en materia de derechos humanos, dándose un “escenario de pluralismo interpretativo” (SERNA DE LA GARZA, como se citó en PIZZOLO, a. 2016, p. 180).

El pluralismo jurídico tiene por característica que no se produce de modo coordinado, sino que el campo regulatorio es amplio y diverso. En el derecho internacional no han quedado prácticamente actividades sin regulación. Ya no es posible hablar de un derecho nacional y de un derecho internacional general, sino que algunos autores han remarcado la existencia de una “transnacionalización del derecho” (SIMON CAMPAÑA, 2007: p. 8), que se produce por la aparición de esferas jurídicas especializadas y autónomas.

Nuevos sistemas especializados se desprenden del derecho internacional: el derecho mercantil, los derechos humanos, el derecho ambiental, el derecho del mar, el derecho de los refugiados, entre otros. Al mismo tiempo que reflejan la expansión del derecho internacional, pueden crear conflictos entre normas y regímenes. Tal situación es provocada por el hecho de que “cada conjunto de normas o ‘régimen’ llega con sus propios principios, su propia forma de conocimientos especializados y sus propios valores, que no coinciden necesariamente con los valores de la especialización vecina”². En esta línea, por ejemplo, el derecho mercantil va a tener objetivos y principios distantes de los objetivos y principios que pueden tener los derechos humanos o el derecho ambiental.

Como vemos, la globalización no sólo tiene su incidencia en la política o en la economía, sino también en el derecho. Los derechos internos de los Estados se unifican en su contenido bajo el paraguas de los derechos humanos y de la integración regional, presentándose una soberanía nacional que, por el contrario, se erosiona y cede en materia de control. Por ello, incluso, se ha mencionado que “el derecho constitucional del siglo XXI va a ser el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (TRAVIESO, 2019: p. 39).

Como expresión del pluralismo jurídico y de las obligaciones asumidas por los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, adoptando medidas legislativas, o de otro carácter, encontramos, en el derecho interno, la llamada constitucionalización, humanización o convencionalización del derecho privado. Su principal fundamento radica en que no todo el Poder se encuentra en manos del Estado. Por el contrario, “existen poderes económicos, culturales, sociales que también deben ser limitados por el ordenamiento para asegurar que las libertades y la igualdad real entre las personas sean efectivas y no se conviertan en una mera declaración” (KEMELMAJER & BORETTO, 2017: p.14). De esta manera, derecho privado y derecho público no son dos ámbitos jurídicos enteramente separables, sino que se establece una comunidad de principios que guardan coherencia y relación.

² Comisión de Derecho Internacional, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*, A/CN. 4/L. 682, 2006, párr. 247.

Hoy en día los derechos fundamentales se erigen frente a todos los poderes. La Constitución es un “sistema de límites y de vínculos a todo poder” (FERRAJOLI, 2010: p. 26). Antes bien, la ausencia de límites a la democracia y a las libertades nos permite develar, como indica Ferrajoli, la existencia de dos absolutismos: el absolutismo de la política y el absolutismo del mercado, es decir, la omnipotencia de la mayoría y la ausencia de límites a la libertad de empresa, la ausencia de reglas y controles tanto en la esfera pública como en la esfera privada (FERRAJOLI, 2010: p. 27). En consecuencia, el mercado no debe someter a sus reglas los contenidos y el alcance de los derechos humanos, sino que es el mercado el que debe amoldarse y cumplir con los principios de derecho público establecidos por la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos³.

En tal sentido, podemos afirmar, entonces, que los derechos humanos no deben presentarse como únicamente derechos frente al Estado, sino frente a todos, *erga omnes*. Los derechos humanos son, por lo tanto, oponibles frente a un doble sujeto pasivo: el Estado y los particulares. Ambos sujetos pasivos tienen la obligación de respetar y no lesionar a los derechos humanos. Pensando en las violaciones a los derechos humanos, está claro que tan inconvencional o inconstitucional será la violación cuyo autor es el Estado, como aquella cuyo autor es un particular, grupo de particulares, o bien una empresa. Entonces, los derechos humanos también son oponibles frente a los poderes privados que, en muchas ocasiones, “se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación y en las infinitas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal” (FERRAJOLI, 2010: p. 298).

Claro que debemos diferenciar entre la relación jurídica derecho-obligación, es decir, frente a quienes deben oponerse los derechos humanos, lo que determinaría quienes son los sujetos pasivos y cuáles son las obligaciones que pesan sobre ellos, de la relación jurídica derecho-garantía. La diferencia radica en que las garantías se dan únicamente frente al Estado, en cuanto

³ Véase, CSJN, 10/08/2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, fallos 339:1077, considerando 33 y CSJN, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A. s/ Despido”, fallos 327:3677, considerando 11.

refieren, básicamente, a las medidas de protección dirigidas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela efectiva de los derechos (BIDART CAMPOS, 1989: p. 23 a 25).

En relación con la cuestión de las empresas y los derechos humanos, es una realidad que varias empresas multinacionales tienen un mayor poder económico que muchos Estados, de la misma manera que muchos organismos internacionales pueden colaborar de forma indirecta en la vulneración de derechos humanos. Lamentablemente, este es uno de los efectos de la globalización, donde empresas multinacionales se aprovechan de la falta de control, corrupción y crisis en las democracias existentes, sobre todo en países subdesarrollados (MANILI, 2012: p. 20). En este sentido, resultan sugerentes las siguientes preguntas:

¿Qué significado tienen, en efecto, expresiones como soberanía popular o “un hombre, un voto” en un mundo donde solamente 21 Estados tienen un PBI más alto que algunas de las seis primeras empresas transnacionales? ¿Qué gobierno de las mayorías puede aspirar al nombre de tal cuando decisiones básicas sobre la vida cotidiana dependen de minorías sin legitimidad representativa alguna, como los grandes organismos financieros, ciertas instancias supuestamente técnicas como los bancos centrales o las agencias de calificación de deudas? ¿Qué valor exacto adquiere el derecho formal a votar cuando se vive en condiciones de precariedad laboral o existencial, el acceso a los medios de comunicación es limitado o inexistente, y los grandes partidos políticos están fuertemente subordinados a oligarquías o plutocracias libres de todo control? (PISARELLO, 2012: p. 20).

Ahora bien, de la misma manera que puede decirse lo anterior, también aparece una oportunidad, ya que las empresas tienen la capacidad de contribuir en la promoción y respeto por los derechos humanos. La atención debe ponerse, entonces, no solo en la actuación de cada Estado en particular, sino también en el orden internacional global o gobernanza global. La regulación de las empresas en la economía global es uno de los retos de la comunidad internacional; y los

PREDH, pese a no ser vinculantes, son un avance en esa dirección. Recordemos a modo de inciso, que el art. 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: “toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

ii. Los Principios Rectores

A partir de 1990 la temática de empresas y derechos humanos aparece con más fuerza en la agenda internacional. Como explica Pinto, en esos años los reclamos alcanzaron a varias empresas multinacionales como, por ejemplo, a Reebok Corp. y Nike Inc., quienes producían calzados y pelotas de fútbol en Taiwán, Corea del Sur, Pakistán, entre otros países, en violación de leyes locales e internacionales, sobre todo, por explotación laboral y trabajo infantil (PINTO, 2020: p. 13).

En 1994, la entonces Comisión de Derechos Humanos de la ONU (hoy Consejo de Derechos Humanos), a través de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, impulsó la adopción de medidas para la realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, DESC), por lo que solicitó al entonces secretario general, Boutros Boutros-Ghali, el estudio de la relación entre empresas transnacionales y derechos humanos. Dicho estudio fue presentado en 1995 y sirvió de base para que, mediante Resolución 2003/16, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos aprobara el texto: “Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos”. Si embargo, este texto no fue aprobado por la Comisión de Derechos Humanos⁴.

Por su parte, en 1999, Kofi Annan, entonces secretario general de las Naciones Unidas propuso un “Pacto Global” o “Pacto Mundial” con el fin de fomentar la actuación responsable de las empresas, sobre todo, respecto de

⁴ Véase, CIDH. *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Informe preparado por la REDESCA. OEA/Ser.L/V/II/CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párr. 7.

cuatro áreas: derechos humanos, trabajo, medioambiente y anticorrupción. Esta propuesta, tampoco tuvo seguimiento⁵.

El 2005 es un año clave en la cuestión de las empresas y los derechos humanos, toda vez que la Comisión de Derechos Humanos le solicita al secretario General de la ONU la designación de un Representante Especial, designándose a tales fines a John Ruggie.

En 2008, John Ruggie presenta su informe final al Consejo de Derechos Humanos (órgano que sustituye a la Comisión de Derechos Humanos en 2006). El Consejo aprueba por unanimidad el trabajo de Ruggie, mediante Resolución 17/4 de 16 de junio de 2011, adoptándose así los PREDH. Al mismo tiempo se dispone la creación de un Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, integrado por cinco expertos, y un foro anual a cargo de éste⁶.

Asimismo, mediante Resolución 26/9 de 26 de junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos establece un nuevo Grupo de trabajo que tendrá a su cargo la tarea de elaborar un instrumento internacional vinculante que regule la actividad de las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos⁷.

Dichos principios inspiraron, a su vez, a la Organización de Cooperación y Desarrollos Económicos (OCDE) que introduce un nuevo capítulo, titulado: “Derechos Humanos”, en las Guías de Directrices de la OCDE para las empresas multinacionales⁸.

La cuestión de las empresas y los derechos humanos son un ejemplo de la dificultad que tenemos hoy en día con la coexistencia de regulaciones plurales, la fragmentación del derecho y el “pluralismo jurídico global” (RODRIGUEZ GARAVITO, 2018: p. 43) donde conviven distintos sistemas jurídicos que aspiran

⁵ Véase, CIDH. *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Informe preparado por la REDESCA. OEA/Ser.L/V/II/CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párr. 7.

⁶ Res. 17/4 del Consejo de Derechos Humanos, adoptada el 16/06/2011. Accesible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/74/PDF/G1114474.pdf?OpenElement>

⁷ Res. 26/9 del Consejo de Derechos Humanos, adoptada el 26/06/2014. Accesible en: <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/wg-trans-corp/igwg-on-tnc>

⁸ OCDE (2011), “Guías Directrices para empresas multinacionales”. Accesible en: https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-on-responsible-business-conduct_81f92357-en;jsessionid=4lfidrrdV2LqjvOp5o6SBGXbzPRDcjTOECpKAm98.ip-10-240-5-12

a regular una misma cuestión. La dificultad es notable, ya que estamos ante regulaciones complejas que abarcan todo tipo de actividades empresariales y una gran cantidad de derechos humanos.

Yendo al diseño de los PREDH, se ha destacado su diseño “policéntrico” por cuanto participan de su implementación diversas entidades estatales, ONG, empresas, etc. (RODRIGUEZ GARAVITO, 2018). Por ello, los PREDH están basados en tres sistemas distintos, por lo que Ruggie nos habla de “gobernanza policéntrica”. El primero es el sistema nacional e internacional de derecho público. En segundo lugar, encontramos el sistema de derecho civil en el que participan los afectados por las actividades de las empresas. Por su parte, el tercer sistema refiere a la gestión empresarial de aquellos riesgos que podrían ocasionar una vulneración de derechos humanos (RUGGIE, 2018: p. 78).

Siguiendo esta línea, los PREDH cuentan con 31 principios fundacionales y operativos, diversificados en tres pilares, que tienen que ver con los tres sistemas de gobernanza: 1) “el deber del Estado de proteger los derechos humanos”; 2) “la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos”; y 3) el “acceso a mecanismos de reparación”⁹.

Además, los PREDH aclaran que su aporte normativo no viene a crear nuevas obligaciones de derecho internacional, sino que buscan precisar aquellas consecuencias que se derivan de las normas y métodos existentes en la relación entre Estados y Empresas, buscando la conformación de una unidad coherente, dinámica y evolutiva. Por consiguiente, tratándose de una unidad coherente y de diseño policéntrico, las medidas adoptadas en el marco de un pilar influirán positivamente en los otros pilares.

Es importante destacar que los PREDH establecen no sólo el deber del Estado de proteger los derechos humanos ante violaciones perpetuadas por empresas, sino que, además, establecen el deber de las empresas de respetarlos. Es decir, que las empresas deben actuar con debida diligencia intentando prevenir o mitigar los efectos que sus actividades provoquen a los

⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, HR/PUB/11/04, 2011.

derechos humanos y, en su caso, reparar sus consecuencias (RUGGIE, 2018: p. 79).

Es decir que no alcanza con que las empresas cumplan con las leyes nacionales, sino que deben accionar positivamente con el fin de cumplir con su obligación de respetar los derechos humanos. El acatamiento de la ley por parte de las empresas, no puede ser una excusa frente a violaciones a los derechos humanos. Es aquí donde los PREDH innovan, al afirmar el principio de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos.

iii. La Responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos y “Debida diligencia”.

El principal problema radica en que los PREDH no son vinculantes, sino que se trata de “derecho blando”. Si bien las empresas pueden resultar directamente responsables de violaciones a los derechos humanos por cuanto tienen el deber de respetarlos, aún no existe una instancia internacional a la cual acudir de manera directa (COLMEGNA, 2021: p. 352). Como ya se ha destacado, dicha etapa se encuentra en desarrollo a partir de la confección de un tratado vinculante. Más allá de esta importante cuestión, aún pendiente, la responsabilidad de respetar los derechos humanos no es opcional para las empresas¹⁰.

También, los PREDH resultan aplicables a cualquier Estado y empresa y respecto de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos¹¹. De este modo, el deber de respetar los derechos humanos resulta aplicable a toda empresa, “tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su

¹⁰ ONU (2012), Guía para la Interpretación - “La Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos” – HR/PUB/12/2, Naciones Unidas, p. 21.

¹¹ En este sentido, el principio 12 de los PREDH destaca que: “la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos – que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”.

tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura”¹². Por lo tanto, es una norma de “conducta mundial” (GIALDINO, 2012: p.7) y significa que las empresas deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros. Como señala el principio 11, dicho deber de respetar, que recae sobre las empresas, existe independientemente de la capacidad o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones en materia de derechos humanos. De la misma manera, tampoco reduce las obligaciones existentes para los Estados¹³.

Aún más, el principio 15 se encarga de remarcar las políticas y procedimientos que deben adoptar las empresas con el fin de respetar los derechos humanos. Destaca tres aspectos: 1) el compromiso político de respetar los derechos humanos; 2) la debida diligencia en materia de derechos humanos; y 3) los procesos de reparación.

El primer aspecto refiere a que la empresa realice una declaración pública, que se difunda interna y externamente a todo el personal, socios y a otras partes interesadas, aprobada al más alto nivel directivo y basada en un asesoramiento especializado interno y/o externo. Esta declaración política podrá realizarse por cualquier medio y deberá expresar lo que la empresa espera con relación a los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios. Por su puesto, esta declaración debe verse reflejada en el modo de actuar de la empresa, es decir, en sus políticas y procedimientos.¹⁴

El segundo aspecto, el de la debida diligencia, es de enorme importancia, ya que los PREDH se enfocan, justamente, en la forma en que las empresas deben poner en práctica su responsabilidad de respetar los derechos humanos. Como muestra del pluralismo jurídico, los PREDH adoptan un término harto

¹² Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, HR/PUB/11/04, 2011, p. 6

¹³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, HR/PUB/11/04, 2011, principio 11, p. 15.

¹⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, HR/PUB/11/04, 2011, principio 16.

conocido en el mundo corporativo, con el cual las empresas se encuentran familiarizadas. En el ámbito empresarial, la debida diligencia implica un análisis financiero y legal con el fin de atenuar riesgos, entendido como “un proceso para la prevención de riesgos en transacciones de valores y financieras y en el diseño de actividades operativas” (CUFRÉ, D., RASKOVSKY, R., LASCANO, S. & BOTERO, S., 2020: p. 48).

Por su parte, en materia de derechos humanos, la debida diligencia: Constituye un proceso continuo de gestión que una empresa prudente y razonable debe llevar a cabo, a la luz de sus circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos.¹⁵

Entre los principios 17 a 22, los PREDH desarrollan este deber de proceder con debida diligencia, a cargo de las empresas. Este deber implica que las empresas deben “identificar, prevenir, mitigar y responder por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”. Deben realizar una evaluación del impacto real y potencial de sus actividades sobre los derechos humanos, establecer su actuación al respecto, sacar e integrar conclusiones y establecer un seguimiento y comunicación de las respuestas llevadas adelante.

En esta línea, analizando el tercer aspecto, debe tenerse en cuenta que los impactos potenciales requerirán medidas de prevención o mitigación; sin embargo, los impactos reales deben ser reparados. Esta situación no implica necesariamente que la empresa haya obrado mal, sino que es posible que, aun en el caso de que una empresa cuente con las mejores políticas y procedimientos, puede provocar o contribuir a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos.

Asimismo, más allá de las garantías que cada Estado debería aplicar - judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo – las empresas deberían implementar mecanismos de reclamación a nivel operacional que estén a

¹⁵ ONU (2012), Guía para la Interpretación - “La Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos” – HR/PUB/12/2, Naciones Unidas, p. 7.

disposición de las personas y las comunidades que sufran las consecuencias negativas (principios 22, 25 y 29). Las medidas de reparación se dispondrán de acuerdo con las características especiales de cada situación, abarcando: pedido de disculpas, la adopción de medidas de no repetición, indemnizaciones por los daños causados (económicas o de otro tipo), el cese de una actividad o relación comercial o alguna otra forma acordada por las partes¹⁶.

Como podemos ver, los PREDH introdujeron estándares internacionales que han variado la tendencia respecto de la gestión empresarial. Ya no alcanza con que las empresas lleven una política de Responsabilidad Social Empresarial, a través de comités, sino que deben respetar los derechos humanos. Algunos pocos Estados han receptado el estándar de la debida diligencia en leyes nacionales o han adoptado programas nacionales de acción en materia de empresas y derechos humanos.

En este marco, los PREDH han sido receptados por algunos Estados en las llamadas leyes de transparencia o divulgación y en leyes de debida diligencia obligatoria. Bernaz destaca que estas leyes “buscan establecer alguna forma de responsabilidad por las operaciones globales de las empresas, incluso cuando establecen filiales en diferentes países y/o cuando tienen cadenas de suministro transnacionales” (BERNAZ, 2022: p.2).

Como ejemplo de ley de transparencia, Bernaz menciona a la ley de esclavitud moderna del Reino Unido de 2015, que en su art. 54 señala que las empresas que tienen una facturación anual mayor a 36 millones de libras esterlinas deben realizar una declaración anual que describa las medidas que han tomado para asegurarse que no hay esclavitud moderna en sus operaciones y cadenas de suministro (BERNAZ, 2022: p.3). Dicho artículo señala la forma y contenido de la declaración¹⁷.

Por su parte, las leyes de debida diligencia dan un paso más. Por ejemplo, la ley francesa de debida diligencia exige la implementación y publicación de un plan de vigilancia por parte de las empresas en materia de derechos humanos,

¹⁶ ONU (2012), Guía para la Interpretación - “La Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos” – HR/PUB/12/2, Naciones Unidas, p. 79.

¹⁷ Véase, ley de esclavitud moderna del Reino Unido de 2015, disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/section/54>

que de no realizarse habilitan la vía judicial y las sanciones financieras (BERNAZ, 2022: p. 3).

Sin embargo, el interrogante que se plantea es si los PREDH son de cumplimiento obligatorio para las empresas. Alzari, se inclina por la negativa, pero sostiene que la respuesta es confusa, no podemos considerarlos de aplicación obligatoria, pero tampoco son abiertamente voluntarios, ubicándose en un “gris” característico de las ciencias sociales y de la transversalidad del enfoque de derechos humanos (ALZARI, 2022: p. 4).

Esto se debe a que, si bien las víctimas no tienen en el orden internacional una instancia para reclamar de manera directa contra una empresa, existe en el último tiempo, cierta tendencia a reconocer la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos. Siguiendo esta línea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en Adelante, Comité DESC) ha señalado que “las empresas deben respetar los derechos enunciados en el Pacto, independientemente de si existe legislación interna y si esta se aplica plenamente en la práctica”¹⁸.

Además, subsiste, y con buena práctica, la opción de demandar en instancia internacional al Estado para atribuirle los actos de una empresa, atribuyéndole responsabilidad internacional (COLMEGNA, 2021: p. 352 y 353). En el Sistema Interamericano, la Corte IDH ha establecido desde sus primeros casos que la conducta de particulares puede hacer surgir la responsabilidad internacional de los Estados, más allá de que el hecho ilícito no sea imputable directamente al Estado. La responsabilidad del Estado en estos casos, no se da por el hecho en sí mismo, sino por la falta de debida diligencia del Estado en la prevención de la violación¹⁹. De este modo, ante violaciones a normas internacionales cometidas por empresas, las víctimas han acudido a lo que se ha denominado: “vía indirecta” (COLMEGNA, 2021: p. 360), esto es, a través de normas que regulan la responsabilidad del Estado.

¹⁸ Comité DESC. Observación General No. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de actividades empresariales, 10 de agosto de 2017, párr. 5.

¹⁹ Corte IDH caso “Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 172 y Corte IDH, Caso “Godínez Cruz Vs. Honduras”. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5., párr. 182.

II. Jurisprudencia de la Corte IDH

En este marco, la Corte IDH ha receptado a los PREDH en su jurisprudencia con el fin de darles fuerza normativa y a pesar de no ser vinculantes. Lo ha realizado partiendo de su jurisprudencia que le atribuye responsabilidad al Estado por hechos de terceros. Los Estados tienen el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros, incluidas las empresas privadas, vulneren los bienes jurídicos protegidos. Sin perjuicio de ello, no se agota la obligación del Estado en el deber de prevenir, sino que, producida una violación, éste tiene el deber de investigar, castigar y reparar los abusos cometidos por agentes privados²⁰.

Por demás, ha aprovechado la oportunidad para en algunos casos señalar la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, siempre bajo el paraguas del deber de proteger los derechos humanos a cargo de los Estados, responsables últimos de hacer efectivos los derechos y libertades establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH).

La Corte IDH ha precisado y reconocido que de la “obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes)”²¹. Así, los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares respecto de otros particulares. Esto nos lleva a señalar que el Estado puede ser responsable internacionalmente por la violación de derechos humanos ocasionada por actos cometidos por una empresa privada. Sin embargo, la Corte IDH también ha puntualizado que deberán evaluarse las circunstancias en cada caso en particular, puesto que no toda violación a los derechos humanos cometida por particulares puede ser atribuida al Estado. Por ello, ha aclarado reiteradamente que “el carácter erga

²⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, HR/PUB/11/04, 2011, principio 1.

²¹ Corte IDH. Condición jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 140 y 141.

omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica su responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto de particulares”²².

Veremos, entonces, algunos casos en donde la Corte IDH estableció la responsabilidad internacional del Estado por actos cometidos por empresas privadas, en violación de la CADH.

i. Consulta libre, previa e informada y mecanismos generales de participación

El primer caso en donde la Corte IDH fundamentó utilizando los PREDH es en el caso “Kaliña y Lokono Vs. Surinam” de 2015, frente a actividades mineras llevadas a cabo por empresas privadas que afectaron el medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas. Especialmente, consideró el incumplimiento de la evaluación previa de impacto ambiental y social. A fin de garantizar el derecho a la participación efectiva de las comunidades indígenas y tribales, consagrado en el art. 23 de la CADH, la Corte IDH entiende que el Estado tenía el deber de implementar un proceso de consulta a las comunidades, mediante “entidades independientes y técnicamente capaces” (como bien podría ser una empresa privada), previo al inicio de las actividades extractivas o de explotación minera, cuestión que no se realizó en este caso.

Al respecto, el Comité DESC y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) coinciden en que tanto los Estados como las empresas deben respetar el principio de consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas. Los Estados deben asegurar espacios de participación para todos aquellos que puedan verse afectados en sus derechos y libertades fundamentales como consecuencia de actividades empresariales²³. Las empresas, por su parte, en ejercicio de su deber de debida diligencia, deben “celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas a fin de

²² Véase, por ejemplo, Corte IDH. Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C no. 439, párr. 83. También, véase, Corte IDH, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Voto Ferrer Mac Gregor, Sentencia de 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407, párr. 7.

²³ CIDH, *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Informe preparado por la REDESCA. OEA/Ser.L/V/II/CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, párr. 49.

obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de iniciar actividades”²⁴. Como surge del principio 18 de los PREDH, las empresas deben realizar consultas a los grupos potencialmente afectados a fin de identificar y evaluar los riesgos que sus actividades o relaciones comerciales pueden provocar en el disfrute de los derechos humanos²⁵.

La Corte IDH, en el caso, tomó nota de los PREDH y se limitó señalar la responsabilidad del Estado, frente actos de terceros:

Los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.²⁶

Asimismo, en la Opinión Consultiva n° 23/17, la Corte IDH volvió a hacer referencia a los PREDH al tratar las obligaciones de prevención que tienen los Estados ante posibles daños al medio ambiente que puedan vulnerar los derechos a la integridad personal y a la vida. Entre estas obligaciones de prevención, la Corte IDH menciona los PREDH al referirse a la obligación del Estado de supervisar y fiscalizar las actividades que pudieran causar daños significativos al medio ambiente. Además, en línea con el estándar de la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, señaló que las empresas también deben “actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables

²⁴ Comité DESC. Observación General No. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de actividades empresariales, 10 de agosto de 2017, párr. 17.

²⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”, HR/PUB/11/04, 2011, principio 18 y p. 22.

²⁶ Corte IDH, caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 224.

por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”²⁷.

ii. Servicios públicos esenciales prestados por agentes privados.

Una de las primeras aproximaciones a la temática la encontramos en los casos: “Suárez Peralta Vs. Ecuador”, “Ximenes Lopes Vs. Brasil”, “Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador” y “Gonzalez LLuy Vs. Ecuador”, en donde la Corte IDH tiene dicho que aun cuando el servicio de salud lo ejerza una entidad privada, el Estado mantiene su deber de supervisar y fiscalizar. La obligación de proveer servicios públicos y de proteger el bien público: la salud, es mantenida por el Estado, ya sea que la atención de la salud sea pública, caso en que el Estado presta el servicio directamente a la población, o de iniciativa privada, caso en que la prestación del servicio es complementaria a la pública, a través de convenios o contratos bajo el auspicio del Estado²⁸.

En este sentido, la Corte IDH señaló, expresamente, en “Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador” que:

Quando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de un hospital privado), la responsabilidad resulta por la omisión en el cumplimiento del deber de supervisar la prestación del servicio para proteger el bien respectivo.²⁹

²⁷ Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 155.

²⁸ Véase: Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párr. 94 a 95; Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 118 a 121; Caso Suarez Peralta Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C No. 261, párr. 149 a 153; y Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 184 a 185.

²⁹ Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 119. Véase, a su vez, Suarez Peralta Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C No. 261, párr. 150; y Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones

En cuanto a la aplicación de los PREDH y la responsabilidad del Estado por la supervisión de entidades privadas de salud que cumplen una función pública, como es la prestación del servicio de salud, la Corte IDH trata la cuestión por primera vez en el caso “Vera Rojas Vs. Chile”.

En 2007, cuando tenía un año, la niña Martina Vera Rojas fue diagnosticada con el “Síndrome de Leigh”, enfermedad neurológica progresiva que produce graves afectaciones a las capacidades físicas y mentales. Ese mismo año, su padre contrató con una aseguradora de salud, Isapre MásVida, un seguro de salud con una cobertura especial para “enfermedades catastróficas”, lo que le permitía recibir una hospitalización domiciliaria a través de la empresa *Clinical Service*.

Sin embargo, tres años después, la aseguradora les comunica a sus padres la finalización de la hospitalización domiciliaria, debido a una circular de la Superintendencia de Salud que permitía esta exclusión. Iniciadas acciones judiciales y administrativas por los padres de Martina, las contiendas finalizan con el rechazo de la Corte Suprema, la cual entendió que la aseguradora privada no actuó en forma arbitraria, sino conforme a la ley vigente.

Por otra parte, ante la negativa de la Corte Suprema, la familia opta por solicitar una petición de arbitraje ante la Superintendencia de Salud. La jueza árbitro hace lugar a los reclamos de la familia, resolviendo la reinstalación de la hospitalización domiciliaria de Martina. No obstante, los reclamos de la familia ante la aseguradora y la Superintendencia de Salud continuaron debido a la falta de medicamentos y de especialistas, retrasos, entre otras fallas, y la incertidumbre de que se continúe con la atención médica. Por ello, es que la familia recurre al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, procedimiento que finaliza con la sentencia de la Corte IDH que condena a Chile por la violación del derecho a la vida, a la integridad personal, derechos del niño y DESCAs, en relación los arts. 1.1 y 2 de la CADH.

La Corte IDH nos recuerda la vinculación entre el derecho a la integridad personal, a la vida y a la salud, por lo que la falta de atención adecuada podría

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 184.

ocasionar la vulneración de los arts. 4, 5 y 26 de la CADH. Máxime, en el caso en cuestión, en donde se provocó una fuerte regresión en la atención médica, en detrimento de los principios de progresividad y no regresividad.

En este sentido, la Corte IDH señala:

Dado que la salud es un bien público, cuya protección está a cargo del Estado, éste tiene la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud. De esta forma, los Estados tienen el deber de regular y fiscalizar toda la asistencia de salud prestada a las personas bajo su jurisdicción, como deber especial de protección a la vida y la integridad personal, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado. La obligación del Estado no se agota en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca a toda y cualquier institución en salud.³⁰

Como se desprende del párrafo anterior, cuando el servicio de salud es privado, subsiste una obligación del Estado de regular y fiscalizar la actividad de las empresas. Esta obligación se desprende de la obligación de garantizar los derechos humanos, que no debe entenderse como únicamente una obligación entre los agentes estatales y las personas sujetas a su jurisdicción, sino que, como ya se ha mencionado, incluye, a su vez, el deber de “prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos”³¹, así como también investigar, castigar y reparar las violaciones que pudieran ocurrir³².

Recordemos, también, que el principio 5 de los PREDH señala que los Estados no renuncian a sus obligaciones internacionales por privatizar la prestación de servicios que pueden tener cierto impacto en los derechos humanos.

³⁰ Corte IDH. Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C no. 439, párr. 89.

³¹ Corte IDH. Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C no. 439, párr. 83.

³² Corte IDH. Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C no. 439, párr. 85.

iii. Los derechos humanos de los trabajadores y responsabilidad empresarial.

Teahan analiza que una empresa debe (en sentido moral) cuidar, en materia de derechos humanos: a sus clientes, a sus empleados y a la comunidad en general (TEAHAN, 2019: p. 679). Las empresas deben ocuparse de que las condiciones de empleo cumplan con los derechos humanos en toda la cadena de suministro y evitar la discriminación por parte de empleadores y otros participantes (TEAHAN, 2019: p. 682).

Con relación a las condiciones de empleo, las violaciones más extremas se producen en casos de esclavitud moderna, trabajo forzoso, trato cruel, inhumano o degradante y otros crímenes contra la humanidad.

En el caso “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil” de 2016, la Corte IDH, por primera vez, condena a un Estado parte por la violación del art. 6 de la CADH, que establece la prohibición de la esclavitud y la servidumbre. En Brasil, han existido causas estructurales que provocaron, pese a su abolición legal, la continuación del trabajo esclavo en haciendas de empresas privadas o empresas familiares poseedores de grandes extensiones de terreno. Las autoridades estatales que debían ejercer el control, por el contrario, se aliaron en muchos casos con los hacendados³³.

Además, aborda el vínculo entre pobreza y derechos humanos de manera directa, destacando que las personas que viven en situaciones de pobreza pueden ser objeto de discriminación por la propia pobreza, considerando esta situación como una de las causales de la prohibición de discriminar dentro del término: “posición económica” establecido en el art. 1.1. de la CADH³⁴, cuestión que reiterará en el caso “Empleados de la Fábrica de Fuegos Artificiales de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil” de 2020.

³³ Corte IDH, caso Trabajadores de la Hacienda verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016, serie C, nro. 318, párr. 111.

³⁴ Corte IDH, caso Trabajadores de la Hacienda verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 23.

La Corte IDH evita destacar los deberes de las empresas, pero sí destaca que los Estados tienen el deber de impedir que sus agentes y terceros particulares atenten contra la prohibición a no ser sometido a esclavitud. Citando al pie de página a los PREDH, la Corte IDH señala que “es importante que el Estado adopte medidas para desalentar la demanda que alimenta la explotación del trabajo, tanto a través de trabajo forzoso, como de servidumbre y esclavitud”³⁵.

Por su parte, en el mencionado caso “Empleados de la Fábrica de Fuegos Artificiales de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil”, la Corte IDH da un paso más en la relación entre empresas y derechos humanos. Se trataba de una fábrica privada de fuegos artificiales de Santo Antônio de Jesus en donde trabajaban, en su mayoría, mujeres, niños y niñas, sin ningún control, medidas de seguridad, capacitación, etc. El 11 de diciembre de 1998 se produce una explosión en donde mueren 60 personas, de las cuales 59 eran mujeres (entre ellas diecinueve niñas) y la restante era un niño. Todas ellas se encontraban en una situación de discriminación estructural por su condición de pobreza, pero, además, confluían distintas desventajas estructurales, económicas y sociales (se trataba en general de mujeres afrodescendientes, algunas de ellas embarazadas, niñas, niñas embarazadas y niños), que impactaron negativamente en las víctimas, configurando una “discriminación inter-seccional”³⁶.

Esta situación de pobreza y discriminación inter-seccional que sufrían las víctimas, señala la Corte IDH:

- (i) Facilitó la instalación y funcionamiento de una fábrica dedicada a una actividad especialmente peligrosa, sin fiscalización ni de la actividad peligrosa, ni de las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo por parte del Estado; y (ii) llevó a las presuntas víctimas a aceptar un trabajo que ponía en riesgo su vida e integridad y la de sus hijas e hijos menores de edad. Además, (iii) el Estado no adoptó medidas dirigidas a garantizar la igualdad material en el

³⁵ Corte IDH, caso Trabajadores de la Hacienda verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016, serie C, nro. 318, párr. 319

³⁶ Corte IDH, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407, párr. 190 y 191.

derecho al trabajo respecto de un grupo de mujeres en situación de marginación y discriminación. Esta situación implica que, en el presente caso, no se garantizó el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias sin discriminación, así como el derecho a la igualdad previstos en los artículos 24 y 26, en relación con el artículo 1.1 de la Convención.³⁷

Entre las reparaciones que impuso la Corte IDH al Estado, se destacan las garantías de no repetición que hacen plena alusión a la necesidad de que el Estado brasileño adopte medidas necesarias para prevenir y erradicar el trabajo infantil y que se cumplan las obligaciones de fiscalización e inspección de empresas que realizan actividades peligrosas. A dichos fines, la Corte IDH ordena al Estado a que informe respecto de la implementación y aplicación de las directrices Nacionales sobre empresas y Derechos Humanos. Especialmente, deberá informar respecto de la promoción y el apoyo de medidas de inclusión y no discriminación mediante la creación de programas de incentivo para la contratación de grupos vulnerables; y la implementación por parte de las empresas de actividades educativas en materia de derechos humanos y la difusión de legislación nacional y parámetros internacionales³⁸.

Por su parte, Ferrer Mac Gregor es quien, en su voto razonado, desarrolla más exhaustivamente la aplicación de los PREDH, señalando que el Estado puede ser responsable internacionalmente por la violación de derechos humanos ocasionada por actos cometidos por una empresa privada, cuando el Estado falta a su obligación positiva de fiscalizar y supervisar las actividades empresariales que, en este caso, eran de alto riesgo para sus empleados. Esta omisión estatal produce la responsabilidad internacional del Estado por vulnerar el derecho a la vida, a la integridad personal, al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias y los derechos de niñas y niños. Destaca Ferrer Mac Gregor que,

³⁷ Corte IDH, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407, párr. 203.

³⁸ Corte IDH, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407, párr. 291.

en este caso, los PREDH deben interpretarse en concordancia con los arts. 1.1 y 2 de la CADH y otros instrumentos internacionales³⁹.

Por último, Ferrer Mac Gregor, pone el foco de atención en la omisión del Estado de garantizar de manera preventiva los derechos humanos. Este deber de prevenir implica una obligación de medio, por lo que el Estado no resulta responsable ante el mero hecho de que exista una violación a un derecho. Sin embargo, los Estados deben, tal como surge del art. 2 de la CADH, adoptar medidas con el fin de prevenir posibles violaciones a los derechos humanos, no bastando con las medidas legislativas de regulación y adecuación del ordenamiento interno a la CADH, sino que es necesario hacer efectivas tales medidas, por lo que es exigible un aparato institucional que, en la práctica, materialice lo regulado. Por ejemplo, fiscalizando, supervisando o inspeccionando el actuar de los entes particulares y empresas privadas⁴⁰.

El desarrollo de la cuestión continúa con el caso “Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras” de 2021, en donde el Estado es condenado por violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, y derechos de los niños y niñas. Los Miskitos son un pueblo indígena que comparten el territorio fronterizo de Honduras y Nicaragua y se encuentran en una situación de discriminación estructural e interseccional, siendo sus únicos medios de subsistencia: el trabajo agrícola, la pesca artesanal y el trabajo asalariado como buzos para pesca de langosta y camarón. Distintas compañías pesqueras explotan la pesca de langosta y camarón por medio del buceo, actividades que se desarrollan al margen de la ley laboral vigente en estos Estados y sin los medios preventivos necesarios, que podrían evitar accidentes, enfermedades y discapacidades. De los hechos alegados, la Corte IDH constató que varios buzos sufrieron accidentes que les generaron el síndrome de descompresión u otras enfermedades y discapacidades relacionadas con su actividad de buceo; un

³⁹ Corte IDH, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Voto Ferrer Mac Gregor, Sentencia de 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407, párr. 10.

⁴⁰ Corte IDH, caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Voto Ferrer Mac Gregor, Sentencia de 15 de julio de 2020, serie C, nro. 407, párrs. 16 a 23.

incendio en una embarcación que produjo la muerte de quienes viajaban a bordo y el abandono de un niño en una embarcación, de quién se desconoce su paradero.

Ahora bien, la Corte IDH, al comenzar su tratamiento de las cuestiones de fondo, introduce como consideración preliminar: “la responsabilidad de las empresas respecto de los derechos humanos”, haciendo alusión expresa a los PREDH y estableciendo sus alcances. Entre los párrafos 42 y 45, la Corte IDH hace alusión a cuestiones ya señaladas, es decir, a la obligación de garantía de los Estados, la cual se proyecta más allá de la relación entre los agentes públicos estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando los deberes de prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos humanos, incluyendo las vulneraciones a los bienes jurídicos que provengan de terceros en la esfera privada, como las producidas por empresas privadas.

Empero, entre los párrafos 46 a 52 analiza ciertas obligaciones que surgen de los PREDH y se relación con el caso. En primer lugar, nos va a remarcar lo obvio, aunque cabe la aclaración, esto es, que la Corte IDH no tiene competencia para determinar la responsabilidad individual de los particulares, sino que le corresponde a ésta establecer si los Estados son responsables por la violación a los derechos humanos reconocidos en la CADH. Así, señaló que los Estados tienen el deber de “regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades peligrosas por parte de empresas privadas que impliquen riesgos significativos para la vida e integridad de las personas sometidas a su jurisdicción”⁴¹.

Seguidamente, La Corte IDH destaca y transcribe los tres pilares de los PREDH. Señala que, en el marco de las obligaciones de garantía y de adoptar disposiciones, que surge de los arts. 1.1 y 2 de la CADH, los Estados se encuentran obligados a reglamentar que las empresas adopten acciones dirigidas a respetar los derechos humanos y medidas dirigidas a subsanar las violaciones que pudieran ocurrir. Además, en línea con los PREDH, resalta que la responsabilidad empresarial es aplicable con independencia del tamaño o

⁴¹ Corte IDH. Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 46.

sector, sin perjuicio de que la legislación puede establecer diferencias, en virtud de la actividad o el riesgo que conlleva para los derechos humanos.

A pesar de que la obligación última de garantía está a cargo del Estado, la Corte IDH establece que las medidas que se tomen deben tender a que las empresas cuenten con:

a) políticas apropiadas para la protección de los derechos humanos; b) procesos de diligencia debida para la identificación, prevención y corrección de violaciones a los derechos humanos, así como para garantizar el trabajo digno y decente; y c) procesos que permitan a la empresa reparar las violaciones a derechos humanos que ocurran con motivo de las actividades que realicen, especialmente cuando estas afectan a personas que viven en situación de pobreza o pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad.⁴²

Asimismo, según la Corte IDH, las empresas deberán incorporar prácticas de buen gobierno corporativo en materia de derechos humanos, promover la participación de todos los interesados y la reparación a las personas afectadas. No obstante, la regulación de la actividad empresarial no conlleva a que las empresas garanticen resultados, sino que deben establecer un marco de actuación, de evaluaciones continuas y mitigación de riesgos causados por sus actividades, según sus recursos y posibilidades.

Por último, en consonancia con el estándar de debida diligencia a cargo de las empresas, la Corte IDH señala que las empresas:

Son las primeras encargadas de tener un comportamiento responsable en las actividades que realicen, pues su participación activa resulta fundamental para el respeto y la vigencia de los derechos humanos. Las empresas deben adoptar, por su cuenta, medidas preventivas para la protección de los derechos humanos de sus trabajadoras y trabajadores, así como aquellas dirigidas a

⁴² Corte IDH. Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 49.

evitar que sus actividades tengan impactos negativos en las comunidades en que se desarrollen o en el medio ambiente.⁴³

iv. Los derechos humanos de los clientes y responsabilidad empresarial.

En la relación cliente-empresa, debe prestarse atención a tres áreas. Una primera relacionada con que los productos y servicios brindados por las empresas no deben violar los derechos de sus clientes. La segunda, está relacionada con el principio de igualdad y no discriminación, por lo que las empresas no deben discriminar a clientes o potenciales clientes. La tercera, se relaciona con que no debe privarse a los clientes o potenciales clientes de sus derechos humanos (TEAHAN, 2019: p. 679).

En el caso “Olivera Fuentes Vs. Perú” de 2023, la Corte IDH aplica los PREDH frente a la vulneración de los derechos humanos de clientes, por discriminación en su identidad de género y sexual y en el marco de una relación de consumo. Además, la Corte IDH ha identificado este derecho con la libertad, autonomía, dignidad y privacidad⁴⁴.

El señor Olivera fuentes se encontraba con su pareja del mismo sexo en la cafetería “Dulces y Salados” del Supermercado “Santa Isabel de San Miguel”, Lima, Perú. Ante demostraciones de afecto (“caricias, abrazos y besos”), una encargada les solicitó que cesaran con sus conductas o se retiraran del local, toda vez que otros clientes se habrían sentido incomodados. Olivera fuentes hizo la correspondiente denuncia ante el organismo de protección del consumidor pertinente (INDECOPI) por trato discriminatorio debido a su orientación sexual. Dicha denuncia fue rechazada por varias razones, en donde se destaca la tutela e interés superior que merecen niñas y niños.

Cabe recordar, al respecto, que la Corte IDH tiene dicho que, si bien la protección superior de niños y niñas es un fin legítimo e imperioso, “no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación

⁴³ Corte IDH. Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) Vs. Honduras. Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C No. 432, párr. 51.

⁴⁴ Véase, Corte IDH. Caso “Olivera Fuentes Vs. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04 de febrero de 2023. Serie C No. 484. Párr. 92.

sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños”⁴⁵.

En este mismo sentido, en las Opiniones Consultivas n° 24 y 27, la Corte IDH asegura, respecto de la comunidad LGBTIQ+, que:

Está proscrita por este instrumento interamericano cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género.⁴⁶

Ahora bien, con respecto a los PREDH, la Corte IDH trata la cuestión directamente en un título aparte al analizar el fondo del asunto y los relaciona con los estándares de igualdad y no discriminación por la orientación sexual, identidad de género y expresión de género. Esta cuestión resulta interesante, ya que analiza y relaciona ambas temáticas. Luego de recordarnos su entendimiento amplio respecto de la obligación de garantía a cargo de los Estados, frente a hechos de terceros, puntualiza que, además, “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”. Los Estados deben adoptar medidas positivas con el fin de revertir las discriminaciones existentes, sobre todo respecto de determinados grupos, lo que incluye un deber especial de protección frente a las actuaciones o prácticas de

⁴⁵ Corte IDH. “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 111.

⁴⁶ Corte IDH. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. Opinión Consultiva OC-27/21, 5 de mayo de 2021, Serie A No. 27, párr. 78. Véase, además, Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 78.

terceros, “que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”⁴⁷.

Seguidamente, la Corte IDH, al igual que en el caso “Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras”, pone de relieve a los tres pilares de los PREDH y resalta que son las empresas las primeras encargadas de tener un comportamiento responsable en las actividades que realicen, toda vez que su participación es fundamental para el respeto y vigencia de los derechos humanos. Señala la Corte IDH que, si bien el Estado debe regular y adoptar todas las medidas a su alcance con el fin de evitar que empresas privadas vulneren los derechos humanos, y, caso contrario, reparar, son las empresas las que deben adoptar internamente las medidas.

En el mismo sentido se manifiesta la Corte IDH respecto de la obligación de eliminar todo tipo de prácticas y actitudes discriminatorias arraigadas en la sociedad y alcanzar una igualdad real o material. Aun cuando el Estado está obligado a desarrollar políticas adecuadas en ese sentido (“reglamentación, monitoreo y fiscalización”), no solo los Estados tienen un papel importante en esta cuestión, sino que es necesario que se implique a toda la sociedad, especialmente al sector empresarial. Expresamente, indica la Corte IDH que:

Dicho sector tiene no solo la posibilidad, sino también la responsabilidad de fomentar un cambio positivo para la comunidad LGBTIQ+, lo cual implica la necesidad por parte de las empresas de asumir su responsabilidad de respetar los derechos de personas LGBTIQ+, no sólo en el contexto laboral, sino también en sus relaciones comerciales a través de la oferta de productos o servicios.

Con el fin de especificar qué medidas pueden llevarse adelante tanto por empresas y Estados, frente a la discriminación que sufre la comunidad LGBTIQ+, la Corte IDH recurre a los “principios de Yogyakarta”⁴⁸ y a las “Normas de

⁴⁷ Corte IDH. Caso “Olivera Fuentes Vs. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04 de febrero de 2023. Serie C No. 484. Párr. 96.

⁴⁸ Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, marzo 2007, Principio 2.f.

conducta para las empresas contra la Discriminación de las Personas LGBTI”⁴⁹. Así, refiere que los Estados deben adoptar medidas positivas para eliminar prácticas prejuiciosas o discriminatorias en las empresas y en sus relaciones comerciales, ya sea respecto de sus empleados, proveedores y distribuidores, sus clientes o la comunidad en general, entre ellas, destaca los programas de educación y capacitación⁵⁰. Por su parte, las empresas deben proveer apoyo a su personal LGBTIQ+, contribuir a eliminar abusos en las comunidades de manera pública, asegurarse de que no discriminan a los proveedores y distribuidores LGBTIQ+, ni clientes LGBTIQ+, hacer frente a problemas de violencia, acoso, intimidación, malos tratos, entre otros⁵¹.

III. Conclusión

La temática: empresas y derechos humanos, aún incipiente en su desarrollo y aplicación, tanto en el ámbito nacional como internacional, es una derivación de la globalización del derecho y de la expansión del derecho internacional por sobre el derecho nacional. Los PREDH son un intento de que las empresas privadas asuman un orden de conducta mundial en materia de derechos humanos, dondequiera que operen. La estructura policéntrica de los PREDH nos deja vislumbrar que la responsabilidad de las empresas debe existir con independencia de las obligaciones de los Estados.

Ante la enorme cantidad de empresas que se aprovechan de la falta de regulación, corrupción y crisis en los Estados, la ONU, por medio de los PREDH, busca animar a las empresas a que tomen medidas activas con el fin de prevenir o mitigar los efectos perjudiciales sobre los derechos humanos, provocados por sus operaciones comerciales, productos o servicios. La tarea no es fácil, ya que los PREDH carecen de efectos vinculantes y deben ser implementados respecto de empresas con características y actividades diversas y respecto de una gran

⁴⁹ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Hacer frente a la discriminación contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales*, Normas de conducta para las empresas contra la Discriminación de las Personas LGBTI, accesible en: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/04/Principios-mundiales-para-las-empresas.pdf>.

⁵⁰ Véase, Corte IDH. Caso “Olivera Fuentes Vs. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04 de febrero de 2023. Serie C No. 484. Párr. 101 y 102.

⁵¹ Corte IDH. Caso “Olivera Fuentes Vs. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 04 de febrero de 2023. Serie C No. 484. Párr. 103.

cantidad de derechos humanos. Por otra parte, al ser derecho blando, no existe una instancia internacional a la cual las víctimas puedan acudir de manera directa ante violaciones a los derechos humanos por parte de empresas.

Sin perjuicio de ello, la actuación de las empresas puede hacer surgir la responsabilidad internacional de los Estados, como ha sucedido en varios casos de la Corte IDH, ante el incumplimiento de los Estados en sus deberes de prevenir, investigar y sancionar toda violación que provenga de terceros en la esfera privada. De la misma manera, la Corte IDH, no ha dudado en utilizar los PREDH para señalar que las empresas son las primeras encargadas en tener un comportamiento responsable en las actividades que realicen, pues son instituciones fundamentales para el respeto y vigencia de los derechos humanos. Este comportamiento responsable implica, a su vez, la adopción, por su cuenta, de medidas preventivas para la protección de los derechos humanos de sus clientes, empleados y de la comunidad en general que pueda verse afectada.

Como puede verse de la jurisprudencia reseñada, la Corte IDH ha intentado darle fuerza normativa a los PREDH, aunque en la mayoría de los casos lo hizo desde una visión “Estado – céntrica clásica” (SMART, 2023: p.6). En general, la Corte IDH orientó su razonamiento en el pilar I de los PREDH, es decir, respecto de las obligaciones de los Estados de proteger los derechos humanos ante violaciones cometidas por empresas privadas. En este sentido, detalló los alcances de las obligaciones que conciernen a los Estados frente a actividades de empresas que puedan violar los derechos humanos.

De todos modos, en los últimos casos: “Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras” y “Olivera Fuentes Vs. Perú”, la Corte IDH nos dice algo más respecto del segundo pilar de los PREDH, esto es, de la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos, y detalla qué medidas podrán tomar las empresas.

Por el momento, los PREDH implican una mera exhortación para que las empresas eviten que sus actividades provoquen impactos negativos en los derechos humanos y realicen reparaciones si estos impactos se produjesen, incluso cuando no existan leyes que lo exijan. De la misma manera, repara en las obligaciones a cargo de los Estados en la materia. Si bien estamos ante un

avance importante, las obligaciones a cargo de las empresas todavía no están del todo claras y su cumplimiento tampoco, por lo que es indispensable que los Estados hagan suyos los PREDH y regulen la cuestión.

IV. Bibliografía

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2017) *Hacer frente a la discriminación contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales, Normas de conducta para las empresas contra la Discriminación de las Personas LGBTI*, accesible en: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/04/Principios-mundiales-para-las-empresas.pdf>.

ALZARI M. J. (2022). *Empresas y Derechos Humanos. Enfoque de gestión “obligatorio o voluntario” para las empresas*. TR LALEY AR/DOC/752/2022. Thomson Reuters. La Ley Next.

BAUMAN, Z. (2007). *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Buenos Aires: Tusquets editores.

—(2011). *En busca de la política*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

BERNAZ, N. (2022). *Debida diligencia obligatoria en derechos humanos y ambiente. Tendencias y lecciones desde Europa*. TR LALEY AR/DOC/751/2022. Thomson Reuters. La Ley Next.

BIDART CAMPOS, G. J. (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Accesible en:

<http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/9888>

COLMEGNA, P. D. (2021), *Reflexiones en torno a la responsabilidad internacional del Estado por actos de empresas: una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos*. Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja, Número 27, diciembre 2021 – mayo 2022, pp. 351-390.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1 de noviembre de 2019) *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Informe preparado por la REDESCA. Accesible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>

Comisión de Derecho Internacional. *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional*. A/CN. 4/L. 682, 2006.

CUFRE, D., RASKOVSKY, R., LASCANO, S. & BOTERO, S., (2020). *Autorregulación*. En BÖHM M. L. (Dir.). *Empresas transnacionales, recursos naturales y conflicto en américa Latina. Para una visibilización de la violencia invisible*. (pp. 46 – 59). Proyecto DECyT 2016-2018 (DCT 1606). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Secretaría de Investigación. Accesible en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/pdf/empresas-transnacionales.pdf>

FERRAJOLI, L. (2010). *Democracia y garantismo*, Madrid: Editorial Trotta.

GIALDINO, R. E. (2012). *Estados, Empresas y Derechos Humanos*, TR LALEY AR/DOC/2238/2012. Thomson Reuters. La Ley Next.

HERENCIA-CARRASCO, S. & GILLESPIE, K. (28 de enero de 2022). *El régimen de empresas y derechos humanos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Análisis del 2021 y perspectivas para el 2022*. Agenda Estado de Derecho. 2022/28/01. Accesible en: <https://agendaestadodederecho.com/el-regimen-de-empresas-y-derechos-humanos-en-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos/>

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. & BORETTO, M. (2017). *Manual de Derecho Privado*, tomo I, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

MANILI, P. L. (2012). *La responsabilidad de sujetos no estatales por violaciones a los derechos humanos*. Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas. Vol. 10, Nº 9, pp. 17-36. Accesible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5157779>

MANILI, P. L. (2016). *Constitucionalismo social*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

ONU (2012), *Guía para la Interpretación - “La Responsabilidad de las Empresas de Respetar los Derechos Humanos”* – HR/PUB/12/2, Naciones Unidas. Accesible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR.PUB.12.2.sp.pdf>

PINTO, M. (2020). *El derecho internacional consuetudinario, las empresas y los derechos humanos*. TR LALEY AR/DOC/1134/2020. Thomson Reuters. La Ley Next.

PISSARELLO, G. (2012). *Un largo Termidor, historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho constitucional. Accesible en: http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/site/image/common/libros/Un_largo_Termidor.pdf

PIZZOLO, C. (a. 2016). *Diálogo o monólogo: La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad. El caso Argentino*. Revista Interamericana y Europea de derechos humanos. Vol. 9, No. 1. Accesible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35935.pdf>

PIZZOLO, C. (b. 2016). *Soberanía, Estado y Globalización*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Accesible en: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/35186>

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

RODRIGUEZ GARAVITO, C. (2018). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. Accesible en: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2018/03/Empresas-y-Derechos-humanos-Versio%CC%81n-final-para-WEB.pdf>

SIMON CAMPAÑA, F. (2007). *Globalización, pluralismo jurídico y derechos humanos*. Iuris Dictio, 7(10). Accesible en: <https://doi.org/10.18272/iu.v7i10.655>

SMART, S. (2023). *Derecho a la salud. Prestadores privados. Discapacidad. Corte IDH. Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de octubre de 2021. Serie C No. 439*. Revista Debates Sobre Derechos Humanos, (6), pp.117-127. Accesible en: <https://publicaciones.unpaz.edu.ar/OJS/index.php/debatesddhh/article/view/1430/1340>

TEAHAN, M. (2019) *Las empresas y los derechos humanos* en J. A. Travieso (director), *Derecho Humanos y Garantías. Bases para su estudio y análisis* (pp. 677 a 687). Buenos Aires: elDial.com.

TRAVIESO, J. A. (2019). *Derecho Humanos y Garantías. Bases para su estudio y análisis*. Buenos Aires: elDial.com.

**DERECHO A LA SALUD Y ACCESO A LOS CUIDADOS PRENATALES DE LAS MUJERES
MIGRANTES INTERNACIONALES: ANÁLISIS DE SITUACIÓN EN CÓRDOBA, ARGENTINA**

Gabriel Esteban Acevedo¹, Natalia Tumas²

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2023

Fecha de aceptación: 1 de agosto de 2023

Resumen

La Salud Sexual y Reproductiva es un derecho fundamental, que en las mujeres se relaciona con la capacidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria, sana y voluntaria, libre de toda coacción, discriminación y violencia, lo que implica poder reproducirse con los mínimos riesgos y vivir con seguridad durante todo el proceso reproductivo. No obstante, el ejercicio efectivo de este derecho y el acceso a los servicios de salud reproductiva, se encuentra condicionado por diversos factores, entre ellos la condición migratoria de las mujeres. Este trabajo procura indagar sobre la influencia que ejerce la condición de migrante como determinante de la salud reproductiva analizando, desde una perspectiva de derecho, la situación del acceso a los cuidados prenatales en las mujeres migrantes internacionales con particular atención a las residentes en la provincia de Córdoba, Argentina.

Palabras clave: Migración – salud – derecho – acceso - cuidados prenatales

Title: THE RIGHT TO HEALTH AND ACCESS TO PRENATAL CARE FOR INTERNATIONAL MIGRANT WOMEN: A SITUATIONAL ANALYSIS IN CÓRDOBA, ARGENTINA

¹Médico, Especialista en Salud Pública, Magister en Gerencia y Administración de Servicios de Salud, Doctor en Medicina y Cirugía (Universidad Nacional de Córdoba -UNC-). Profesor Titular Plenario, Facultad de Ciencias Médicas, UNC, Argentina.

²Licenciada en Nutrición, Magister en Salud Materno-Infantil, Doctora en Demografía (UNC). Investigadora asistente del Centro de Investigaciones y Estudios sobre Cultura y Sociedad (CIECS, CONICET y UNC); Profesora Asistente de Medicina Preventiva y Social, Facultad de Ciencias Médicas, UNC, Argentina.

Colaboraron en la producción de este artículo: María Eugenia Peisino, Médica, Especialista en Medicina Familiar y General, Magister en Salud Pública (UNC). Profesora Asistente de Medicina Preventiva y Social, Facultad de Ciencias Médicas, UNC; Alejandra Mensa, Médica, Especialista en Pediatría, maestranda en Gerencia y Administración de Servicios de Salud (UNC). Docente agregada, Cátedra de Medicina Preventiva y Social, Facultad de Ciencias Médicas, UNC, Argentina.

Abstract

Sexual and Reproductive Health is a fundamental right that relates to women's ability to enjoy a satisfying, healthy, and voluntary sexual life, free from coercion, discrimination, and violence. This encompasses the ability to reproduce with minimal risks and live securely throughout the reproductive process. However, the effective exercise of this right and access to reproductive health services are influenced by various factors, including women's migratory status. This study aims to investigate the impact of migrant status as a determinant of reproductive health by analyzing the access to prenatal care for international migrant women, with particular attention to residents in the province of Córdoba, Argentina, from a rights-based perspective.

Keywords: Migration – health – right – access - prenatal care

I. Introducción

Los cambios tecnológicos y socioculturales que marcan nuestro tiempo, que facilitan la comunicación y los mercados entre países, también favorecen la movilidad humana y trae transformaciones profundas hacia sociedades más transculturales y multiétnicas. Es así que la migración internacional constituye un fenómeno global que ha crecido en las últimas décadas, habiendo evidencia en relación a que el proceso de migración afecta de diversas formas la salud de las personas migrantes constituyendo un determinante social de la salud, que afecta principalmente a niños/as, adolescentes y mujeres (CABIESES, 2017: p. 21).

En este trabajo, inicialmente se examinan las implicancias de los procesos migratorios internacionales sobre la salud de las personas migrantes, describiéndose brevemente las características de los procesos migratorios internacionales y su relación con la salud; y posteriormente se analizan las barreras que obstaculizan el acceso a cuidados adecuados de la salud reproductiva de mujeres migrantes internacionales, indagando sobre la

bibliografía que da cuenta de estos fenómenos y analizando con datos empíricos la situación del acceso a los servicios de cuidados prenatales en las mujeres migrantes internacionales residentes en Córdoba, Argentina.

II. Migración y salud, la migración como determinante de salud

La migración es un fenómeno creciente en todo el mundo y en particular en los países de América Latina, estimándose que 2020 había 281 millones de migrantes internacionales en el mundo, un 3,6% de la población mundial. En los países América Latina y el Caribe (ALC) es donde se ha registrado el mayor crecimiento de migrantes internacionales, pasando de 7 millones en 2005 a 15 millones en el año 2020 lo que representa el 5,3% del total de la población (MCAULIFFE, 2021: p. 31).

Debe comprenderse que la migración es un fenómeno complejo, que está condicionada por múltiples factores impulsores que, según CASTELLI, pueden ser clasificados como factores macro, meso y micro, los que interactúan para generar la decisión individual final de migrar (CASTELLI, 2018: p. 3).

Entre los factores macro, se identifican las situaciones políticas, demográficas, socioeconómicas y ambientales, tales como pobreza, desempleo, conflictos bélicos, la violencia social, déficit de garantías por parte de los gobiernos y el cambio climático, generando una migración forzada, ya sea internacional o interna, y en gran medida fuera del control de las personas. En nuestra región, algunas de estos factores se verifican en Venezuela, que en América Latina es el país que está experimentando actualmente el mayor movimiento migratorio: hasta marzo del 2023, aproximadamente 7,23 millones de refugiados/as y migrantes venezolanos/as habían abandonado su país, de los cuales 6,09 millones se habían reubicado en otros países de ALC (REFUGIADOS Y MIGRANTES DE VENEZUELA - R4V, 2023: p.1). Los factores meso, incluyen facilitadores u obstaculizadores la migración tales como normas legales, vínculos con familiares en el extranjero, costos, etc. y están relativamente bajo control de los individuos. En cuanto a los factores micro, están también bajo control del individuo e incluyen características propias de la persona migrante

tales como la edad, la educación, el estado civil y la actitud personal hacia la migración, y tienen también un papel clave en la toma de la decisión final de migrar como una opción individual.

Dependiendo de los factores que predominen en la motivación de migrar, la misma podrá ser segura, ordenada y regular, y resultar en mejores condiciones socio-ambientales, mayor acceso a servicios y mejores condiciones de salud, o bien, por el contrario, ser a consecuencia de factores que forzaron la migración generando un proceso inseguro y con exposición a múltiples riesgos para la salud y la vida de quienes migran. De esta forma, la migración por sí misma no implica necesariamente un riesgo para la salud, siendo las condiciones encontradas durante el proceso migratorio, las que pueden exponer a mayores riesgos para la salud (CASTELLI, 2018: p. 1).

La migración es un proceso dinámico que provoca cambios en el estilo de vida, nuevas condiciones del medio social y comunitario, cambios socioeconómicos, entre otros. Estos cambios, pueden implicar dificultades para integrarse a nuevos estilos de vida y ambientes, generar también mayores vulnerabilidades y riesgos para la salud de las personas migrantes, sus familias y las comunidades que les reciben. Debido a ello, existe consenso en la comunidad científica internacional sobre el reconocimiento de la migración como un determinante social de la salud (CABIESES, 2017: p. 29).

La Organización Mundial de la Salud define los determinantes sociales de la salud como las circunstancias en que las personas nacen, crecen, trabajan, viven y envejecen, incluido el conjunto más amplio de fuerzas y sistemas que influyen sobre las condiciones de la vida cotidiana. En este modelo de análisis, los determinantes de la salud comprenden factores individuales (edad, sexo y género, etc.); conductas y estilos de vida (hábitos alimentarios, consumo de sustancias psicoactivas, práctica de actividad física, etc.); condiciones socioeconómicas (educación, empleo, ingresos, etc.); culturales y medioambientales (vivienda, agua potable y saneamiento, medio ambiente

laboral); el acceso a los servicios de salud, y la migración, entre otros determinantes sociales de la salud.²

La interacción entre salud y migración aparece en todas las fases del proceso migratorio, es decir antes de la migración, durante el viaje (lugares de transición), la llegada al lugar de destino y el retorno e integración (si lo hubiere). A continuación, se describen brevemente las diferentes fases de la migración, destacando aspectos que revisten particular interés para el análisis dadas sus implicancias en la salud de las personas que migran:

-Fase previa a la migración: conflictos, violaciones de derechos humanos, tortura, cambio climático (especialmente para flujos migratorios forzados), disparidades económicas/flujos impulsados por aspiraciones. Aquí debe considerarse el perfil epidemiológico del país de origen y cómo se compara con el perfil en destino. Así también la proximidad lingüística, cultural y geográfica.

-Fase de movimiento: duración y circunstancias y condiciones del viaje. En esta fase es clave analizar las condiciones y modo de viaje (peligroso, falta de necesidades básicas de salud) especialmente para flujos migratorios irregulares.

-Fase de llegada e integración: políticas migratorias, situación jurídica, acceso a servicios. Adquiere especial interés en esta fase reconocer procesos de exclusión social, discriminación, explotación, diferencias idiomáticas, valores culturales y los efectos de la separación de la familia/pareja.

-Fase de retorno: duración de la ausencia, determinantes del hogar como nivel de endeudamiento, entre otros.

Como se ha postulado, la salud de las personas migrantes puede afectarse de modo particular en cada una de las fases de la migración y para su análisis se ha formulado un marco económico socio-ecológico que posee 5 niveles (LEÑO, 2022: p. 201):

² Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud. Subsanan las desigualdades en una generación. Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud (2008), p. 6. Organización mundial de la salud. Accesible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/69830>

-Nivel individual: historia de la migración, características demográficas (edad, sexo, lugar de nacimiento y residencia), nivel educativo, condiciones de empleo, dominio del lenguaje, situación legal.

-Nivel interpersonal: se ocupa de la relación de los individuos y sus familias.

-Nivel Institucional: disponibilidad de servicios de salud, políticas institucionales para ser un espacio seguro para los migrantes.

-Nivel comunitario: normas de la comunidad que puedan conducir a un comportamiento acogedor para la población migrante.

-Nivel político: incluye políticas de salud que faciliten el acceso de los migrantes, inclusive los irregulares.

Mejorar la salud de los migrantes requiere un accionar que actúe sobre los cinco niveles antes mencionados. Existen factores transversales que atraviesan a los migrantes en todas las fases de la migración tales como la edad, el género y el status económico que a su vez deben considerarse en tal marco económico socio-ecológico.

En cuanto al género, los hombres migran más que las mujeres, sin embargo, en los últimos años se evidencia un aumento de las mujeres migrantes. De hecho, uno de los aspectos distintivos de la movilidad humana actual lo constituye la feminización de la migración: como puede advertirse de las estadísticas reportadas en el Informe sobre Migraciones en el Mundo 2022, en los últimos años se ha incrementado la proporción de las mujeres que han migrado (MCAULIFFE, 2021: p. 233).

Asimismo, se advierte un cambio en el rol de la mujer ya que antes lo hacía acompañando al hombre y ahora lo realiza de manera independiente. La Relatoría Especial sobre derechos humanos de los migrantes de la ONU también ha incorporado un enfoque de género en el estudio de las migraciones en algunos de sus informes presentados en años recientes al Consejo de Derechos Humanos³. Mediante el uso de dicho enfoque se ponen de manifiesto las

³ Ver ONU, CDH, A/HRC/41/38, 2019: p. 5.

especificidades de la migración de las mujeres, adultas y niñas, que requieren un tratamiento diferenciado para hacer eficaz la garantía de sus derechos.

Argentina es el país de ALC que más migrantes ha recibido, más de 2 millones, registrados en 2020 (MIGRATION DATA PORTAL, 2021: p. 1), lo que supone el desafío para la sociedad, las autoridades gubernamentales y los organismos internacionales, de garantizar el acceso a la salud, toda vez que el derecho al disfrute del más alto nivel de salud física y mental es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de etnia/raza, religión creencias políticas, condición económica o social, género, o condición migratoria. Se considera que el derecho a la salud es un concepto legal en el marco de los derechos humanos que subyace a la obligación de los estados de garantizar a los migrantes el acceso a la salud como parte del compromiso de garantizar el derecho a la vida y la dignidad.

III. El derecho a la Salud Reproductiva en mujeres migrantes internacionales

La Salud Sexual y Reproductiva es, según lo definido por la Organización Mundial de la Salud un derecho fundamental, que en las mujeres se relaciona con la capacidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria, sana y voluntaria, libre de toda coacción, discriminación y violencia, lo que implica poder reproducirse con los mínimos riesgos y vivir con seguridad durante todo el proceso reproductivo. Así, la salud reproductiva se relaciona con tener la capacidad de regular la fecundidad, completar la reproducción satisfactoriamente, incluyendo los mecanismos de procreación y funcionamiento del aparato reproductor en todas las etapas de la vida.⁴

El embarazo, el parto y el puerperio son momentos críticos para la supervivencia de la madre y del recién nacido. La atención prenatal, durante el parto y puerperal de calidad es fundamental para reducir los resultados adversos

⁴ La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo. (2018), p. 4. Organización Mundial de la Salud. Accesible en: <https://bit.ly/2HyQ6T5>

del embarazo y el parto, y para mejorar el bienestar de las mujeres y sus hijos. Durante este periodo se pueden prestar las siguientes intervenciones: la promoción general de hábitos y nutrición saludables; la detección de riesgos y la prevención y el tratamiento de las afecciones preexistentes o relacionadas con el embarazo; el manejo del parto; la prestación de atención respetuosa y digna y la comunicación eficaz entre las mujeres y los profesionales de salud; la atención y el apoyo a las víctimas de violencia de género durante y después del embarazo; la anticoncepción posparto; el diagnóstico y el tratamiento de las infecciones de transmisión sexual (ITS); y la atención a la salud mental. Estos servicios de salud materna sirven de base para otras importantes funciones de la atención sanitaria más allá del embarazo y el parto, como la promoción de la salud (por ejemplo, el abandono del consumo de tabaco y alcohol), las pruebas de detección y el diagnóstico (por ejemplo, de la diabetes, la infección por el VIH, el paludismo, la sífilis y la tuberculosis) y la prevención de enfermedades, por ejemplo, mediante la vacunación.⁵

En Argentina, se cuenta con un marco normativo que favorece el diseño de políticas y acciones de salud pública que posibiliten el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de la población. En relación a la población migrante, la Ley N° 25.871 de Migraciones, en su artículo 8 establece que no podrá negársele o restringir el derecho a la salud (incluyendo la asistencia social y la atención sanitaria) a ninguna persona extranjera que lo requiera, cualquiera que sea su estatus migratorio. Asimismo, el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (PNSSyPR) creado por ley N° 25.673, está destinado a la población en general, sin discriminación alguna, y entre sus objetivos se encuentran la disminución de la morbilidad materno-infantil, la prevención de embarazos no deseados, y la prevención y detección precoz de enfermedades de transmisión sexual, de VIH/SIDA y de patologías genitales y mamarias (artículo 2° de la ley). Adicionalmente, en Argentina existe la ley N° 25.929 sobre Parto Respetado, sancionada en 2004 y reglamentada en 2015 a

⁵ Recomendaciones de la OMS sobre atención prenatal para una experiencia positiva del embarazo (2016), p. 2. Organización Mundial de la Salud. Accesible en: <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1064196/retrieve>

través del decreto 2035/15. Esta normativa protege los derechos de la madre y del bebé en la etapa de nacimiento, y los derechos de la mujer en relación con el embarazo. Entre ellos, contempla el derecho al trato digno y respetuoso de las pautas culturales, el derecho a ser informada sobre la evolución del parto y las posibles intervenciones que pudiesen tener lugar en las distintas etapas del proceso, y la protección del vínculo corporal entre la madre y el/la recién nacido/a (artículo 2 del decreto reglamentario).

Como se mencionó anteriormente, las actuales dinámicas migratorias internacionales muestran un aumento en la migración femenina, siendo Argentina el país de América Latina y el Caribe que más migrantes recibe⁶ por lo que, garantizar la adecuada atención de la salud de las migrantes constituye una importante prioridad de salud pública y adoptar medidas para asegurar el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva apunta a profundizar y reforzar los derechos humanos.

IV. Acceso a los servicios de salud reproductiva y a la atención prenatal adecuada

Como se desprende de lo antes expuesto, los Derechos Sexuales y Reproductivos representan un abanico amplio de garantías vinculadas directamente con la dignidad, la igualdad y la autonomía de las personas, y lograr el efectivo ejercicio del mismo implica la implementación de acciones orientadas a la consecución de la cobertura universal en salud.

La cobertura de salud, enmarcada en uno de los 17 Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS) para 2030 a nivel global, se ha definido como la capacidad del sistema de salud para responder a las necesidades de la población, lo cual incluye la disponibilidad de infraestructura, recursos humanos,

⁶ ONU, International Migrant Stock (2019). Accesible en: <https://bit.ly/3PxUGBq>; Guidance Document on Migration and Health (2019). Organización Panamericana de la Salud. Accesible en: <https://www.paho.org/en/documents/guidance-document-migration-and-health>

tecnologías sanitarias (incluyendo medicamentos) y financiamiento, y se logra la cobertura universal de salud (CUS) cuando *“los mecanismos de organización y financiación son suficientes para cubrir a toda la población, asegurando que todas las personas reciban los servicios sanitarios que necesitan, sin tener que pasar penurias financieras para pagarlos”*.⁷

Así, la CUS implica que todas las personas tengan acceso, sin discriminación alguna, a servicios integrales de salud, adecuados, oportunos y de calidad, así como a medicamentos seguros, eficaces y asequibles, sin que los usuarios se expongan a dificultades financieras, en particular los grupos en situación de vulnerabilidad. Para lograr los objetivos de la CUS y hacerla efectiva se debe actuar en tres dimensiones principales y complementarias entre sí: 1°) acceso al sistema de salud, lo cual representa la proporción de la población bajo protección; 2°) acceso a prestaciones, que da cuenta de los servicios efectivamente garantizados; y 3°) protección financiera, que representa el porcentaje de gratuidad y de impacto en la disminución del gasto directo de bolsillo. Esto supone que, si se lograra alcanzar las tres dimensiones, significa que se garantiza una Cobertura Universal de Salud Efectiva.⁸

Cada dimensión es esencial para que un Estado otorgue y garantice el derecho a la salud en sus aspectos fundamentales. Para valorar el grado de consecución de la segunda dimensión, se emplea frecuentemente el indicador de utilización efectiva de servicios o prestaciones de salud, de especial relevancia para la identificación de brechas de acceso a salud por parte de población general y grupos vulnerables. Diferencias de uso efectivo de prestaciones de salud entre grupos sociales, ante igual necesidad sentida, corresponde a diferencias injustas y prevenibles (inequidades sociales en salud) que requieren de constante atención y reparación (CABIESES, 2020: p. 6).

⁷ Estrategia para el acceso universal a la salud y la cobertura universal de salud (2014), p. 22. Organización mundial de la Salud Accesible en: <https://www.paho.org/es/documentos/estrategia-para-acceso-universal-salud-cobertura-universal-salud>

⁸ Expansión del acceso equitativo a los servicios de salud: recomendaciones para transformar los sistemas de salud hacia la salud universal (2022), p. 53. Organización Panamericana de la Salud. Accesible en: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/55657>

Uno de los aspectos del acceso a la salud de las mujeres migrantes que se ve más afectado es el de sus derechos sexuales y reproductivos, ya que, en muchos países de destino, ellas son discriminadas por el embarazo o la maternidad, pudiendo conducir a limitaciones al acceso a un empleo, a un despido laboral e incluso a una deportación. Así, cuando las políticas o actitudes sociales son hostiles, las mujeres migrantes buscan menos atención prenatal que las nacionales y puede hacerlas recurrir a medios peligrosos para interrumpir su embarazo. Sobre esta materia, la Relatoría Especial sobre derechos humanos de los migrantes de la ONU ha señalado que las mujeres y las niñas migrantes a menudo no tienen acceso fiable a atención de salud o a atención de salud reproductiva en los países de tránsito y destino, debido, como una de las causas principales, al temor a la deportación u otras consecuencias, en particular en el caso de las migrantes en situación irregular.⁹

Diversa literatura muestra que las mujeres migrantes, una vez establecidas en el país de destino, tienen mayor riesgo de recibir una atención prenatal insuficiente (RAIMONDI, 2013: p. 201), y de tener mayores complicaciones postparto y mortalidad perinatal (BOLLINI, 2009: p. 452). Además, las mujeres migrantes suelen estar más expuestas a eventos sexuales en riesgo (por ejemplo, el trabajo sexual forzado), aumentando el riesgo de padecer infecciones de transmisión sexual y violencia de género (ACHARAI, 2023: p. 1).

El acceso a la planificación familiar y la atención prenatal, la violencia de pareja y la salud adolescente son uno de los principales desafíos que enfrentan las mujeres migrantes en las Américas. Si bien existen políticas y resoluciones para proteger el acceso a la salud y la salud materna para migrantes, muchos países tienen dificultades para garantizar estos programas para sus poblaciones en general y mucho más para las poblaciones migrantes. Por otra parte, las actuales olas migratorias en la Región de las Américas conllevan desafíos de

⁹ Informe del Relator Especial sobre derechos humanos de los migrantes. Efectos de la migración en las mujeres y las niñas migrantes: una perspectiva de género (2019). ONU Consejo de Derecho Humanos, p. 60. Accesible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/107/94/PDF/G1910794.pdf?OpenElement>

largo alcance, por lo que se necesitan programas que aborden estos temas a largo plazo.

Dentro de las mujeres migrantes las más vulnerables son aquellas que requieren servicios de salud sexual y reproductiva o atención prenatal. Si bien pueden acceder a la atención de emergencia como el parto, no pueden realizar los controles de embarazo adecuados en muchos casos porque no cuentan con la documentación adecuada. Muchas llegan al país de acogida con complicaciones del embarazo debido a condiciones en sus propios países o que han sido adquiridas durante el viaje en sí, algo que eleva el riesgo para la madre o el/la niño/a si no tiene acceso a la atención prenatal.

En este sentido, múltiples estudios revelan las desigualdades socioeconómicas en el acceso a las prestaciones de salud reproductiva y materna, siendo que las mujeres de bajos ingresos experimentan barreras sistemáticas para acceder a una atención de la salud reproductiva adecuada (ANINDYA, 2021: p. 4). Estas barreras se ven incrementadas en el caso de las mujeres latinas inmigrantes, que se encuentran en posibles situaciones de mayor vulnerabilidad y expuestas a riesgos, debido a su condición de migrantes y las frecuentemente aparejadas dificultades de accesibilidad, discriminación, desigualdad social, pobreza, situación laboral precarizada, carga familiar, entre otros (LEAL-JOFRÉ, 2022: p. 104).

Las barreras que obstaculizan el acceso a los servicios de atención de la salud reproductiva y materna se han agrupado en cuatro dominios que determinan la utilización de estos servicios: la idoneidad de la oferta, los obstáculos sociales o culturales, los obstáculos financieros y las cuestiones organizativas (HIGGINBOTTOM, 2020: p. 1).

La deficiente cobertura efectiva y las barreras de acceso a los servicios se traducen en atención perinatal inadecuada y mayores riesgos para la salud de las mujeres migrantes. Así, se ha establecido que las mujeres migrantes en los países occidentales de medios y altos ingresos tienen mayores probabilidades de atención prenatal inadecuada (APN) en comparación con las

mujeres del país receptor y que la magnitud de este riesgo difiere según el país de origen (HEAMAN, 2013: p. 816).

En el mismo sentido, otro estudio reveló que las inmigrantes de África Oriental en Australia, tenían probabilidades elevadas de mortalidad perinatal, recién nacidos/as pequeños/as para la edad gestacional, muy bajo peso al nacer y parto muy prematuro en relación a las madres nacidas en Australia, y que estos riesgos difieren significativamente en su magnitud según el país africano de origen de las mujeres migrantes (BELIHU, 2016: p. 2).

En definitiva, la mayoría de los estudios muestran disparidades en el acceso a los servicios de salud reproductiva entre mujeres migrantes internacionales y la población nativa. En el próximo apartado se muestra con datos empíricos que esta situación evidenciada en otros países también se verifica en Córdoba, Argentina.

V. Acceso a la atención prenatal precoz condición migratoria: aproximaciones a partir de un caso de estudio en la provincia de Córdoba

En este apartado del artículo se presenta un caso de estudio empleando datos empíricos sobre algunas características sociodemográficas, condición migratoria e indicadores del control prenatal precoz en gestantes de la Provincia de Córdoba. Los datos fueron obtenidos del Sistema Integral para la Gestión de Información en Programas de Salud (SIGIPSA), desarrollado por el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba. Se incluyeron en el análisis un total de 8.809 gestantes de la Provincia de Córdoba en abril del año 2023.

Se realizó un estudio exploratorio para indagar si ciertas características (edad, lugar de residencia, embarazo en adolescentes, y control prenatal oportuno/precoz) difieren en los grupos de gestantes nativas y migrantes. Para determinar si existen diferencias estadísticamente significativas entre tales grupos, se realizaron pruebas de Chi Cuadrado (para el caso de indicadores o variables de naturaleza categórica) y pruebas T de Student (para indicadores o variables de tipo continua).

En la tabla 1 se presentan los resultados obtenidos del análisis exploratorio. Del total de gestantes analizadas, un 2,87% (253) presenta condición migratoria. En comparación con las gestantes argentinas, el grupo de migrantes tiene una edad media mayor (aproximadamente 29 y 26 años, respectivamente), y residen en mayor medida en la Capital provincial (57,31%). En cuanto al cuidado prenatal, si bien la proporción de control de embarazo precoz, es decir hasta la semana 13 de gestación inclusive, es baja en toda la población estudiada (41,27%), lo es aún menor en el grupo de gestantes migrantes (32,41%). Por último, no se evidenciaron diferencias estadísticamente significativas entre las gestantes migrantes y argentinas en relación a los embarazos en adolescentes (hasta 19 años) (Tabla 1).

Tabla 1. Distribución de frecuencias de las variables de estudio según condición migratoria de las mujeres gestantes. Provincia de Córdoba (Argentina), abril 2023.

Variables consideradas	Total (n=8809)	Condición migratoria		p-value*
		Si (n=253)	No (n= 8556)	
Edad, media (desvío estándar)	26,23 (6,29)	29,17 (6,74)	26,14 (6,26)	< 0,001
Lugar de residencia, n (%)				
Córdoba Capital	3233 (36,7)	145 (57,31)	3088 (36,09)	< 0,001
Interior de la Provincia	5576 (63,3)	108 (42,69)	5468 (63,91)	
Embarazo en adolescentes, n (%)				
Si	952 (10,81)	21 (8,3)	931 (10,88)	0,193
No	7857 (89,19)	232 (91,7)	7625 (89,12)	
Control precoz del embarazo, n (%)				
Si	3627 (41,27)	82 (32,41)	3545 (41,43)	< 0,005
No	5182 (58,83)	171 (67,59)	5011 (58,57)	

VI. Conclusiones

La condición migratoria constituye un determinante social de la salud que cuando está asociado a condiciones forzadas e inseguras en el proceso migratorio, dicha condición puede exponer a las personas migrantes a mayores riesgos para su salud, tanto durante la migración como durante su permanencia en el país de destino, afectando principalmente a niños/as, adolescentes y mujeres.

Uno de los aspectos de la salud de las mujeres migrantes que se ve más afectado es el de sus derechos sexuales y reproductivos, observándose inequidades en el acceso a los servicios de salud reproductiva de las mujeres migrantes internacionales ya establecidas en el país de destino, aun cuando su condición sea de migrante regular. Esto puede verificarse también en el contexto de la provincia de Córdoba, donde los resultados de un análisis exploratorio situado en un caso de estudio sobre algunas características socio-sanitarias de mujeres gestantes, sugieren algunas disparidades entre las gestantes argentinas nativas y migrantes. La menor frecuencia de control de embarazo precoz en mujeres gestantes migrantes, podría estar relacionado a mayores barreras de acceso al sistema sanitario y/o a otros factores socio-culturales que no han sido abordados en este estudio.

Si bien este trabajo contribuye a la comprensión de las disparidades entre las gestantes argentinas nativas y migrantes, se reconoce que es necesario el desarrollo de futuros estudios que permitan dilucidar los factores que subyacen a los diferenciales aquí observados, a fin de fundamentar con mayor evidencia recomendaciones sobre políticas públicas que contribuyan a reducir las brechas de acceso a los servicios de salud reproductiva.

VII. Bibliografía

ACHARAI, L; KHALIS M, BOUADDI, O; KRISHT, G; ELOMRANI, S; YAHYANE, A; ASSARAG, B. (2023). *Sexual and reproductive health and gender-based violence among female migrants in Morocco: a cross sectional survey*. BMC Womens Health. 2023 Apr 11;23(1):174. Accesible en:

<https://bmcwomenshealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12905-023-02307-1>

ANINDYA, K; MARTHIAS, T; VELLAKKAL, S; CARVALHO, N; ATUN, R; MORGAN, A; ZHAO, Y; HULSE, ES; MCPAKE, B; LEE JT. (2021). *Socioeconomic inequalities in effective service coverage for reproductive, maternal, newborn, and child health: a comparative analysis of 39 low-income and middle-income countries*. *EClinicalMedicine*, 40, 101103. Accesible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/34527893/>

BELIHU, FB; DAVEY, MA; SMALL R. (2016). *Perinatal health outcomes of East African immigrant populations in Victoria, Australia: a population based study*. *BMC Pregnancy Childbirth*; 26; 16:86, pp. 1-11. Accesible en: <https://bmcpregnancychildbirth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12884-016-0886-z>

BOLLINI, P; PAMPALLONA, S; WANNER, P; KUPELNICK, B. (2009). *Pregnancy outcome of migrant women and integration policy: A systematic review of the internacional literature*. *Socscimed*; 68, pp. 452-61. Accesible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/19042065/>

CABIESES, B, OYATE, M. (2020). *Acceso a salud en inmigrantes: identificando brechas para la protección social en salud*. *Rev Saude Publica*; 54:20, pp. 1-13. Accesible en: <https://www.scielosp.org/article/rsp/2020.v54/20/es/>

CABIESES, B; BERNALES, M; MCINTYRE, AM (2017). *La migración internacional como determinante social de la salud en Chile: evidencia y propuestas para políticas públicas*. Universidad del Desarrollo; p. 29-38. Accesible en: https://www.udd.cl/dircom/pdfs/Libro_La_migracion_internacional.pdf

CASTELLI, F. (2018). *Drivers of migration: why do people move?*, *Journal of Travel Medicine*, volumen 25, número 1, pp 1-7. Accesible en: <https://doi.org/10.1093/jtm/tay040>.

HEAMAN M, BAYRAMPOUR H, KINGSTON D, BLONDEL B, GISSLER M, ROTH C, ALEXANDER S, GAGNON A. (2013). *Migrant women's utilization of prenatal care: a*

systematic review. *Matern Child Health J*, 17(5), 816-36, pp. 816-836. Accesible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22714797/>

HENNEBRY, JL. (2018). *The global compact for migration: From gender-rhetoric to gender-responsive? Global Social Policy*, 18(3), pp. 332–338. Accesible en: <https://doi.org/10.1177/1468018118799009>

HIGGINBOTTOM GMA, EVANS C, MORGAN M, et al. (2020). *Acceso e intervenciones para mejorar los servicios de atención materna para mujeres inmigrantes: una revisión sistemática de síntesis narrativa*. Southampton (Reino Unido): Biblioteca de revistas NIHR, pp. 1-129. Accesible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/32207887/>

LEAL-JOFRE, E (2022). *Salud sexual y reproductiva en mujeres migrantes latinoamericanas: una revisión narrativa*. *Musas*, vol. 7, núm. 2, pp. 104-126. Accesible en: <https://doi.org/10.1344/musas2022.vol7.num2.6>

LEÃO, R; ZERBINI, R; GONZÁLEZ MORALES, F. (2022). *Derecho a la salud de mujeres migrantes: el enfoque de dos organismos de Naciones Unidas*. *REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.*, Brasília, v. 30, n. 66, dez. pp. 191-206. Accesible en: <http://dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880006611>

MCAULIFFE, M. TRIANAFYLLIDOU, A. (2021). *Informe Sobre Las Migraciones En El Mundo 2022*. Organización Internacional Para Las Migraciones (OIM). Accesible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/WMR-2022-ES_0.pdf

Migration And Human Mobility: Key Global Figures (2021) Migration data portal. Accesible en <https://www.migrationdataportal.org/resource/key-global-migration-figures>

RAIMONDI, D. (2013). *Salud perinatal de la población migrante*. *Arch. argent. pediatr.* vol.111, n.3, pp. 213-217. Accesible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0325-00752013000300007&lng=es&nrm=iso

Refugiados y migrantes de Venezuela (2023). R4V. Accesible en: <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>

MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y SUPRANACIONALES

Natalí Pavioni¹ y Sofía Tonelli²

Fecha de recepción: 2 de junio de 2023

Fecha de aceptación: 6 de julio de 2023

Resumen

Los tribunales internacionales y supranacionales, como intérpretes del derecho, se ven en la tarea de resolver casos que presentan algún problema jurídico. Para ello, deben determinar el verdadero sentido y alcance de los términos contenidos en los instrumentos internacionales.

Para resolver diferentes problemas jurídicos, deben adoptar diferentes herramientas que le permitan abordar el problema y conocer la forma de interpretar las normas. Para llevar adelante esta tarea, se han ocupado de elaborar algunas pautas de interpretación a través de distintos pronunciamientos.

Estas pautas de interpretación nos dan criterios que deben ser tenidos en cuenta para resguardar la tutela efectiva de los derechos contemplados en los distintos instrumentos. En ocasiones se realizan interpretaciones extensivas de los derechos y esto conlleva la ampliación de las obligaciones en cabeza del Estado, que de incumplirse acarrea responsabilidad internacional.

Palabras clave: tribunales internacionales - tribunales supranacionales - Organización de Estados Americanos - Consejo de Europa - Unión Europea - Corte Interamericana de Derechos Humanos - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Interpretación - Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires). Docente de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Buenos Aires).

² Abogada (Universidad de Buenos Aires). Docente de Derecho de la Integración (Universidad de Buenos Aires).

Title: METHODS OF INTERPRETATION OF INTERNATIONAL AND SUPRANATIONAL COURTS

Abstract

International and supranational courts, as interpreters of the law, find themselves in the task of resolving cases that present a legal problem. To do so, they must determine the true meaning and scope of the terms contained in international instruments.

To solve different legal problems, they must adopt different tools that allow them to address the problem and know how to interpret the rules. To carry out this task, they have taken care of elaborating some guidelines of interpretation through different pronouncements.

These interpretation guidelines give us criteria that must be taken into account to safeguard the effective protection of the rights contemplated in the different instruments. Sometimes extensive interpretations of the rights are made and this entails the extension of the obligations at the head of the State, which if breached entails international responsibility.

Keywords: International Courts - Supranational Courts - Organization of American States - Council of Europe - European Union - Inter-American Court of Human Rights - European Court of Human Rights - Court of Justice of the European Union - Interpretation - Vienna Convention on the Law of Treaties

I. La tarea de interpretar los instrumentos internacionales

El acto de interpretar es una operación intelectual mediante la que se trata de determinar el verdadero sentido y alcance de las normas jurídicas contenidas en un ordenamiento jurídico, aclarando y poniendo luz sobre los aspectos oscuros o ambiguos que tales disposiciones puedan contener. En este aspecto, la interpretación busca comprender el sentido y alcance que sus creadores quisieron darle (NOVAK TALAVERA, 2013: p. 72). La importancia de que los operados jurídicos realicen este procedimiento, radica en que los enunciados jurídicos suelen carecer de significados claros y sencillos y su

significado puede cambiar según las circunstancias, el contexto, el lugar y el tiempo, por lo tanto mediante la interpretación se pretende aclarar el significado de las normas. De una correcta interpretación depende una correcta aplicación y cumplimiento de las disposiciones.

Para poder definir con exactitud la acción de interpretar conviene realizar una distinción entre el objeto, la actividad y el sujeto interpretativo. El objeto se refiere a la materia sobre la que recae la actividad interpretativa, es decir que es lo que se va a interpretar, por ejemplo textos, normas, hechos, etc. La actividad se refiere a qué tipo de saber o conocimiento es la interpretación, que puede ser cognitiva, teórica, volitiva, práctica, etc. Y finalmente, según el sujeto, se suele distinguir entre interpretación operativa, auténtica, doctrinal y judicial. La interpretación operativa es llevada a cabo por una autoridad jurídica y su finalidad es resolver un problema jurídico mediante una respuesta, en principio, de carácter obligatorio; la doctrina es la realizada por particulares con el objeto de, entre otros, describir, sistematizar o criticar el Derecho; y la interpretación auténtica es la llevada a cabo por el mismo sujeto que creó la norma. Por último, la interpretación judicial es la realizada por los jueces en su tarea de adjudicar los derechos (LIFANTE, 1999: p. 27-49).

En este sentido, todos los operadores del derecho realizan, en algún momento, la interpretación de las normas, sin embargo, son los tribunales los que realizan una interpretación definitiva, puesto a que a través de su jurisprudencia fijan y precisan los criterios de interpretación oficiales (LARENZ, 1994: p. 311).

Como consecuencia de la transnacionalización del derecho constitucional y del pluralismo jurídico, la interpretación de los textos, se caracteriza por descentralización fundamental (PIZZOLO, 2015) y una concurrencia en la interpretación de las mismas normas por los distintos intérpretes interesados en su aplicación (GIALDINO, 2014: p. 395). En el paso de la unidad a la pluralidad interpretativa, se conforma una comunidad de intérpretes finales que deben deliberar mediante el diálogo interjurisdiccional, para establecer coincidencias

que tornen pacífica la cohabitación normativa en un espacio común (PIZZOLO, 2015).

Con el afán de establecer reglas de interpretación en materia internacional, la CVDT, ha introducido un marco general que puede ser aplicado por la comunidad de intérpretes. Además, la actividad pretoriana de los tribunales internacionales y supranacionales ha dejado diferentes pautas que sirven para comprender el alcance y sentido de los instrumentos internacionales en los cuales tienen competencia interpretativa.

II. Métodos de interpretación que emanan de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVTD), toma las normas de derecho internacional consuetudinario para ser aplicadas en los acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados. El método de interpretación que surge de la CVTD, propone una serie de elementos que deben ser tenidos en cuenta a la hora entender los alcances de los términos de un instrumento internacional.

El artículo 31 de dicha Convención, propone una regla general de interpretación. Esta regla se compone de tres elementos que tienen que ser aplicados en una sola operación combinada: el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de un tratado; el contexto y el objeto y fin, que deben ser aplicados a la luz del principio rector de la buena fe (conf. Final draft articles on the law of treaties with commentaries. ILC Report 18th Session. Yearbook of the International Law Commission, 1996 ,p. 220).

El primer elemento de la regla, indica que el intérprete dará a los términos de un instrumento internacional un sentido corriente, “teniendo en cuenta el enfoque textual que subyace toda la operación, parece bastante natural que los “términos” deben aludir a lo que ha sido escrito por las partes, es decir, las palabras y frases utilizadas en el tratado. Esto dependerá del tipo de tratado en cuestión, por lo mismo, el sentido a ser atribuido no es tanto el que se deriva de

la comprensión por cualquier profano, sino lo que una persona razonablemente informada sobre la materia objeto del tratado entendería sobre los términos utilizados” (ROJAS AMANDI, 2022: p. 295). Sin embargo, el intérprete podrá no aplicar el primer elemento de la regla general en el caso que contare que fue intención de las partes darle sentido especial a un término.³

El segundo elemento de la regla es el contexto en el que se enmarca el instrumento internacional en cuestión. Al momento de analizar el contexto, el intérprete deberá tener en cuenta, “además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;”⁴. Además, el intérprete deberá observar: “a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.”⁵

Complementariamente, a los efectos de confirmar el sentido resultante de ciertos términos, o bien para atribuirlo cuando del sentido corriente emanen resultados ambiguos, oscuros, manifiestamente absurdos o irrazonables, el intérprete podrá acudir a los trabajos preparatorios del instrumento y a las circunstancias de su celebración.⁶

El tercer elemento de la regla propone que el intérprete deberá analizar el objeto y fin del instrumento internacional. En este sentido, “tomado literalmente el concepto, el objeto parece describir el contenido sustantivo de un tratado, es decir, los derechos y obligaciones previstos en sus términos, mientras que el fin se refiere al resultado general que las partes quieren lograr con la aplicación de

³ Artículo 31 CVDT

⁴ Idem.

⁵ Idem.

⁶ Artículo 32 CVDT

las correspondientes disposiciones” (ROJAS AMANDI, 2022: p. 311-343). El objeto y el fin podrán ser observados con claridad en aquellos instrumentos que contienen considerandos, preámbulos, apartados generales, artículos específicos, o bien el mismo título, donde determinan expresamente su propósito (ROJAS AMANDI, 2022: p. 298).

El artículo 33 de la CVDT, en el caso de tratados autenticados en dos o más idiomas, cuando la comparación de los textos revele una diferencia de sentido en algún término, que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39 de dicha Convención, el intérprete deberá adoptar el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

La regla general expresada por el artículo 31 CVDT, ha sido reiterada en numerosos fallos⁷ de la Corte Internacional de Justicia, como una herramienta de interpretación de los instrumentos internacionales.

La Corte IDH, en la Opinión Consultiva N° 1 del año 1982, debe resolver acerca de la interpretación de la frase: "o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos" correspondiente al artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para resolver la cuestión planteada, entiende que “para la interpretación del artículo 64 de la Convención la Corte utilizará los métodos tradicionales del derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, como en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”⁸

Por su parte, la Corte IDH en la Opinión Consultiva N° 3 del año 1983, al momento de interpretar al artículo 4 CADH en relación a los límites a la pena de muerte, ha dicho que las pautas de la CVDT pueden considerarse reglas del

⁷ Corte Internacional de Justicia. Asunto sobre la diferencia territorial entre Libia y Chad. 1994. Corte Internacional de Justicia. Asunto relativo a la soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan. 2002. p. 645

Corte Internacional de Justicia. Asunto relativo a la aplicación de la Convención sobre el Genocidio. 2007. p.160; entre otros.

⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva N° 1. 1982. Párrafo 33.

derecho internacional general sobre el tema, por lo tanto sirven para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, en la medida que ésta no tuviera normas específicas al respecto.

También, en la Opinión Consultiva N° 6 del año 1986, se toma el trabajo de analizar la expresión “leyes” utilizada en el artículo 30⁹ de la Convención¹⁰. Al respecto, entiende que, “la interpretación de esta norma ha de hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Los términos empleados limitan las restricciones posibles a los derechos y libertades reconocidos por la Convención a los casos en que ellas deriven de leyes que cumplan con las exigencias impuestas por el propio artículo.”¹¹

En el mismo sentido, el TEDH en el Asunto Golder v. United Kingdom¹², ha entendido que el CEDH debe ser interpretado a la luz del artículo 31 CVDT.

En conclusión, observamos que a la hora de interpretar los instrumentos internacionales, los tribunales internacionales y supranacionales, consideran que los términos deben ser interpretados de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

⁹ El artículo 30 CADH, dice que “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

¹⁰ Analiza la expresión leyes en cuanto a si se refiere a leyes en sentido formal -norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución-, o en sentido material, como sinónimo de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en la escala jerárquica del respectivo orden jurídico. Finalmente entiende, por unanimidad, que: que la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.

¹¹ Corte IDH. Opinión Consultiva N°6. 1986. Párrafo 13.

¹² STEDH. Asunto Golder v. United Kingdom, 1995.

II. Métodos de interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es un órgano de carácter jurisdiccional y consultivo que junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tiene la facultad de supervisar, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar la CADH. En sus diferentes pronunciamientos, la Corte IDH ha utilizado otros métodos de interpretación.

La CADH establece una norma específica de interpretación en el artículo 29, que establece que “ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

El citado artículo propone normas específicas que se deberán tener en cuenta a la hora de interpretar la CADH, estableciendo un doble reenvío a las normas más favorables existentes a nivel nacional e internacional, fundándose en el principio pro homine o pro persona.

En la sentencia en el caso “Masacre de Mapiripán”, la Corte IDH ha señalado que “los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo [...]. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales [...] Mediante una interpretación evolutiva del artículo 22, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y de conformidad con el artículo 29.b de la Convención

-que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos- , esta Corte considera que el artículo 22.1 de la Convención protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado Parte en la misma”¹³.

En relación a la interpretación sistemática y universalista, la Corte IDH en el caso Anzualdo Castro c. Perú¹⁴, analiza al fenómeno de las Desapariciones Forzadas de Personas en forma autónoma y con carácter continuado o permanente, con sus múltiples elementos complejamente interconectados y violaciones conexas, fundándose no solo en la definición del artículo 3 CIDFP, sino también en definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales, como el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Desaparición Forzada o Involuntaria de Personas, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, entre otros.¹⁵

Además, ha sostenido en su jurisprudencia la idea de interpretar a la Convención Americana como un instrumento vivo aplicando la interpretación evolutiva. En Atala Riffo c. Chile, dijo que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.”¹⁶

Considerando que la Convención es un instrumento vivo, ha interpretado la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, diciendo que “debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más

¹³ Corte IDH. Masacre de Mapiripán c. Colombia. sentencia de 15 septiembre de 2005, Párrafo 187.

¹⁴ Corte IDH, Anzualdo Castro c. Perú, Sentencia del 22 de septiembre de 2009.

¹⁵ Corte IDH, Anzualdo Castro c. Perú, Sentencia del 22 de septiembre de 2009, Párrafo 60.

¹⁶ Corte IDH, Atala Riffo c. Chile, Sentencia del 24 de febrero de 2012. Párrafo 83

favorable al ser humano”¹⁷ En dicha sentencia, toma en cuenta los estándares establecidos por intérpretes e instrumentos de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos aplicando la interpretación sistémica o universalista, al decir que “teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la CVDT, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (...), la Corte IDH deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.”

Otro ejemplo se puede observar en la sentencia del caso *Artavia Murillo c. Costa Rica*¹⁸, la Corte IDH se ha tomado el trabajo de analizar los alcances del artículo 4.1 CADH, utilizando los diversos métodos de interpretación. Valoro los términos “vida” “concepción” y “en general” a la luz de la interpretación sistemática, valorando los antecedentes históricos, el derecho comparado, los pronunciamientos de otros tribunales internacionales y la interpretación evolutiva y del principio pro homine.

En la sentencia del caso *Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina*, la Corte realiza una interpretación sistémica, al mencionar que corresponde fijar sus alcances, a la luz del corpus iuris internacional en la materia para determinar si un derecho se encuentra incluido en el artículo 26 CADH.¹⁹ En la misma sentencia, la Corte debe determinar el contenido del derecho de propiedad regulado en el artículo 21 CADH. En relación a este derecho, toma

¹⁷ Corte IDH, *Atala Riffo c. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012. Párrafo 84.

¹⁸ Corte IDH, *Artavia Murillo c. Costa Rica*, Sentencia del 28 de noviembre del 2012.

¹⁹ Corte IDH, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, sentencia del 6 de febrero de 2020, Párrafo 196.

sus propios precedentes en el desarrollo del derecho de propiedad comunitaria indígena y sus implicancias, donde tuvo en cuenta diversas pautas de interpretación.

En la sentencia del caso caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, la Corte aludió a “una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos”²⁰.

Además, en la sentencia del caso *Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte explicó que es pertinente, y acorde a lo preceptuado en el artículo 29 de la Convención, una interpretación “evolutiva”, que tenga en cuenta que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”. También que, de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, para interpretar un tratado no solo hay que considerar los instrumentos formalmente relacionados con el mismo, sino el sistema en el que se inscribe. En ese sentido, es relevante el Convenio 169 de la OIT²¹.

En resumen, podemos identificar que en numerosos pronunciamientos la Corte IDH hace uso de las reglas interpretativas introducidas en los artículos 29 CADH y 31 CVDT, utilizando la interpretación sistémica o universalista, valorando todo el corpus iuris internacional y la interpretación evolutiva, adecuando a la CADH a los tiempos que corren.

III. Métodos de interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

²⁰ Corte IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, (párrafo. 148).

²¹ Corte IDH, Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005, (párrafo 125)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, se crea en el año 1959 y su función es la de interpretar el CEDH y resolver las denuncias que se presenten por supuestas violaciones a los derechos enumerados en el Convenio por parte de los Estados parte.

Se trata de un tribunal de jurisdicción obligatoria que se limita a determinar la violación por parte de algún Estado parte de uno o algunos de los derechos humanos mencionados en el Convenio y sus protocolos, por lo tanto, las sentencias que emanan del TEDH son de cumplimiento obligatorio para los Estados miembros. Así lo explica SUSANA SANZ CABALLERO, al decir: “El TEDH sólo se ocupa de derechos humanos y ni siquiera de todos ellos sino de los recogidos en el CEDH y sus protocolos. El TEDH suele tener un enfoque minimalista en el sentido de que suele contestar al caso que se le pregunta sin hacer disquisiciones teóricas sobre el alcance de tal o cual derecho del CEDH.” (SANZ CABALLERO, 2015: p. 31 y 32.).

Para interpretar el CEDH y dictar sentencia, el método de interpretación que éste Tribunal utiliza es el evolutivo, es decir que para el TEDH, el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado según el momento histórico y el contexto en que se está llevando adelante la acción interpretativa.

En el año 1978, en la sentencia *Tyrer v. United Kingdom*²², el TEDH debe interpretar en concepto de tortura y pena inhumana y denigrante del artículo 3 CEDH y lo hace teniendo en cuenta el momento histórico en que se está interpretando, destacando que la CEDH es un instrumento vivo que, debe ser interpretado a la luz del contexto actual. Se considera que los hechos del caso constituían un trato degradante.

En la sentencia del Asunto *Goodwin v. United Kingdom*²³, el Tribunal entiende que este país viola el artículo 8 (el derecho al respeto a la vida privada y familiar) y el artículo 12 (el derecho a contraer matrimonio sin restricciones y

²² STEDH, Asunto *Tyrer v. United Kingdom*, 25/04/1978.

²³ STEDH, Asunto *Goodwin v. United Kingdom*, 11/07/2002.

en igualdad de derechos) del Convenio²⁴ por prohibir el matrimonio de transgénero, determino que la falta de reconocimiento legal de una persona transgénero violaba los derechos humanos firmados por todos los miembros del Consejo de Europa.

Estas sentencias son un ejemplo de que el TEDH utiliza el método evolutivo ya que está interpretando y dando un sentido a los artículos que no se había tenido en cuenta al momento de su creación.

Según SANZ CABALLERO, “el criterio de la interpretación evolutiva considera que el CEDH es un instrumento vivo e implica que el Convenio debe ser interpretado en función de las condiciones de vida actuales” (SANZ CABALLERO, 2015: p.31). El carácter de instrumento vivo está relacionado con la progresividad de los derechos humanos, este principio impulsa a dar un contenido de progreso, de avance en la protección, de aumento y perfeccionamiento en la tutela del derecho originario (GIALDINO 2014: p. 447). Y, así es como, incluso, el TEDH ha decidido tutelar derechos no mencionados expresamente en las normas que interpreta, es decir, ampliando la protección.

El Convenio y sus protocolos al ser entendidos como instrumentos vivos y que su letra evoluciona con el tiempo significa que son sensibles y que atienden a los cambios que tienen lugar en los sistemas legislativos de los Estados partes y, en general, a las modificaciones sociales experimentadas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Este método, junto con el sistémico, también utilizado por este Tribunal, se utilizan para adaptar y actualizar el texto de los tratados a los distintos cambios que experimenta el grupo social, métodos compatibles y en línea con las reglas de interpretación que establece la CVDT.

²⁴ El artículo se refiere al derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho. Y el artículo 8 al derecho de respeto a la vida privada y familiar, su primer párrafo menciona que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

En el ya mencionado caso *Golder v. United Kingdom*²⁵, donde debe interpretar el sentido y alcance de los artículos 6 y 8 del Convenio, el TEDH remite a las reglas de interpretación de los artículos 31 y 33 de la CVDT. En la sentencia expresamente dijo: “Las tesis presentadas al Tribunal se han referido, en primer lugar, al método a seguir en la interpretación del Convenio, y específicamente del artículo 6, párrafo 1. El Tribunal considera, con el Gobierno y la Comisión, que debe inspirarse en los artículos 31 a 33 del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el derecho de los tratados. (...) sus artículos 31 a 33 expresan en lo esencial reglas de derecho internacional generalmente admitidas y a las que el Tribunal ya se ha remitido en alguna ocasión. Como tales deben ser tenidas en cuenta para la interpretación del Convenio Europeo, bajo reserva de «cualquier regla pertinente de la organización» en cuyo seno ha sido adoptado el Convenio: el Consejo de Europa (art. 5 del Convenio de Viena).”²⁶

Finalmente, y para concluir, podemos mencionar ejemplos de sentencias en las que el TEDH utiliza éstas técnicas de interpretación de normas para ampliar la tutela de los derechos. Por ejemplo en materia de derecho ambiental fue muy importante la sentencia dictada en el caso *López Ostra v. España* del año 1994²⁷ el Tribunal de Estrasburgo decide condenar a España por violar el derecho al domicilio, vida privada y familia, enunciado en el artículo 8.1 del Convenio y, haciendo una interpretación extensiva, incluye la tutela de los derechos medioambientales.

En síntesis, del análisis de las sentencias del TEDH podemos concluir que las metodologías interpretativas utilizadas remiten a las técnicas establecidas en los artículos 31 y 33 del CVDT. y, en particular, los métodos utilizados son métodos de tipo objetivo, como el evolutivo y sistémico que permiten considerar a la norma que se interpreta un instrumento vivo y así garantizar una tutela más eficaz de los derechos fundamentales de las personas.

IV. Métodos de interpretación del Tribunal de Justicia UE

²⁵ STEDH. Asunto *Golder v. United Kingdom*, 21/02/1975

²⁶ STEDH. Asunto *Golder v. United Kingdom*, 21/02/1975. considerando 29).

²⁷ STEDH. Asunto *López Ostra v. España*, 9/12/1994.

La función del TJUE, como órgano fundamental de la Unión Europea, es la de aplicar e interpretar el DUE. Este ordenamiento jurídico es el ordenamiento propio de la UE, se trata de un conjunto de normas jurídicas con un sistema de fuentes propio y autónomas, diferentes a las de los ordenamientos nacionales y las del DIP, que emanan de órganos y mediante procedimientos propios. Asimismo, tiene primacía respecto de los ordenamientos nacionales y es directamente obligatorio en los Estados miembros y tiene primacía, características fundamentales del DUE. Ante un incumplimiento hay instituciones que tienen competencia para interpretarlo y aplicarlo, sancionando, llegado el caso, las violaciones.

El DUE presenta algunas particularidades, por un lado, el multilingüismo, ya que debe ser sancionado, aplicado e interpretado en las veinticuatro lenguas oficiales de la Unión, tiene un carácter expansivo pues abarca distintas áreas del Derecho: derecho civil, laboral, penal, comercial, de derechos humanos y, finalmente, es interpretado tanto por los tribunales nacionales como por el TJUE (ORDOÑEZ SOLÍS, 2002: p. 8). Sin embargo, es el TJUE, órgano jurisdiccional de la UE, quien, en última instancia y a través de sus sentencias, establece la manera en la que debe ser entendido y aplicado el Derecho de la Unión, a fin de que este sea interpretado de forma uniforme en todos los sistemas jurisdiccionales. Son las sentencias del TJUE las que determinan las distintas reglas y métodos de interpretación que los jueces nacionales deberán seguir a la hora de interpretar las normas del ordenamiento jurídico europeo.

La regla de interpretación más utilizada por el TJUE es la regla de interpretación uniforme. El TJUE exige que las normas del DUE sean interpretadas de forma autónoma e independiente y siempre conforme lo que establezca el ordenamiento jurídico europeo en su conjunto, sin tener en cuenta lo que dicen los ordenamientos nacionales, pues las remisiones a los ordenamientos nacionales no deben ser de forma expresa aunque sí podrían ser de forma implícita. Asimismo, exige que las normas europeas sean interpretadas del mismo modo en todos los Estados miembros de la Unión ya que las normas

del DUE deben tener en todos los Estados partes el mismo valor y significado (SÁNCHEZ BRAVO, 1993: p. 271).

Dicho en otros términos, la interpretación uniforme requiere que las normas del Derecho Comunitario se interpreten de igual manera tanto por el TJCE, como por los tribunales de los Estados miembros y que, a los conceptos contenidos en dichas normas se les atribuya un significado autónomo y que se renuncie a entenderlos de la misma forma que se les entiende en el derecho nacional de los Estados miembros.

En el Asunto 49/71, el entonces TJCE en relación a este principio de interpretación dijo: “salvo remisión, expresa o tácita, al Derecho nacional, los conceptos jurídicos utilizados en el Derecho comunitario deben interpretarse y aplicarse de modo uniforme en toda la Comunidad”.²⁸

Es decir que, ante la falta de definición de algún concepto en el DUE, y teniendo en cuenta que este tiene un sentido propio, debe ser interpretado a la luz de los principios y objetivos del derecho de la unión, pues este, como ya se dijo, es autónomo. Por tanto, la finalidad de este principio de interpretación uniforme es la de evitar que cada uno de los sistemas jurisdiccionales nacionales den su propio sentido y alcance a las normas europeas, evitando que el significado varíe de Estado a Estado, es decir una armonización interpretativa.

Por otro lado, en cuanto a los métodos en particular utilizados por el TJUE a la hora de interpretar el DUE, el Tribunal de Luxemburgo utiliza los métodos llamados objetivos, aquellos que solo tienen en cuenta el significado de las palabras sin atender a la voluntad de sus creadores y, por lo tanto, consideran el significado de este según el momento en el que es interpretado, pudiendo considerar a las normas un instrumento vivo (LARENZ, 1994: p.311-312).

En este sentido, el TJUE ha dicho en numerosas sentencias que las normas del ordenamiento jurídico europeo deben ser entendidas según como

²⁸ TJUE, Asunto 79/71, 13 de julio de 1972, considerando 6. La exigencia de este principio de interpretación uniforme por parte del TJUE fue exigida también en otras sentencias, por ejemplo, en los Asuntos 50/71, 64/81, 327/82.

sean interpretadas al momento de ser leídas y teniendo en cuenta las demás normas en las que se encuentra incluida la que se pretende interpretar.²⁹

Es así que son dos los métodos objetivos más utilizados por los jueces de Luxemburgo: el teleológico y el sistemático.

El primero de ellos, es uno de los más relevantes para este Tribunal y es aplicado teniendo en cuenta los objetivos y fines de las normas que se interpreta que se deben entender considerando los intereses presentes. Este método está íntimamente relacionado con el efecto útil de las normas porque la interpretación que se realice de la norma debe buscar soluciones que hagan posible producir los efectos que los autores de las normas buscaron.

El segundo, el sistemático, tiene en cuenta el sentido literal de las normas a analizar, pero en el contexto, es decir analizando también el ordenamiento jurídico en su conjunto, del que forma parte esa norma. Lo que nos permite este método de interpretación es evitar contradicciones dentro de un ordenamiento jurídico determinado, así como también, nos permite entender que unas normas son complementarias de otras.

En el Asunto 6/72, por ejemplo, los jueces de Luxemburgo utilizan ambas técnicas de forma combinada. Dicen que “(...) para resolver este problema procede considerar a la vez el espíritu, la estructura y el tenor del artículo 86, sin olvidar el sistema y las finalidades del Tratado.”³⁰.

En el mismo sentido se expresa en otra de sus sentencias. En el caso 231/81, sostuvo que “cada disposición de Derecho comunitario debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho, de sus finalidades y de su grado de evolución en la fecha en la que debe hacerse aplicación de la disposición de que se trata.”³¹

²⁹ TJUE, Asuntos 9/61, 6/72, 283/81.

³⁰ TJUE, Asunto 6/72, 18 de abril de 1975, considerando 22.

³¹ TJUE, Asunto 231/81, 10 de junio de 1982, considerando 20.

En conclusión, el TJUE, intérprete final del DUE, a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico europeo utiliza mayoritariamente dos métodos de interpretación de tipo objetivo, el teleológico y el sistémico. Estos métodos son los que le permiten al Tribunal establecer una interpretación más efectiva, que se acerca de mejor manera a los objetivos que realmente se plantearon los autores de las normas europeas.

V. Conclusión

Las reglas que establece la CVDT, han sido tomadas por los tribunales internacionales y supranacionales para ser aplicadas a la interpretación de los instrumentos internacionales que deben supervisar.

Además, podemos observar que los mencionados tribunales, han desarrollado a través de sus sentencias, técnicas propias de interpretación. En estas técnicas, es posible establecer algunas similitudes y algunas reglas comunes que están presentes en los casos analizados.

En cada uno de los Tribunales mencionados encontramos sentencias que se refieren a que las normas que se interpretan son instrumentos vivos. Esto significa que el sentido de los instrumentos internacionales puede cambiar de acuerdo al momento histórico y al contexto en que son interpretados y aplicados.

En suma, los pronunciamientos de dichos tribunales, tienen en común que aplican métodos objetivos de interpretación. Estos métodos, que abarcan nuevos contextos sociales y promueven principios más favorables o interpretaciones progresivas de derechos humanos, resultan útiles para conocer cuál es el estándar de protección de los derechos en cuestión, regulados por el instrumento internacional. El conocimiento del estándar de protección que se conforme por la letra del instrumento y la interpretación que los tribunales le han asignado, permitirá conocer más detalladamente responsabilidad que tengan los Estados partes en la aplicación de las normas.

VI. Bibliografía

GIALDINO, R. (2014), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*. 1ª ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot.

LARENZ, K. (1994) *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel S.A., Barcelona.

LIFANTE, I. (1999) *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

NOVAK TALAVERA, F. (2013) *Los criterios para la interpretación de los Tratados*, en Revista de Derecho Themis. Accesible en: [Dialnet-Los Criterios Para Interpretación DeLosTratados-5110708.pdf](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110708)

ORDOÑEZ SOLÍS, D. (2002) La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario europeo, Boletín del Ministerio de Justicia, año 56, N° 1921, 2002. Accesible en; <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5110708>

PIZZOLO, C. (2015) *Las normas interconectadas. Entre la primera y la última palabra en derechos humanos*, Buenos Aires: la Ley.

—(2012) *La Constitución frente a la integración supranacional y al derecho internacional de los derechos humanos en* CAPALDO, GRISELDA – CLERICO, LAURA – SIECKMANN JAN, *Internacionalización del derechos constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires: Ediciones Eudeba.

ROJAS AMANDI, V. (2022) *Los métodos de interpretación de los tratados* en Anales De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales De La Universidad Nacional De La Plata. Accesible en: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/13988/13728>

SANCHEZ BRAVO, A. (1993) *La interpretación del derecho comunitario europeo. Relevancia de los principios generales del derecho*, boletín de la Facultad de Derecho, núm. 3. Accesible en; <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:bfd-1993-3-A489877A/PDF>

SANZ CABALLERO, S. (2015), *El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos como factor de integración en Europa*, Revista Urbe et lus, núm. 14.

Accesible en: <http://urbeetius.org/wp-content/uploads/2018/07/Urbe14-SusanaSanCaballeroo.pdf>

LAS DENUNCIAS INTERESTATALES POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS SISTEMAS EUROPEO E INTERAMERICANO

Agustín Ulanovsky¹ y María Trinidad Beni²

Fecha de recepción: 1 de junio de 2023

Fecha de aceptación: 14 de julio de 2023

Resumen

Este artículo examina la utilización de los mecanismos de denuncia interestatal en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos. El enfoque principal radica en dilucidar la importancia de estos mecanismos en el fortalecimiento de la integración regional y la salvaguardia de los derechos fundamentales.

Mediante un análisis comparativo, este estudio explora las similitudes, divergencias y características de cada sistema, con el objetivo de identificar patrones predominantes, prácticas eficaces y posibles áreas de mejora.

La evidencia empírica revela una notable subutilización de estos mecanismos en la aplicación práctica, a pesar de su potencial inherente para fomentar la resolución pacífica de disputas y promover la protección de los derechos humanos. Además, el artículo subraya la imperante necesidad de fomentar la cooperación internacional y fortalecer el Estado de derecho como requisitos fundamentales para establecer marcos regionales resilientes y sostenibles que salvaguarden de manera efectiva los derechos humanos en su totalidad.

Palabras clave: Derechos humanos - Denuncias interestatales - promoción y Protección - Sistema Interamericano - Sistema Europeo

¹ Abogado, Maestrando en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Doctorando en el área de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Máster en Relaciones y Negociaciones Internacionales (FLACSO y Universidad de San Andrés). Docente de “Fuentes de Derecho Internacional” (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires) y de “Principios de Derechos Humanos y Derecho Constitucional” (Ciclo Básico Común UBA). Director del DECyT “La política pública exterior de la Argentina en Derechos humanos” (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires).

² Estudiante de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Estudiante adscripta para actividades de Investigación durante el 1º cuatrimestre de 2023, a cargo de Agustín Ulanovsky.

Title: INTER-STATE APPLICATIONS OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN THE EUROPEAN AND INTER-AMERICAN SYSTEMS

Abstract

This article critically examines the utilization of interstate applications mechanisms within the European and Inter-American Systems of Human Rights. The primary focus lies on elucidating the significance of these mechanisms in strengthening regional integration and safeguarding fundamental rights.

Through a comparative analysis, this study explores the similarities, divergences, and characteristics of each system, with the aim of identifying prevailing patterns, effective practices, and potential areas for improvement.

Empirical evidence reveals the limited use of these mechanisms in States' practice, despite their inherent potential to promote peaceful dispute resolution and the protection of human rights. Furthermore, the paper emphasizes the urgent need to facilitate international cooperation and strengthen the rule of law as fundamental requirements for establishing resilient and sustainable regional frameworks that effectively safeguard human rights in their entirety.

Keywords: Human Rights - Inter-State Complaints - Promotion and Protection - Inter-American System - European System

I. Introducción

Dados los objetivos de promover la efectividad de los derechos humanos³ y asegurar el interés jurídico que puede tener cada Estado Parte en que todas las demás contratantes cumplan el orden público instaurado por un tratado, diversos sistemas de protección de derechos humanos⁴ permiten que un Estado parte

³ En su Observación general N° 31, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló que “*las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana son obligaciones erga omnes*” y que, según la Carta de las Naciones Unidas, “*existe la obligación de promover el respeto universal y efectivo, así como la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales*”. Además, el organismo aclaró que “*lejos de considerar que señalar posibles infracciones por otros Estados Parte de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto e instar a esos Estados a que cumplan esas obligaciones constituya un acto hostil, ello debe verse como la manifestación de un legítimo interés de la comunidad*” (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 del 26 de mayo de 2004).

⁴ En este artículo nos enfocaremos en mecanismos de protección regional; sin embargo, a nivel universal, por ejemplo, se pueden plantear comunicaciones interestatales ante el Comité para la

interponga acciones (pueden ser denominados indistintamente como “comunicación”, “petición”, “queja” o “denuncia”) contra otro si considera que no está cumpliendo con sus obligaciones convencionales, más allá de que se pueda establecer o no un derecho o interés propio del denunciante (ALIJA FERNÁNDEZ, 2011: p. 9).

Sin embargo, en la práctica, se advierte el escaso uso que se le ha dado a esta facultad por varias razones⁵. En primer lugar, los sistemas de protección tienden a enfatizar el acceso directo de los individuos a los mecanismos previstos y a privilegiar los procedimientos para que las personas afectadas presenten quejas o peticiones individuales.

En segundo lugar, el proceso de presentar una denuncia interestatal puede ser políticamente delicado. Los Estados pueden tener intereses estratégicos, diplomáticos o económicos en juego, lo que puede disuadirlos de presentar una denuncia formal contra otro Estado. Además, las denuncias interestatales pueden llevar tiempo y recursos significativos, lo que puede ser un obstáculo adicional.

En tercer lugar, las denuncias interestatales pueden ser consideradas como un último recurso cuando se han agotado otros medios de solución de controversias que buscan privilegiar el diálogo, los mecanismos de resolución amistosa de disputas y la búsqueda de soluciones consensuadas.

Por ello, en este artículo, nos centraremos en los sistemas de denuncias interestatales previstos en el Sistema Europeo e Interamericano de Derechos

Eliminación de la Discriminación Racial (art. 11 de la CEDR), el Comité de Derechos Humanos (art. 41 del PIDCP), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10 del Protocolo facultativo del Pacto de DESC) o el Comité contra la Tortura (art. 21 del CAT), el Comité contra la Desaparición Forzada (art. 32 del CPDF) y el Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (art. 76 del CDTM).

⁵ De hecho, algunos organismos han sido escépticos sobre este mecanismo, precisamente por su baja utilización. En el borrador de Protocolo Facultativo elaborado por el Comité PIDESC en 1996, por ejemplo, no se recomendó la inclusión de este tipo de procedimiento: *"En principio, existen buenas razones para incluir tal procedimiento dentro del protocolo facultativo. Permitiría aumentar las opciones disponibles para tratar los DESC y colocaría estos derechos a la par de aquellos consagrados en los instrumentos indicados anteriormente. Sin embargo, en la práctica, también existen razones de peso para abogar en contra de la inclusión de un procedimiento de esta índole. Los que ya existen bajo tratados de derechos humanos de la ONU comparables nunca han sido utilizados y los Gobiernos siempre han observado con recelo lo que se ha denominado 'una caja de Pandora que todas las partes prefieren mantener cerrada'"* (E/CN.4/1997/105).

Humanos, dos marcos jurídicos que han impulsado la cooperación y la resolución de conflictos en el ámbito de los derechos humanos entre países de sus respectivas regiones. A través de un estudio comparativo, examinaremos las similitudes, diferencias y características particulares de cada uno con el objetivo de comprender su importancia y contribución al fortalecimiento de la integración regional y la salvaguarda de los derechos fundamentales.

Al comparar los enfoques adoptados, podremos identificar patrones, prácticas exitosas y posibles áreas de mejora en la búsqueda de una justicia eficaz y equitativa. Además, nos permitirá reconocer las dinámicas y las influencias que han dado forma a estos sistemas y cómo han lidiado con el delicado equilibrio entre la autonomía de los Estados y la necesidad de cooperación regional en el ámbito de los derechos humanos.

II. Las denuncias interestatales en el sistema europeo e interamericano

Ambos sistemas regionales de protección de derechos humanos habilitan procedimientos para que los Estados Parte puedan presentar denuncias ante los correspondientes órganos de control por incumplimientos de otros Estados de las obligaciones asumidas por vía convencional.

La doctrina ha discutido sobre el por qué de la baja utilización del mecanismo. Hay quienes argumentan que se debe al temor a que *“dicho mecanismo pudiera ser empleado como un instrumento de intervención para lograr objetivos políticos distintos de los meramente humanitarios”* (FAÚNDEZ LEDESMA, 2004, p. 241), otros a *“la existencia de un círculo vicioso, en el sentido de que la ausencia de precedentes en el recurso a este mecanismo puede a su vez estar desmotivando a los Estados a recurrir al mismo”* (ALIJA FERNÁNDEZ, 2011: p. 26) y los que consideran que *“su eficacia es más bien baja, pues, aunque las quejas interestatales sirven para llamar la atención sobre violaciones de derechos humanos y así conseguir que se incremente la presión diplomática, lo cierto es que nunca han llegado a ser un remedio efectivo ante las violaciones de derechos”* (OCHOA RUIZ, 2004, p. 401).

Sin embargo, consideramos a priori, que el punto crucial a analizar es si los sistemas de protección requieren la aceptación previa del Estado denunciado

de someterse a las denuncias de sus pares y si se exige el requisito de reciprocidad o si, por el contrario, dicha prerrogativa es automática y la intervención del organismo de supervisión es obligatoria.

i. Sistema Europeo

El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)⁶ es un tratado internacional aprobado el 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa y que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, por el cual se estructuró el sistema internacional de protección de Derechos Humanos en la región. Este documento ha tenido un impacto significativo en la protección de los derechos humanos en la región al establecer un marco jurídico común, garantizar una amplia gama de derechos⁷ y fomentar la armonización de las normas y prácticas de los Estados parte en esta materia⁸.

En su versión original, el artículo 24⁹ reconocía la competencia de la Comisión Europea para conocer e intervenir automáticamente en denuncias que pudiera denunciar un Estado parte contra otro por violaciones de los derechos humanos recogidos en el CEDH o en sus Protocolos¹⁰, sin requerirse más que ambos hubieran ratificado la Convención. Estas demandas interestatales eran de competencia obligatoria de la Comisión y no se requería ni que el Estado denunciado aceptase previamente someterse a dicho mecanismo ni tampoco la reciprocidad del denunciante.

⁶ Consultado en www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

⁷ Entre sus disposiciones, el CEDH desarrolla una serie de artículos que garantizan una amplia gama de derechos para ciudadanos nacionales como a extranjeros que se encuentren dentro del territorio de los Estados parte, incluyendo el derecho a la vida, la libertad y seguridad personales, la libertad de expresión, el derecho a un juicio justo, la prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes, entre otros.

⁸ Al día de hoy, el Consejo de Europa cuenta con 46 Estados miembro, los cuales son todos parte en la CEDH. El último cambio se originó el 16 de marzo de 2022, cuando la Federación de Rusia fue cesada por el Comité de Ministros tras su invasión a Ucrania (consultado en www.coe.int/es/web/about-us/our-member-states).

⁹ Artículo 24 del CEDH: *“Toda Parte Contratante puede denunciar a la Comisión, a través del Secretario general del Consejo de Europa de cualquier incumplimiento de las disposiciones del presente Convenio que crea que pueda ser imputado a otra Parte Contratante.”*

¹⁰ Es importante señalar que un Estado puede ser parte en la Convención y no serlo en los Protocolos adicionales. En ese caso, el TEDH podrá solamente juzgar los actos del Estado respecto a lo establecido por la CEDH y por los Protocolos que eventualmente lo obliguen.

Este intento de promover una mayor intervención y más controles mutuos entre los Estados tenía por fin evitar la deriva totalitaria de algún miembro y mantener la protección de los derechos básicos reconocidos, incluso para personas que no fueran nacionales, lo que puede entenderse mejor si se lo vislumbra como “*un sistema de garantía colectiva*”¹¹.

En cuanto al proceso, el sistema original contemplaba que un Estado miembro podía alegar una violación ante el Secretario General del Consejo de Europa, dándose traslado a la Comisión. Seguidamente, este organismo decidía su admisión de acuerdo con los requisitos procedimentales¹². En caso de que la Comisión avanzase en la denuncia, procedía a examinarse el fondo del asunto siguiendo un procedimiento contradictorio entre los representantes de las partes, que incluía la posibilidad de alcanzar acuerdos amistosos¹³ (ex artículo 28.b CEDH).

Si no se alcanzaba una solución, la Comisión preparaba un Informe exponiendo los hechos y emitiendo una opinión no vinculante sobre si hubo o no violación del Convenio o de alguno de sus Protocolos (ex artículo 31 del CEDH) y lo remitía al Comité de Ministros del Consejo de Europa. En un plazo máximo de tres meses, la Comisión podía reenviar el asunto al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH), siempre que el Estado denunciado y el denunciante

¹¹ Como señala Pastor Ridruejo, fue el aprendizaje de las duras lecciones de la Segunda Guerra Mundial las que llevaron al Consejo de Europa a buscar construir en la región “*una comunidad ideológica basada en tres principios fundamentales: la democracia pluralista y parlamentaria, el respeto del Estado de Derecho y el reconocimiento y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*” (PASTOR RIDRUEJO, J. A., 2007, p. 213).

¹² Basado en el principio de subsidiariedad, es responsabilidad primaria de los Estados parte garantizar la aplicación de los derechos reconocidos; el sistema regional sólo interviene cuando éstos no han cumplido su obligación. Por ello, en aquellos casos que se denuncien violaciones en casos individuales, se exige agotar previamente los recursos internos del Estado denunciado, siempre que fueran suficientemente accesibles tanto en teoría como en la práctica.

Asimismo, se exigen otras cuestiones tradicionales como la presentación de la demanda en el plazo de seis meses desde la decisión judicial interna definitiva, el carácter no anónimo de la demanda, la no presentación del mismo caso a otro procedimiento internacional de arreglo o su naturaleza no abusiva (CHUECA SANCHO, Ángel Gregorio: “La demanda individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una aproximación procedimental”, pág. 147).

¹³ Fueron pocos los casos que se pudieron resolver por vía amistosa, entre los que se puede mencionar a *Irlanda c. Reino Unido (II) nº 5451/72* y *Dinamarca, Francia, Noruega, Suecia, País Bajos c. Turquía nº 9940/82- 9944/82*.

hubiesen aceptado su jurisdicción dado que, a diferencia de la competencia obligatoria de la Comisión, esta no era automática¹⁴.

Si el caso no era enviado al TEDH, el Comité de Ministros debía decidir por mayoría de 2/3 si había tenido lugar o no una violación del Convenio o de alguno de sus Protocolos. Los Estados parte se comprometían a considerar como obligación cualquier decisión que este órgano tomase, a pesar de que se trataba de un órgano político que asumía un rol cuasi-judicial (principalmente por el referido carácter facultativo del Tribunal).

En caso de constatarse la violación, el Comité fijaba el plazo en el que el Estado denunciado debía hacer efectivas las medidas interpuestas para subsanar la violación; si superado el plazo, no había adoptado medidas satisfactorias, nuevamente se decidía por mayoría de 2/3 cuáles eran las consecuencias que se derivan de su decisión inicial (ex artículo 32.2,3 CEDH).

De avanzar, se constituía una Sala compuesta por siete magistrados, entre los cuales se contemplaba el magistrado de la nacionalidad de cada Estado interesado o, en su defecto, una persona elegida por él en calidad de representante; el resto de los jueces eran designados por sorteo. La sentencia era definitiva y los Estados Parte se comprometían a aceptarla, quedando la supervisión de la ejecución a cargo del Comité de Ministros (ex artículo 54 CEDH).

El resultado de este procedimiento fue insatisfactorio, principalmente por la baja receptividad que tuvo el compromiso hacia la competencia del TEDH, lo que llevó a que la mayoría de los casos fuesen decididos por un órgano político y no por un órgano judicial independiente e imparcial. Asimismo, el proceso resultaba ser complejo y lento dada la intervención de tres organismos (la Comisión, el TEDH y el Comité de Ministros).

Bajo este sistema, la primera denuncia interestatal fue de 1956: *Grecia c. Reino Unido* (nº 176/56). El gobierno griego alegó continuas violaciones por parte del gobierno y autoridades administrativas británicas en la Isla de Chipre,

¹⁴ Ex Artículo 46 del CEDH: “Cada una de las Partes Contratantes puede declarar en cualquier momento que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial, la jurisdicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio”.

mediante el empleo de medidas administrativas y legislativas de emergencia, usadas de forma genérica y continuada con abuso de poder. En respuesta, Reino Unido argumentó que las medidas en cuestión eran cubiertas por necesidad de seguridad nacional o seguridad pública, para la prevención de desorden y para la protección del resto de los derechos y libertades fundamentales, en virtud del artículo 15 de la Convención.

Al no existir aún el TEDH, terminó interviniendo la Comisión que resolvió que *“no hay nadie mejor posicionado que el propio gobierno para valorar todos los hechos relevantes de la situación”* a fin de definir espacios jurídicos indefinidos, creando así la doctrina del margen de apreciación. Ante esto, la Comisión decidió no revisar las medidas legislativa impuestas por el gobierno británico y por tanto no encontró violación alguna.

Hasta la reforma del sistema en 1998, fueron luego interpuestas 17 demandas interestatales más¹⁵; entre ellas, la que más se destaca en cuanto a demostrar la efectividad que podía tener este mecanismo regional en la defensa y promoción de los derechos humanos fue el llevado contra la dictadura griega a fines de la década de 1960.

El 21 de abril de 1967, Grecia había sufrido un golpe de estado (“la Dictadura de los Coroneles”) con el pretexto de combatir la subversión comunista, que desencadenó en un régimen totalitario y militar, donde primaron los arrestos y torturas, la Ley Marcial y la censura. En mayo de 1967, amparándose en el artículo 15 CEDH, Grecia informó al Secretario General del Consejo de Europa de la derogación del Convenio alegando un contexto de anarquía. Sin embargo, Noruega, Suecia, Dinamarca y Países Bajos interpusieron demandas interestatales contra Grecia, alegando distintas violaciones masivas a los artículos del Convenio¹⁶.

¹⁵ Grecia contra Reino Unido (I) n° 176/56; Grecia contra Reino Unido (II) n° 299/57; Austria contra Italia n° 788/60; Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos contra Grecia n° 3321/67, n° 3322/67, n° 3323/67, n° 3344/67 y n° 4448/70; Irlanda contra Reino Unido n° 5310/71; Chipre contra Turquía n° 6780/40, n° 6950/75, n° 8007/77 y n° 25781/94; Dinamarca, Francia, Noruega, Suecia, Países Bajos contra Turquía n° 9940/82 y n° 9944/82.

¹⁶ Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos contra Grecia n° 3321/67, n° 3322/67, n° 3323/67, n° 3344/67 y n° 4448/70.

Si bien el gobierno griego alegó que la Comisión no era competente para examinarlo porque gozaba de “*un margen de apreciación*”, este organismo terminó elaborando un largo Informe reconociendo gran parte de las violaciones alegadas y sugiriendo diez propuestas de acción. Simultáneamente, muchos Estados miembro solicitaron la suspensión de Grecia ante la Asamblea del Consejo de Europa hasta que la democracia fuese restaurada y amenazaron con abandonar el organismo si no se avanzaba en ese sentido.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa manifestó en su Resolución 346 de 1967 su preocupación por las graves violaciones de derechos humanos que se estaban produciendo en Grecia tras el golpe de Estado e instó a los Estados a utilizar el mecanismo de las quejas interestatales en casos graves como éste dado que, si no lo hacían, “*el mecanismo de garantía colectiva de los derechos humanos reconocidos en el CEDH podría correr el riesgo de ser inútil*”¹⁷.

En este contexto de altas tensiones, el gobierno de facto griego terminó denunciando el Convenio y su Primer Protocolo Adicional el 12 de diciembre de 1969 para evitarse la humillación de una expulsión. Finalmente, tras el regreso de la democracia en 1974, Grecia se reincorporó al Consejo de Europa y se convirtió nuevamente en Parte del Convenio, por lo que el Comité decidió no continuar con la causa.

Así, a pesar de no haberse cumplido con todo el procedimiento previsto, el activo rol de distintos Estados europeos supuso una fuerte presión contra el gobierno griego que terminó deslegitimándolo y coadyuvando para su posterior reemplazo.

Lo cierto es que, bajo el sistema original, sólo un caso fue resuelto por el TEDH: *Irlanda c. Reino Unido (I)* (nº 5310/71). El 16 de diciembre de 1971, el gobierno de Irlanda denunció ante la Comisión Europea al Reino Unido dado un abuso en una serie de poderes o facultades extrajudiciales en Irlanda del Norte para detener, encarcelar e internar y los malos tratos que se habrían cometido

¹⁷ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Resolución 346 sobre la situación en Grecia, 23 de junio de 1967.

contra personas privadas de su libertad desde agosto de 1971 hasta diciembre de 1975.

La Comisión concluyó que el uso combinado de las cinco técnicas, en los casos que se la habían sometido, constituye una práctica de trato inhumano y tortura, y por consiguiente se viola el artículo 3 CEDH. El Informe fue remitido al TEDH, puesto que tanto Irlanda como Reino Unido habían aceptado la jurisdicción; el Tribunal terminó dictando Sentencia definitiva el 18 de enero de 1978, la cual establecía que el uso de las cinco técnicas había supuesto un trato inhumano y degradante, pero no de tortura, lo cual debía distinguirse dada la intensidad del sufrimiento infringido.

El 11 de mayo de 1994 fue adoptado y abierto a la firma el Protocolo N° 11, que entró en vigor el 1° de noviembre de 1998; este documento implicó una reforma muy profunda al eliminarse la Comisión Europea de Derechos Humanos, limitar las competencias del Comité de Ministros a la supervisión de la ejecución de sentencias y promover la judicialización de todo el sistema mediante reconocer al TEDH la jurisdicción obligatoria y competencias exclusivas decisorias en todos los asuntos que se refieran a la interpretación y aplicación del CEDH y sus Protocolos¹⁸.

A su vez, este Protocolo habilitó a individuos y grupos de individuos a presentar denuncias directamente ante el Tribunal¹⁹, dejando atrás la necesidad de que los Estados aceptasen de forma expresa y previa la competencia de la Comisión para tratar casos individuales (ex art. 25.1. del CEDH²⁰) y la posterior mediatización que el primero realizaba.

¹⁸ Según el nuevo artículo 19 del CEDH, todos los Estados parte del Consejo de Europa están sometidos al TEDH como único órgano jurisdiccional de garantía: *“Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del Presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...). Funcionará de manera permanente”*.

Según Casanovas y Rodrigo, *“la judicialización completa y la legitimación directa del individuo son el resultado de las enmiendas al Convenio introducidas por el Protocolo 11”* (CASANOVAS, O. y RODRIGO, A.J, 2015, p. 460).

¹⁹ El nuevo artículo 34 de la CEDH afirma: *“El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”*.

²⁰ Artículo 25.1 del CEDH: *“La Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario general del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no*

En lo que respecta a las demandas interestatales, el nuevo sistema no modificó la legitimación activa que tienen uno o varios Estados parte para denunciar cualquier incumplimiento de otro Estado parte tanto del Convenio como de sus Protocolos aplicables (art. 33 del CEDH). En cuanto al procedimiento, se determinó que todo Estado parte debe presentar su demanda contra otro Estado directamente a la Secretaría del Tribunal²¹. Seguidamente, un letrado realiza un examen preliminar sobre las condiciones de admisibilidad a efectos de poder registrar la demanda y dar traslado al Estado denunciado y a una Sala de siete jueces del TEDH²².

En caso de que la denuncia sea declarada inadmisibile, el proceso queda finalizado; si es admitido, el presidente de la Sala determina los plazos para la presentación de alegaciones en cuanto al fondo, lo cual se realiza en forma contradictoria (principalmente de forma escrita, pero pueden celebrarse encuentros orales). Durante todo el procedimiento se facilitan los acuerdos amistosos, en virtud del artículo 39 CEDH.

Finalmente, el artículo 29 del CEDH establece que la Sala debe resolver tanto la admisibilidad como el fondo en los casos de denuncias entre Estados. No obstante, si el asunto planteado ante la Sala está relacionada a una cuestión grave de interpretación del Convenio o de los Protocolos Adicionales o si la solución es presumiblemente contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala puede remitir el tema a la Gran Sala de

gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso en que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia [...]" (el subrayado es propio).

²¹ Se debe indicar el nombre del/de los Estado/s contra el/los que se dirige la demanda, una relación de los hechos, una exposición de la o las violaciones del Convenio y de los argumentos correspondientes, una exposición sobre el cumplimiento de los criterios de admisibilidad (en particular sobre el agotamiento de los recursos internos y el respeto del plazo de seis meses), el objeto de la demanda y las reclamaciones de satisfacción equitativa si es que se desean formular, entre otras cuestiones (art. 46 del Reglamento del TEDH).

²² Entre los jueces intervinientes deben estar obligatoriamente los elegidos por el Estado demandado y por la parte demandante; en caso de ser varios los Estados intervinientes, deben acordar un único juez de la comunidad de intereses. En caso de no ponerse de acuerdo, el presidente de la Sala sortea de entre los jueces propuestos, según establecen los artículos 51 y 30 del Reglamento del Tribunal.

cinco jueces antes de dictar sentencia, siempre y cuando ninguna de las partes se oponga a ello (art. 31 del CEDH).

En caso de ser admitida, la Gran Sala se pronuncia mediante sentencia, la cual es definitiva; el reexamen reviste un carácter excepcional, prevaleciendo la seguridad jurídica²³. Por el contrario, si la sentencia es resuelta por la Sala, la decisión no es definitiva hasta que, pasados tres meses, las partes no hayan acudido a la Gran Sala, declaren que no solicitarán la remisión del asunto a la Gran Sala o ésta rechace la eventual solicitud de remisión. Firme la sentencia definitiva, se la remite al Comité de Ministros para verificar que se ejecute.

Desde entonces, el TEDH ha resuelto distintas causas evidenciando un mayor éxito en satisfacer la vulneración de los derechos de las víctimas dentro de procesos interestatales que buscan la protección efectiva de los derechos humanos²⁴. Por ejemplo, en la sentencia en el caso *Chipre contra Turquía* del 10 de mayo de 2001²⁵, se analizó la denuncia del gobierno chipriota contra su par turco por sus operaciones militares en la República Turca del Norte de Chipre (RTNC) entre julio y agosto de 1974 y por la posterior proclamación y promulgación de la Constitución del 7 de mayo de 1985, que derivó en la división del territorio de Chipre. Por su lado, Turquía alegó que la RTNC era un Estado democrático, constitucional y políticamente independiente y que su población tenía derecho a ejercer su autodeterminación.

Tras hacer un pormenorizado análisis del caso, el TEDH concluyó que Turquía había sido responsable de continuar las violaciones de diversos artículos de la CEDH y de los artículos 1 y 2 del Protocolo nº 1. Entre otras cuestiones, se señaló que se había constatado la violación continuada del art. 2 (derecho a la vida) porque las autoridades habían fallado en cuanto a la conducción de una investigación efectiva sobre las desapariciones y el destino de las personas grecochipriotas desaparecidas; la vulneración continuada del art. 5 (derecho a la libertad y seguridad), puesto que las autoridades turcas no habían llevado a cabo

²³ Es posible apreciarlo en la reapertura del caso Irlanda contra Reino Unido nº 5310/71.

²⁴ Es dable citar distintas causas interestatales como Dinamarca contra Turquía nº 34382/97; Georgia contra Rusia nº 13255/07, nº 38263/08, nº 61186/09 y nº 39611/18; Eslovenia contra Croacia nº 54155/16; Ucrania contra Rusia nº 20958/14, nº 43800/14, nº 8019/16, nº 38334/18 y nº 55855/18.

²⁵ STEDH, *Chipre c. Turquía* (Nº 25781/97), 10 de mayo de 2001.

una investigación efectiva sobre las personas desaparecidas que estaban bajo custodia turca en el momento de su desaparición; la vulneración continuada del art. 8 (derecho a la vida privada y familiar) por impedir el retorno de los grecochipriotas desplazados a sus casa en el norte de Chipre y una violación continuada del art.1 del Protocolo N° 1 (derecho a la propiedad) por la denegación a los propietarios grecochipriotas del acceso, control, uso y disfrute de sus propiedades, y por no haberle concedido ninguna compensación por la interferencia en sus derechos de propiedad.

En otro caso de demanda interestatal, el TEDH resolvió en *Georgia c. Rusia I* que, si bien los Estados tienen el derecho soberano de establecer sus políticas de inmigración, las dificultades en la gestión de los flujos migratorios y la situación administrativa en la que esté un migrante en un Estado no pueden justificar prácticas incompatibles con sus obligaciones convencionales. Así, condenó la práctica administrativa rusa avalada por las instancias judiciales de detener y expulsar colectivamente a nacionales georgianos entre octubre de 2006 y enero de 2007 como una violación del artículo 4 del Protocolo n° 4²⁶.

En *Georgia c. Rusia II*²⁷, el TEDH condenó también al gobierno ruso a indemnizar con unos 130 millones de euros a Georgia por las violaciones cometidas durante el conflicto de Osetia del Sur en 2008 al considerar probado que Rusia toleró durante ese conflicto actos contrarios al CEDH, tales como asesinatos de civiles, incendios, saqueos de ciudades, tratamientos inhumanos y degradantes, detenciones arbitrarias y torturas. Además, pidió al Comité de Ministros de la organización que siga velando por el cumplimiento de las sentencias dictadas contra Moscú, pese a que Rusia fue expulsada en marzo de 2022 del Consejo de Europa tras la invasión de Ucrania.

Así las cosas, a pesar de que la competencia del TEDH es obligatoria para los Estados Parte en demandas interestatales y de ciertos avances logrados tras la entrada en vigor del Protocolo n° 11, no se advierte en el sistema europeo

²⁶ STEDH, *Georgia c. Rusia I* (n° 13255/07), 3 de julio de 2014.

²⁷ STEDH, *Georgia c. Rusia II* (n° 38263/08), 21 de enero de 2021.

una gran utilización de la denuncia interestatal ni tampoco por el propio Tribunal que ha priorizado a las demandas individuales.

ii. Sistema Interamericano

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)²⁸ fue aprobada el 22 de noviembre de 1969 en Costa Rica y entró en vigor el 18 de julio de 1978²⁹; a partir de ella, los Estados ratificantes se comprometieron internacionalmente a respetar y dar garantías para que los derechos humanos sean respetados. A su vez, se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos y definieron atribuciones y procedimientos tanto de la Corte como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Respecto a las denuncias interestatales, la CIDH fue facultada para recibirlas y examinarlas en el artículo 45 de la CADH. Sin embargo, el mecanismo previsto presenta tres características que le restan relevancia y eficacia en la práctica.

En primer lugar, este mecanismo aplica sólo entre Estados miembros que hayan ratificado la CADH, lo cual excluye a muchos que integran el sistema interamericano de derechos humanos, pero que sólo están comprometidos por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre³⁰.

²⁸ Artículo 45 de la CADH: “1. *Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento o ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención; 2. Las comunicaciones hechas en virtud del presente artículo sólo se pueden admitir y examinar si son presentadas por un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconozca la referida competencia de la Comisión. La Comisión no admitirá ninguna comunicación contra un Estado Parte que no haya hecho tal declaración. 3. Las declaraciones sobre reconocimiento de competencia pueden hacerse para que ésta rija por tiempo indefinido por un período determinado o para casos específicos (...)*”.

Según el artículo 50 inciso 1° del Reglamento de la CIDH, en el caso de que el Estado que se alega ha violado la Convención no hubiera aceptado la competencia, la denuncia del otro Estado le será transmitida a los efectos de que pueda ejercer su opción para reconocer esa competencia en el caso específico objeto de la comunicación.

²⁹ Conforme al artículo 74.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁰ Sólo 22 de los 34 Estados parte ratificaron la CADH (Cuba no es considerado dada su suspensión del organismo regional): Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay. Trinidad y Tobago y Venezuela denunciaron la CADH, tras una ratificación inicial. Disponible en www.oas.org/dil/esp/tratados_B-

En segundo lugar, el reconocimiento de la competencia de la CIDH para las denuncias interestatales es adicional y opcional, por lo que una denuncia de un Estado parte sólo puede avanzar si antes se declaró expresamente aceptar dicha intervención de la CIDH o si se la acepta para ese caso concreto.

Lo cierto es que el compromiso demostrado por los Estados americanos hasta el momento ha sido magro; sólo Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, Jamaica, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela han formulado inequívocamente una declaración aceptando la competencia de la CIDH para recibir y examinar comunicaciones de otros Estados alegando que han incurrido en violaciones de los derechos consagrados en la Convención. La Argentina y Colombia reconocieron también la competencia de la Comisión por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad, pero sólo sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.

Por último, en tanto rige el principio de reciprocidad, sólo pueden ser denunciante aquellos Estados que también hayan reconocido la competencia de la CIDH para recibir denuncias de otros pares. La Comisión ha indicado que su competencia para conocer de comunicaciones interestatales *“opera exclusivamente sobre la base de la reciprocidad, de modo que sólo la pueden ejercer Estados Parte en la Convención Americana que hayan formulado una declaración similar, aceptando la competencia de la Comisión para recibir y examinar comunicaciones de otros Estados Parte”*³¹.

Es decir, a diferencia de las peticiones individuales en las cuales la CIDH adquiere jurisdicción en forma automática y de pleno derecho, en el caso de comunicaciones interestatales debe corroborarse: (1) que el Estado denunciado haya ratificado la CADH, (2) que haya declarado expresamente aceptar la competencia de la Comisión para recibir y (3) que la comunicación sea de otro Estado parte que haya formulado una declaración similar para cumplirse con la reciprocidad exigida.

[32 Convencion Americana sobre Derechos Humanos firmas.htm](#) (fecha de consulta: 26/5/2023).

³¹ CIDH, Informe N° 11/07, Caso Interestatal 01/06, Inadmisibilidad, Nicaragua c. Costa Rica, 8 de marzo de 2007, párr. 169.

En cuanto al procedimiento, el artículo 46 de la CADH y el artículo 50 inciso 2° del Reglamento de la CIDH disponen que las denuncias interestatales se rigen por las mismas normas de procedimiento y requisitos que las peticiones individuales³². Sin embargo, la CIDH ha observado que la redacción del artículo 45 de la CADH es similar pero no idéntica a la del 44, en cuanto a que amplía la capacidad de los Estados a denunciar no sólo situaciones que hayan afectado a víctimas individualizadas o determinables sino también situaciones generalizadas de violaciones masivas o sistemáticas a los derechos humanos³³.

En igual tono, la Corte Interamericana dejó abierta la posibilidad de que en una disputa interestatal los Estados pudieran saltar algunos pasos o el procedimiento ante la CIDH en su totalidad: *“Dicho procedimiento no es pues renunciable o excusable, a menos que quede claramente establecido que su omisión, en una especie determinada, no compromete las funciones que la Convención asigna a la Comisión, como podría ocurrir en algunos casos en que el asunto se planteara ab initio entre Estados y no entre individuo y Estado...”*³⁴. No obstante, en tanto no han habido aún casos interestatales que alcanzaran la intervención del Tribunal, no se ha vislumbrado en la práctica cómo funcionaría.

En cuanto a las normas de derechos humanos que pueden ser analizadas, la CIDH ha establecido que, además de la propia CADH, pueden ser considerada otra normativa internacional como la Declaración Universal, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros tratados ratificados por el Estado denunciado³⁵.

A las restricciones legales mencionadas precedentemente y a la actitud reticente de los Estados se le sumó también una actitud cautelosa de la CIDH en

³² Es decir, cumplir con lo requerido en los artículos 46 al 51 que incluye el agotamiento de los recursos disponibles en la jurisdicción interna (con las excepciones previstas), la presentación de la comunicación dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha de notificación de la decisión definitiva y que la materia de la comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional.

³³ CIDH, Informe N° 11/07, op. Cit. párr. 195. Para más información, se sugiere FAÚNDEZ LEDESMA, 2014, p. 241.

³⁴ Corte IDH, Caso *Viviana Gallardo y otras c. Costa Rica*, Sentencia del 13 de noviembre de 1981, parr. 25.

³⁵ CIDH, Informe N° 11/07, op. Cit. párrs. 224 y 226. Según el artículo 19.6 del Protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales, el uso de este mecanismo es extensible al Protocolo con dos derechos: la libertad sindical y el derecho a la educación.

promover la presentación de comunicaciones interestatales³⁶. Esto lleva a que, en la práctica, este mecanismo cuente con sólo dos antecedentes en la CIDH y que la Corte Interamericana no interviniera en ningún caso interestatal.

El Sistema interamericano recibió su primera denuncia interestatal en 2006. Nicaragua se presentó contra Costa Rica alegando un incumplimiento de dicho Estado en brindar las debidas garantías de protección de los derechos humanos a la población migrante nicaragüense bajo su jurisdicción. Esta comunicación fue finalmente declarada inadmisibles por la CIDH al considerarla manifiestamente infundada, aunque aprovechó la oportunidad para explayarse sobre el sistema de protección de derechos humanos, el cual *“constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados Parte”*.

En este sentido, para la CIDH, *“el interés de los Estados signatarios es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos, y si un Estado viola su obligación de garantizar los derechos humanos a los individuos bajo su jurisdicción también está violando su compromiso hacia los otros Estados. Por ello, la Convención ha previsto un mecanismo para que los Estados puedan presentar comunicaciones ante la CIDH con el fin de resguardar el sistema regional de derechos humanos y contribuir a la realización de las garantías consagradas en la Convención”*³⁷.

³⁶ En 1998, Lidia Guerrero presentó una petición ante la CIDH contra la República Argentina por la presunta violación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos en perjuicio de su hijo, Víctor Saldaño.

La presunta víctima de nacionalidad argentina había sido condenada a muerte por la justicia de los Estados Unidos de América y permanecía detenida en la prisión de Huntsville, Texas. La peticionaria consideró que durante el juicio se violaron los derechos consagrados en los artículos I, II, XVIII, XXIV y XXVI de la Declaración Americana y alegó que la omisión del Estado argentino en presentar una comunicación interestatal conforme a los artículos 44 y 45 de la Convención Americana contra los Estados Unidos lo hacía responsable por la violación de los citados artículos de la Declaración, así como de los derechos similarmente protegidos en los artículos 4, 8, 25 y 1(1) de la Convención Americana.

En 1999, la CIDH concluyó que *“el ejercicio de esta prerrogativa [denunciar interestatalmente] (...) no constituye una obligación exigible bajo la Convención. Se trata simplemente de una facultad discrecional de los Estados parte (...) La Convención no establece obligación positiva alguna de presentar comunicaciones contra otros Estados parte ni prevé el derecho de las personas protegidas por la Convención a exigir de los Estados parte que ejerciten dicha prerrogativa”* (CIDH, Informe No. 38/99, Víctor Saldaño c. Argentina, 11 de marzo de 1999, párr. 30).

³⁷ CIDH, Informe N° 11/07, op. cit, párr. 197.

Asimismo, agregó que se debe *“interpretar el mecanismo consagrado en el artículo 45 de la Convención no como un derecho de un Estado con el propósito de exigir el cumplimiento de sus derechos o intereses particulares, sino con el propósito de generar la actuación de la Comisión sobre posibles violaciones al orden público regional. Es esta interpretación la que permite la realización del mecanismo de garantía colectiva que se encuentra previsto en el artículo 45”*³⁸.

El 11 de junio de 2009 la CIDH recibió su segunda petición interestatal. La comunicación fue presentada por el Estado de Ecuador en la que se alegaba que el Estado de Colombia incurrió en la violación de derechos humanos, en perjuicio del ciudadano ecuatoriano Franklin Guillermo Aisalla Molina por su presunta ejecución extrajudicial por parte de agentes de la fuerza pública de Colombia en el marco de la “Operación Fénix” llevada a cabo el 1 de marzo de 2008 en territorio ecuatoriano.

Si bien ninguno de los países había declarado su reconocimiento de la competencia de la CIDH para recibir y examinar comunicaciones interestatales lo hicieron para este caso en particular. Así, la CIDH admitió por primera vez una denuncia interestatal el 21 de octubre de 2010³⁹.

Sin embargo, la misma no culminó con la intervención de la Corte Interamericana sino en un procedimiento de solución amistosa entre los países involucrados. El 29 de agosto de 2013, Ecuador informó que ambas partes llegaron *“a un acuerdo tendiente al desarrollo social y económico y de reparación e inversión para la compensación social fronteriza”*. Adicionalmente, indicó que *“[e]n virtud de que dicho acuerdo satisface las pretensiones de las víctimas y del Estado de ecuatoriano planteadas en el caso 12.779, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 41 del Reglamento de la [CIDH], el Estado ecuatoriano manifiesta a la Ilustre Comisión (...), el desistimiento de la demanda presentada en contra del Estado colombiano”*⁴⁰. Por ello, el 4 de noviembre de 2013 la CIDH decidió archivar el caso.

³⁸ CIDH, Informe N° 11/07, op. cit, párr. 200.

³⁹ CIDH, Informe N° 112/10, Petición Interestatal PI-02, Admisibilidad, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador – Colombia, 21 de octubre de 2010.

⁴⁰ CIDH, Informe No. 96/13, Decisión del Archivo. Caso interestatal 12.779 Ecuador c. Colombia, 4 de noviembre de 2013, párr. 14.

Así las cosas, el análisis de estos dos antecedentes de denuncias interestatales en el Sistema Interamericano demuestran que la necesidad de ratificación de la CADH, de la aceptación expresa previa del Estado denunciado de someterse a las denuncias de sus pares y el requisito de reciprocidad han atentado contra la efectividad de las denuncias interestatales como herramienta eficaz para la protección de los derechos humanos en la región.

III. Conclusiones

Como expresión de la naturaleza erga omnes de las obligaciones jurídicas relativas a la protección de los derechos humanos y de la efectividad del tratado, muchos sistemas de protección incluyen mecanismos interestatales que habilitan a los Estados Parte a reclamar contra otros miembros que (consideran) no están observando las obligaciones convencionales.

No obstante, como se desprende de los sistemas europeo e interamericano, estas herramientas han tendido a ser poco utilizadas en la práctica, principalmente por su percibido alto componente político y el riesgo de que sean vistas como un acto inamistoso. Más aún, en el caso de las Américas, la interposición está condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos mucho más restrictivos que las de Europa, lo que atenta aún más contra su implementación. Nos es entonces dable concluir que la utilización de estos mecanismos interestatales ha sido generalmente excepcional y determinada por intereses que exceden al genuino altruismo que debería orientar la defensa de los derechos humanos.

Desde nuestra perspectiva, consideramos que estas intervenciones interestatales ya incluidas en tratados internacionales vigentes, de ser correctamente utilizados, podrían convertirse en herramientas eficientes para lograr una mayor protección y promoción de los derechos humanos. De hecho, antecedentes en el sistema europeo como el de la denuncia ante el golpe militar en Grecia o el resarcimiento de violaciones a víctimas en Chipre demuestran el potencial de transformar a los mecanismos interestatales en sistemas efectivos de vigilancia y garantía colectiva de cumplimiento.

Precisamente por la mayor y mejor utilización de este recurso en el sistema europeo, consideramos necesario que el sistema interamericano de derechos humanos contemple incorporar cláusulas similares a la adoptada en el artículo 33 CEDH a fin de que las demandas interestatales no se configuren como un mecanismo facultativo, sino que sean admitidas sin necesidad de que el Estado denunciado haya aceptado previamente someterse a dicho procedimiento ni para que tampoco estén sujetas al requisito de reciprocidad.

En definitiva, las denuncias interestatales constituyen vías legales y pacíficas para resolver disputas y conflictos en materia de derechos humanos, evitando y/o minimizando posibles enfrentamientos violentos y fomentando el diálogo constructivo. Por eso, es imprescindible profundizar en la comprensión de los procedimientos contenciosos interestatales en materia de derechos humanos en el contexto de la integración regional y vislumbrar su capacidad para promover la paz, la estabilidad y la cohesión entre los Estados miembros, así como para la protección efectiva de los derechos humanos.

Al abordar estas cuestiones, se vuelve a poner de manifiesto la importancia de la cooperación internacional y el fortalecimiento del Estado de derecho en la construcción de sistemas regionales robustos y sostenibles que garanticen la protección y promoción de los derechos humanos en toda su extensión, más allá de cualquier otro interés que pueda tener cada política exterior.

IV. Bibliografía

ALIJA FERNÁNDEZ, R.A. (2011). Las quejas interestatales ante órganos judiciales o cuasi-judiciales de garantía de los derechos humanos: ¿un mecanismo útil en situaciones de crisis?. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 22, pág. 1-38. Accesible en <https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/43627/1/607295.pdf>.

CASANOVAS, O. Y RODRIGO, A.J. (2015). *Compendio de derecho internacional público*. Madrid: Tecnos.

CHUECA SANCHO, A.G. (2011). La demanda individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una aproximación procedimental. *Revista Internacional*

de Derechos Humanos, N° 139, Año I N° 1, pág. 139-156. Accesible en www.corteidh.or.cr/tablas/30951.pdf.

FAÚNDEZ LEDESMA, H. (2004). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

HENNEBEL, L. Y TIGROUDJA, H. (2022). *The American Convention on Human Rights, a commentary*. Oxford University Press, 2022.

OCHOA RUIZ, N. (2004). *Los mecanismos convencionales de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas*. Madrid: Thomson / Civitas.

PASTOR RIDRUEJO, J.A. (2007). *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.

Seguí las actividades

del Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH en:

www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/



CentrodeExcelenciaIRDH



@centro_dh



centrodeexcelenciajmbairdh



Centro de Excelencia Jean Monnet IR&DH

**y de la Revista "Integración Regional &
Derechos Humanos" en:**

www.derecho.uba.ar/institucional/centro-de-excelencia-jean-monnet/revista-electronica-integracion-regional-y-ddhh.php



revistajeannonnetuba

