

v. 05, n° 01 - jan/jun 2025

ISSN 2763-8685

LATIN AMERICAN JOURNAL OF EUROPEAN STUDIES

LATIN AMERICAN JOURNAL OF EUROPEAN STUDIES

Editors in charge of this Issue

Editors

Aline Beltrame de Moura
Naiara Posenato



ISSN 2763-8685

Latin American Journal of European Studies	Vol. 5	n.1	p. 1-486	June	2025

LATIN AMERICAN JOURNAL OF EUROPEAN STUDIES

Jean Monnet Network Policy Debate - BRIDGE WATCH

The Latin American Journal of European Studies (ISSN 2763-8685) is a publication of the Latin American Center of European Studies, currently supported by the Jean Monnet Network Policy Debate "BRIDGE Watch" project with funding from the Erasmus + Programme of the European Commission.

The purpose of the Journal is to contribute to the studies of European Union Law and Policies from an analytical, critical and axiological perspective of the European integration process and of the relevant contexts of its international relations with third countries and, especially, with Latin America. We collaborate with the mission of creating new knowledge, building bridges of dialogue and exchanging good practices between regions, always with a view to promoting economic and social development, peace and international security.

Editorial Lines

The Journal objectives disseminate scientific articles, comments on jurisprudence, critical reviews and interviews in Portuguese, English and Spanish, which are in line with the following Editorial Lines:

1. European Union Law and Policies
2. European Union International Relations with third countries and Latin America

Chief Editor

Aline Beltrame de Moura, Universidade Federal de Santa Catarina (Brazil)

Associate Editor

Naiara Posenato, Università degli Studi di Milano (Italy)

Editorial Board

Carlos Molina Del Pozo Universidad de Alcalá (Spain)
Daniela Guerra Basedas – Universidad de la República (Uruguay)
Dante Maurício Negro Alvarado - Organization of American States (United States of America)
Elizabeth Accioly - Universidade Europeia (Portugal)
Francesco Seatzu - Università degli Studi di Cagliari (Italy)
Hans Egil Offerdal - Universitetet i Bergen (Norway)
Ignacio Herrera Anchustegui - Universitetet i Bergen (Norway)
Ilaria Anrò - Università degli Studi di Milano (Italy)
Iliana Rodríguez Santibáñez - Mexico City campus of Tecnológico de Monterrey, (Mexico)
Jacobco Ramirez - Copenhagen Business School – CBS, (Denmark)
Jamilé Bergamaschine Mata Diz - Universidade Federal de Minas Gerais (Brazil)
José Antonio Calvo Gómez - European Institute of International Studies (Sweden)
Laura Victoria García Matamoros - Universidad del Rosario (Colombia)
Lourdes Gabriela Daza Aramayo - Anglo-americká vysoká škola (Czech Republic)
María Ángeles Rodríguez Vázquez - Universidad de Sevilla (Spain)
Oswaldo Zavala Blas - Universidad Nacional de Trujillo (Peru)
Rui Guerra da Fonseca - Constitutional Court of Portugal
Sandra Cecilia Negro - Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Santiago Luis Aversa - Universidad del Salvador (Argentina)
Virdzhiniya Petrova Georgieva - Universidad Iberoamericana (Mexico)

Editorial Assistants

Simoni Ribeiro de Freitas
Rafaela Girardi Hormann
Carla Lerin
Maria Laura Pereira
Victoria Fernandes de Moraes
Isabella Gelain Zerbielli

Layout

Laura Pra Baldi de Freitas - Emais Editora

Open Access Policy

[Open Access Policy](#)

[© 2024. This Journal is openly licensed via CC BY NC 4.0.](#)

Available in

www.eurolatinstudies.com

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

L381

9. ed.

Latin American Journal of European Studies [recurso eletrônico] / organização Aline Beltrame de Moura, Naiara Posenato. - 9. ed. - Florianópolis [SC] : Emais, 2025.
recurso digital ; 5002 MB

Formato: pdf

Requisitos do sistema: adobe acrobat reader

Modo de acesso: world wide web

Vol. 5, n. 1, jun., 2025 (p.1-486)

Inclui bibliografia e índice

ISSN 2763-8685

1. Direitos humanos. 2. Igualdade. 3. Países da União Europeia - Relações - América Latina. 4. Livros eletrônicos. I. Moura, Aline Beltrame de. II. Posenato, Naiara.

25-98904.0

CDD: 327

CDU: 327



Gabriela Faray Ferreira Lopes - Bibliotecária - CRB-7/6643

25/06/2025 30/06/2025

"The European Commission's support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein."

TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL	8
<u>DOSSIER - HUMAN RIGHTS, DIGNITY, AND EQUALITY: A DIALOGUE BETWEEN LATIN AMERICA AND EUROPE</u>	
TOO MUCH LOVE WILL KILL YOU: SERÁ A COMPLEXIDADE INIMIGA DA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS?	14
<i>Rui Guerra da Fonseca</i>	
CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS: UN DESAFÍO FUTURO PARA LA PROTECCIÓN CABAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	28
<i>Jose Humberto Sahian</i>	
FREEDOM OF SPEECH AND ITS DIGITAL TRANSFORMATION AND PROTECTION: GUIDELINES AND PRINCIPLES FROM THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE-LAW AND OTHER HUMAN RIGHT PROTECTION BODIES	52
<i>Walter Arevalo Ramirez Andrés Rousset Siri</i>	
FALSA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y OBSTRUCCIÓN DE SERVICIOS: EL LATENTE RETROCESO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER/	79
<i>Betzabé Araya Peschke</i>	
AVANCES Y DESAFÍOS EN LA REGULACIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FRENTE A LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA: UNA MIRADA HACIA LATINOAMÉRICA Y LA UNIÓN EUROPEA	108
<i>Romina Gallardo Duarte</i>	

LA PROSTITUCIÓN Y LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS: ANÁLISIS DEL INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS, CON ÉNFASIS EN LA SITUACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y MERCOSUR 131

Pablo Guerra

BARRERAS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ARGENTINA 150

Celeste Carla Dimeglio

LA ACCESIBILIDAD URBANA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UNA ARQUITECTURA INTELIGENTE COMO DERECHO HUMANO A LA MOVILIDAD 172

Angel Oscar Piazza

AVANCES Y DESAFÍOS EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS INDÍGENAS Y DE LAS MINORÍAS EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA: UN ESTUDIO COMPARATIVO DE LA JURISPRUDENCIA ENTRE ECUADOR Y NORUEGA 193

Byron Castillo

Sebastián Fernando Arguello Escobar

Shirley Paola Romero Molina

VICTIMOLOGÍA Y DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS CRÍTICO DE LA GRAVE DESPROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL PERUANO Y SU COMPARATIVA CON EL ESTÁNDAR EUROPEO 217

David Jared Gallo Ahumada

Christian Louis Pérez Morales

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E EMERGÊNCIA CLIMÁTICA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA PRO PERSONA NO CASO KLIMASENIORINNEN 240

Amon Elpídio da Silva

Jamile Bergamaschine Mata Diz

MIGRACIONES, REMESAS Y AGENDA CLIMÁTICA 265

Leila Devia

**EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES: REGULACIÓN
VIGENTE Y NUEVOS DESAFÍOS** **278**

*Ana Rosa Rodriguez
Silvina Lujan Rigali*

**PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN THE EUROPEAN UNION:
THE HORIZONTAL EFFECT OF THE DIRECTIVES IN THE LIGHT OF
THE JURISPRUDENCE OF THE ECJ**
305

Fabiana Félix Ferreira

ARTICLES

**EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA:
ANÁLISIS DE SU EVOLUCIÓN** **339**

Roberto Ruiz Díaz Labrano

**DIGNIDAD DIGITAL PÓSTUMA: PRESENCIA HUMANA Y AVATARES
DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA EN CHATBOTS. UN
DIÁLOGO ENTRE AMÉRICA Y EUROPA** **374**

Julio Jesús Mormontoy Pérez

**MODELIZACIÓN REGULATORIA: PALPITANDO LA INFLUENCIA DE LA
DIGITAL SERVICES ACT EN AMÉRICA LATINA**
400

*Matías González Mama
Ramiro Álvarez Ugarte*

**SELECTION PROCESSES AND REPRESENTATIVENESS WITHIN THE
FRAMEWORK OF JUDICIAL INDEPENDENCE: A LATIN AMERICAN
EMPIRICAL STUDY** **434**

*Aline Beltrame de Moura
Naiara Posenato
Nuno Cunha Rodrigues*

INTERVIEW

PROTEGIENDO DERECHOS Y FORTALECIENDO LA DEMOCRACIA: LA FUNCIÓN INSTITUCIONAL DE PROTEX FRENTE A LA TRATA DE PERSONAS EN ARGENTINA

466

Santiago Deluca

CRITICAL REVIEW

DÍAZ, B. C., DIR. DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL EN UN CONTEXTO DE CRECIENTE MIGRACIÓN: CUESTIONES VINCULADAS CON EL REGLAMENTO 2019/111. ARANZADI, 2024.

475

Raúl Lafuente Sánchez

EDITORIAL

The co-editors and the Editorial Team are delighted to present the eighth issue of the Latin American Journal of European Studies. This journal is a publication of the Latin American Center of European Studies (LACES), currently supported by the Jean Monnet Network Policy Debate “BRIDGE Watch: Values and Democracy in the EU and Latin America,” co-funded by the Erasmus+ Programme of the European Union. As an open-access, double-blind peer-reviewed journal, it publishes articles in English, Spanish, and Portuguese, twice a year. Its primary aim is to generate new knowledge, foster dialogue, and exchange best practices between the European Union and Latin America, with a steadfast commitment to promoting economic and social development, peace, and international security.

In this issue, in addition to contributions under the editorial lines “European Union Law and Policies” and “International Relations of the European Union with Third Countries and Latin America,” readers will find legal writings on the theme “Human Rights, Dignity, and Equality: A Dialogue between Latin America and Europe” This topic was the focus of the current Thematic Dossier and the IX Jean Monnet Network Seminar – BRIDGE, held from April 7th to 9th, 2025, at the Universidad del Salvador (USAL), Buenos Aires, Argentina.

The event included a Seminar and a Workshop on “Human Rights, Dignity, and Equality: A Dialogue between Latin America and Europe”. Distinguished authorities and experts shared their insights, including Eran Nagan (Subjefe de la Delegación de la Unión Europea en Argentina), María Alejandra Mángano (Co-head of the Attorney General's Office for Trafficking and Exploitation of Persons (PROTEX) and Attorney General's Office, Argentina), Silvia Fesquet (Managing Editor of Clarín, Argentina), Rafael Rubio Nuñez (Universidad Complutense de Madrid, Spain), and Jamile Bergamaschine Mata Diz (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil).

The workshop featured the presentation of 22 papers selected through the Call for Papers. Contributions were submitted by authors from Argentina, Italy, Spain, Chile, Uruguay, Ecuador, Brazil, and Peru. The papers were carefully chosen by the Scientific Committee, which included Professor Aline Beltrame de Moura (Universidade Federal de Santa Catarina, Brazil), Nuno Cunha Rodrigues (Universidade de Lisboa, Portugal) and Martina Rojo (Universidad del Salvador, Argentina).

The thematic dossier of this edition presents selected articles from the Seminar *Human Rights, Dignity, and Equality: A Dialogue between Latin America and Europe*, highlighting contemporary challenges in the protection and effectiveness of human rights across both regions.

The issue opens with Rui Guerra da Fonseca's provocative reflection *Too Much Love Will Kill You: será a complexidade inimiga da proteção de direitos humanos?* (Is Complexity the Enemy of Human Rights Protection?), which critically examines whether the sophistication of international human rights mechanisms may paradoxically hinder access to justice, especially in fragile institutional contexts.

Following this, José Humberto Sahian's piece *Convencionalización del derecho privado y privatización del derecho de los derechos humanos* (Conventionalization of Private Law and Privatization of Human Rights Law) explores the mutual influences between private law and human rights, proposing a novel perspective on corporate responsibility in the framework of conventionality control.

In *Freedom of Speech and Its Digital Transformation and Protection*, Walter Arévalo Ramírez and Andrés Rousset Siri analyze the evolving role of states and digital platforms in moderating harmful content online, balancing freedom of expression with democratic safeguards in the digital era.

Betzabé Araya Peschke's article *Falsa objeción de conciencia y obstrucción de servicios* (False Conscientious Objection and Obstruction of Services) denounces the misuse of conscientious objection to obstruct access to legal

abortion services in Chile, warning against the regression of women's sexual and reproductive rights.

Romina Gallardo Duarte contributes with a comparative study entitled *Avances y desafíos en la regulación y protección de derechos frente a la violencia obstétrica* (Progress and Challenges in the Regulation and Protection of Rights against Obstetric Violence), emphasizing the gaps in recognition and implementation of legal protections in both Latin America and the EU.

Pablo Guerra's *La prostitución y la violencia contra las mujeres y las niñas* (Prostitution and Violence Against Women and Girls) scrutinizes the conflicting legal and societal approaches to prostitution in Europe and MERCOSUR, contextualized through the recent UN Special Rapporteur's report.

Two articles focus on the rights of persons with disabilities. Celeste Carla Dimeglio's *Barreras en el acceso a la justicia para las personas con discapacidad en Argentina* (Barriers to Access to Justice for Persons with Disabilities in Argentina) identifies structural obstacles within the Argentine justice system, while Ángel Oscar Piazza's *La accesibilidad urbana para las personas con discapacidad* (Urban Accessibility for Persons with Disabilities) highlights the importance of inclusive design as a human right to mobility.

Byron Castillo, Sebastián Arguello Escobar, and Shirley Romero Molina offer a comparative jurisprudential study in *Avances y desafíos en la defensa de los derechos indígenas y de las minorías* (Progress and Challenges in the Protection of Indigenous and Minority Rights), analyzing landmark rulings from Ecuador and Norway on indigenous rights.

David Gallo Ahumada and Christian Pérez Morales critique the limitations of victim protection in Peru in *Victimología y derechos humanos* (Victimology and Human Rights), advocating for reforms inspired by European standards.

In *Controle de convencionalidade e emergência climática* (Conventionality Control and Climate Emergency), Amon Elpídio da Silva and Jamile B. M. Diz discuss the *Klimaseniorinnen* case to reflect on the potential of conventio-

nality control in advancing climate justice within the European human rights framework.

Leila Devia's *Migraciones, remesas y agenda climática* (Migration, Remittances and the Climate Agenda) addresses how remittances may contribute to local development and climate agendas, while also exposing their limits in the absence of structural state policies.

The intersection of technology and labor rights is explored by Ana Rosa Rodríguez and Silvina Luján Rigali in *El impacto de la inteligencia artificial en los derechos fundamentales en las relaciones laborales* (The Impact of Artificial Intelligence on Fundamental Rights in Labor Relations), with particular focus on the European regulatory context.

In *Principle of Non-Discrimination in the European Union*, Fabiana Félix Ferreira investigates the evolution of this principle from market integration to a broader identity-based foundation of European citizenship.

The Articles section features four standout contributions. Roberto Ruiz Díaz Labrano's *El derecho internacional privado en la Unión Europea* (Private International Law in the European Union) offers a comprehensive overview of EU private international law and its communitarization process. Julio Jesús Mormontoy Pérez explores the philosophical and legal dimensions of *Dignidad digital póstuma* (Posthumous Digital Dignity), considering the ethical implications of generative AI in memorializing the deceased. In turn, Matías González Mama and Ramiro Álvarez Ugarte, in *Modelización regulatoria: influencia de la Digital Services Act* (Regulatory Modeling: Influence of the Digital Services Act), examine how the EU's DSA may influence Latin American legislative trends, while also warning of regulatory mismatches and institutional challenges.

Closing this section, the following article "*Selection Processes and Representativeness within the Framework of Judicial Independence: An Empirical Study of Latin American Countries*", authored by Aline Beltrame de Moura, Naiara Posenato, and Nuno Cunha Rodrigues, is the result of a cooperation partnership with the Inter-American Juridical Committee of the Organization

of American States (OAS). Based on comparative data, the article analyzes the constitutional and legal models for the appointment, selection, and term duration of judges in ten Latin American countries. The study identifies varying models of judicial appointment in the region and shows how they affect legitimacy, representativeness, and independence in the region's courts.

This edition also features an interview with María Alejandra Mángano, co-director of Argentina's PROTEX, in *Protegiendo derechos y fortaleciendo la democracia* (Protecting Rights and Strengthening Democracy), where she discusses the institution's role in combating human trafficking and promoting human rights.

Finally, our Critical Review section includes Raúl Lafuente Sánchez's analysis of the book *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración* (International Family Law in a Context of Growing Migration), edited by Beatriz Campuzano Díaz, highlighting the pressing legal challenges in cross-border family law in the context of increased global mobility.

As editors of this issue, we extend our sincere gratitude to all the authors and contributors whose intellectual efforts made the publication of this edition of the *Latin American Journal of European Studies* possible. We hope this collection of articles offers critical insight and fosters continued dialogue between Latin America and Europe on the pressing issues of rights, equality, and democratic values.

Aline Beltrame de Moura & Naiara Posenato.



DOSSIER

**HUMAN RIGHTS, DIGNITY, AND EQUALITY:
A DIALOGUE BETWEEN LATIN AMERICA AND EUROPE**

TOO MUCH LOVE WILL KILL YOU:

será a complexidade inimiga da proteção de direitos humanos?¹

Rui Guerra da Fonseca²

RESUMO: Este artigo examina a crescente complexidade dos sistemas de proteção dos direitos humanos e os seus efeitos na efetividade da sua garantia. O objetivo principal é questionar se a sofisticação destes mecanismos — material, formal, institucional e processual — acaba por se tornar um obstáculo ao acesso à justiça, em vez de o reforçar. A metodologia adotada consiste numa análise crítica das estruturas globais e regionais de proteção (como as Nações Unidas, o TEDH e a Corte Interamericana), destacando as suas complexidades intrínsecas e os desafios que geram tanto para os indivíduos como para os Estados. Conclui-se que, embora esta complexificação reflita um progresso na tutela jurídica internacional, ela introduz também entraves práticos, como exigências processuais excessivas, assimetrias entre Estados e riscos de judicialização política. A desigualdade no acesso aos sistemas de proteção agrava-se em contextos de fragilidade institucional, contrariando a universalidade que os direitos humanos procuram assegurar. Por fim, defende-se a necessidade de equilibrar o aprofundamento normativo com mecanismos que preservem a acessibilidade, evitando que um excesso de regulação acabe por comprometer os próprios fins que visam proteger.

PALAVRAS CHAVE: Complexidade jurídica; Acesso à justiça; Direitos humanos.

TOO MUCH LOVE WILL KILL YOU: IS COMPLEXITY THE ENEMY OF HUMAN RIGHTS PROTECTION?

ABSTRACT: This article examines the growing complexity of human rights protection systems and its effects on the effectiveness of their enforcement. The primary objective is to question whether the sophistication of these mechanisms—material, formal, institutional, and procedural—ultimately becomes an obstacle to access to justice rather than strengthening it. The adopted methodology consists of a critical analysis of global and regional protection structures (such as the United Nations, the ECtHR, and the Inter-American Court), highlighting their inherent complexities and the challenges they pose for both individuals and states. It concludes that, while this increasing complexity reflects progress in international legal protection, it also introduces practical barriers, such as excessive procedural requirements, asymmetries between states, and risks of political judicialization. Inequality in accessing protection systems worsens in contexts of institutional fragility, undermining the universality that human rights seek to ensure. Finally, the article argues for the need to balance normative development with mechanisms that preserve accessibility, ensuring that excessive regulation does not ultimate-

1. R. G. da Fonseca, "Too much love will kill you: será a complexidade inimiga da proteção de direitos humanos?," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 14 et seq.
2. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Juiz do Tribunal Constitucional de Portugal. <https://orcid.org/0000-0002-8642-5792>.

ly compromise the very objectives it aims to protect.

KEYWORDS: Legal complexity; Access to justice; Human rights

Os sistemas de proteção de direitos humanos são hoje de uma enorme complexidade.³ Essa complexidade é tanto interna, isto é, própria de cada sistema, como característica da arquitetura global da proteção internacional dos direitos humanos. De forma simplificada, pense-se na classificação mais elementar de tais sistemas, que distingue entre o sistemas globais e sistemas regionais. Os primeiros têm uma vocação universal e estão assentes em organizações internacionais elas próprias de vocação universal, no sentido em que admitem, potencialmente, qualquer Estado entre os seus membros e, conseqüentemente, têm aptidão para lançar o seu âmbito de proteção sobre todos os indivíduos da humanidade. O exemplo mais perfeito é o da Organização das Nações Unidas (ONU) e dos seus vários organismos e mecanismos vocacionados para a garantia dos direitos humanos. Os segundos têm um âmbito geográfico regional, no sentido em que admitem como membros ou partes apenas Estados de certa região do globo, pelo que o seu âmbito de proteção é, tendencialmente restrito aos indivíduos sob jurisdição desses Estados.⁴ São exemplos desta categoria o sistema do Conselho da Europa, protagonizado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), assim como o sistema Interamericano com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e o sistema Africano.

No âmbito do sistema da ONU são vários os organismos com atribuições de garantia ou proteção de direitos humanos. Alguns são de natureza eminentemente político-administrativa, como a UNICEF, e não estão vocacionados ou

3. Sobre o conceito de "sistemas de proteção de direitos humanos", Rui Guerra da Fonseca, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos* (Lisboa: AAFDL, 2018), 64 e seguintes.

4. Note-se logo aqui uma complexidade adicional: é que indivíduos sob a jurisdição de certo Estado não são necessariamente apenas aqueles que se encontram no interior das fronteiras territoriais desse Estado. O TEDH tem hoje uma vasta e rica jurisprudência a respeito da sua jurisdição e da aplicação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos fora das fronteiras da própria Europa, por exemplo, no Afeganistão e no Iraque, em razão da presença de forças armadas europeias nesses Estados. E tem entendido que Estados europeus que são parte na Convenção têm muitas vezes jurisdição fora do seu território, quando têm um controlo efetivo sobre parcelas de territórios ou sobre pessoas, ainda que fora das suas fronteiras territoriais. Para alguns exemplos, Ireneu Cabral Barreto e Rui Guerra da Fonseca, "A 'doutrina Bosphorus' e a tendência para a ampliação da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: algumas notas", em *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Sousa Ribeiro*, vol. II (Coimbra: Almedina, 2019), 573 e seguintes.

dotados de mecanismos e competências que lhe permitem resolver litígios; são essencialmente promocionais. Outros, os que aqui mais relevam, recebem queixas de indivíduos contra Estados, que verdadeiramente corporizam litígios, e desenvolvem procedimentos com vista à sua resolução, procedimentos esses que terminam com decisões ou recomendações. Estas, muito embora vejam cada vez mais discutida a sua natureza e vinculatividade, não são judiciais, pois os organismos que as emitem não são tribunais; mas tais decisões ou recomendações põem termo a um procedimento adversarial, litigioso, e encerram um potencial regulatório parajudicial. São exemplos os vários comités que acompanham as várias convenções das Nações Unidas em matéria de proteção de direitos humanos.⁵ Todos estes comités recebem queixas individuais que dão origem a procedimentos litigiosos entre os queixosos e o Estado contra o qual a queixa é dirigida. Estes procedimentos são bastante exigentes no que toca a requisitos, pressupostos e regras procedimentais, designadamente: no que toca à legitimidade ativa (estatuto de vítima), à litispendência e ao esgotamento das vias internas de recurso antes da apresentação de uma queixa.

No âmbito das Nações Unidas, encontramos ainda o Conselho dos Direitos Humanos (*Human Rights Council*) que recebe queixas por violações quantitativamente expressivas de violações de direitos humanos.

Para além de apreciarem queixas, estes comités, assim como o Conselho dos Direitos Humanos, dispõem de vários outros mecanismos de tutela dos direitos humanos: relatórios, instrumentos de investigação, entre outros.

Ainda ao nível das Nações Unidas, não pode esquecer-se o Tribunal Internacional de Justiça (TIJ). O TIJ é um verdadeiro tribunal, no que se distingue daqueles outros organismos como os comités. Mas não aceita queixas individuais: o artigo 34.º do seu Estatuto não o permite. Todavia, sendo um tribunal em que só os Estados têm legitimidade processual, que não aceita, portanto, queixas de indivíduos, são múltiplos os casos julgados no TIJ em que estão em causa questões de direitos humanos. Em alguns deles, relativamente recentes,

5. Rui Guerra da Fonseca, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, 111 e seguintes.

os litígios entre os Estados têm origem em violações específicas de direitos humanos de pessoas determinadas; e se não se pode dizer que os Estados estivessem, nesses caso, em representação em sentido próprio de indivíduos, há claramente uma aproximação a isso.

É inegável que os sistemas de proteção de direitos humanos se caracterizam, na atualidade e em tendência crescente, por uma enorme, senão mesmo inabarcável complexidade em diversas vertentes.

Uma primeira vertente é *material*. Não há praticamente nenhuma dimensão da individualidade que não esteja coberta ou assistida, pelo menos em parte, por algum direito protegido por instrumentos de direito internacional: da privacidade individual às suas dimensões familiares; do trabalho à saúde; da educação à participação política; da religião à cultura; da justiça à segurança. Se nem todos os aspectos relevantes de tais realidades são juridicizados em direitos individuais (subjetivos), há uma parte de todos eles que o é, e essa parte tende a ser relevante para o todo. Tomemos o exemplo da religião: a maior parte do que é a vida religiosa de uma pessoa não é juridicizada, i.e., não se traduz nem se deixa descrever por direitos e deveres jurídicos; mas a liberdade religiosa que muitos instrumentos internacionais enfaticamente garantem (a DUDH; o PIDESC; a CEDH) visa assegurar, pelo menos, a sua não perturbação. Ou o exemplo talvez mais acabado, o da reserva da vida privada: é precisamente porque a sua diversidade não é plenamente juridicizável que a correspondente proteção parte de âmbitos de previsão tão altos. Deste modo, podemos falar de uma dupla complexidade material, na verdade: a que se revela na multiplicidade e abrangência de situações protegidas por normas de direitos humanos; e a que emerge da aparente simplicidade dos enunciados normativos que, em aparente paradoxo, permitem a extensão daquela primeira multiplicidade aos mais diversos aspetos da presença dos indivíduos no mundo.

Uma segunda vertente é *formal*. É hoje esmagador o número de fontes de direito internacional relevantes em matéria de direitos humanos, quer dizer, reveladoras de direitos. São milhares as normas de direito internacional pac-

tuado (inseridas em tratados, convenções e em acordos de natureza menos solene) das quais emergem direitos individuais. Se pensarmos em instrumentos dessa natureza inteiramente dedicados a direitos humanos, como o PIDCP ou o PIDESC, o número reduz-se mas ainda assim fica pelas centenas. É possível eleger alguns mais importantes, mas isso obriga à escolha de critérios para o efeito (a discussão sobre o que efetivamente integra a chamada *International Bill of Rights* é um bom exemplo disso). Ao direito internacional pactuado há que aditar a jurisprudência, deixando de parte, deliberadamente, as tradicionais discussões sobre a respetiva caracterização como fonte mediata ou imediata: realmente, é indiscutível que a formação do moderno direito internacional dos direitos humanos resulta em enorme e decisiva dimensão do labor da jurisprudência de tribunais supranacionais como o TEDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sem a jurisprudência destes tribunais, o conteúdo efetivo de cada direito protegido estaria sujeito a um nível de permanente incerteza e debate que não permitiria sequer sonhar com a sua proteção efetiva e em condições mínimas de igualdade. Nesta vertente não pode deixar de incluir-se o assim chamado *soft law* produzido por variados organismos especializados, de que são exemplo os comentários gerais produzidos pelos vários comités das Nações Unidas e que têm duas funções primordiais: esclarecer os Estados sobre as obrigações que sobre eles impendem correlatas dos vários direitos, e orientar os tribunais supranacionais na interpretação das normas que consagram direitos individuais e que os mesmos são chamados a fazer respeitar ou implementar. Também aqui, a tradicionalmente afirmada não vinculatividade imediata destes comentários gerais esconde —ou melhor, não explica— a sua relevância prática.

Uma terceira vertente é *institucional*. Já foram fornecidos vários exemplos logo no ponto inicial. A complexidade institucional está umbilicalmente relacionada com as duas vertentes antecedentes.⁶ Importa, no entanto, sublinhar que esta complexidade institucional não se resume ao número de entidades

6. Para maiores desenvolvimentos, Rui Guerra da Fonseca, "A internacionalização da organização administrativa: comentários a respeito da necessidade e das dificuldades de uma (nova) teoria geral", em *Organização Administrativa: Novos Atores, Novos Modelos*, vol. 1, organizado por Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão (Lisboa: AAFDL, 2018), 73-104.

ou organismos internacionais relevantes (que é, aliás, impossível de catalogar com rigor),⁷ antes se revelando também no vasto leque de atribuições de cada uma e nas relações entre elas estabelecidas, e delas com os Estados. Em termos funcionais, tanto são organismos de natureza judicial (como o TEDH e a Corte Interamericana de Direito Humanos), como de natureza político-administrativa (como a já mencionada UNICEF, ou o Comité de Ministros do Conselho da Europa);⁸ e ainda organismos de natureza híbrida, muitas vezes caracterizados como para-judiciais (de que são exemplo os vários comités das Nações Unidas já referidos, sobretudo quando tomam decisões em procedimentos litigiosos entre indivíduos e Estados, cuja caracterização segue os mesmos caminhos difíceis).

A quarta vertente é *adjetiva* ou *procedimental*. As normas que regulam os procedimentos de queixa e o respetivo desenvolvimento, por exemplo ao nível do TEDH e dos vários comités das Nações Unidas, são hoje de enorme complexidade técnica e extensão, complexidade e extensão essas que não são diferentes das que caracterizam os procedimentos administrativos e processos judiciais domésticos. Essa complexidade implica uma enorme especialização técnica dos operadores (juízes, peritos, advogados) que, além de colocar dificuldades a esses mesmos operadores, os coloca ainda como “guardiões” do acesso individual aos sistemas de proteção. Mas esta complexidade não se encontra apenas ao nível dos procedimentos adversariais ou litigiosos. As obrigações que impendem sobre os Estados de elaboração de relatórios destinados a instâncias internacionais estão elas próprias proceduralizadas em moldes altamente complexos, e obrigam os Estados a dotar-se de estruturas administrativas capazes de dar resposta a essas exigências.

7. Ainda hoje não há acordo nem certeza quanto ao número de organizações internacionais existentes, variando consideravelmente, aliás, os números apresentados por diversos autores, que vão dos cinco aos dez milhares ou mesmo mais.
8. Sobre o Conselho da Europa como organização internacional, seus fins e estrutura orgânica, Rui Guerra da Fonseca, “Conselho da Europa”, em *Enciclopédia Luso-Brasileira de Direito Internacional*, coord. Dário Moura Vicente et al. (Lisboa: D. Quixote, 2023), 275-278. Rui Guerra da Fonseca, “O Conselho da Europa. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos”, em *Organizações Internacionais*, coord. João Mota de Campos e Manuel Almeida Ribeiro, 6.ª ed. (Coimbra: Almedina, 2022), 627-674.

Perante estes exemplos —e são apenas alguns exemplos ilustrativos— importa perguntar se estas complexidades, resultando de um propósito *a priori* virtuoso de proteção de direitos humanos (proteção em sentido amplo, i.e., incluindo a promoção de direitos humanos), não têm efeitos contrários, tudo visto, a essa mesma proteção, como consequência das dificuldades de acesso que introduzem em resultado de aspetos burocráticos, de conhecimento (*knowledge*) e mesmo económicos. Cada uma destas vertentes apresenta dificuldades específicas que devem ser analisadas em si. Não é, porém, sobre estas últimas que vão recair as reflexões seguintes, mas antes sobre algumas questões gerais comuns a todas elas.

Até meados do século XX, não podia falar-se sequer de uma verdadeira autonomização dos direitos humanos, quer enquanto categoria geral no plano do direito internacional, quer enquanto direito subjetivo na titularidade de indivíduos (deixando de parte a problemática da titularidade por parte de grupos). Menos ainda tinha cabimento falar da existência ou mesmo da ideia de sistema de proteção de direitos humanos. Não teria de ser necessariamente assim: a experiência histórica do Direito Romano, baseado em *actiones* e não no que hoje consideramos situações jurídicas subjetivas substantivas às quais só num momento logicamente posterior se associam direitos processuais, e a necessidade de encontrar uma linguagem jurídica comum entre vários sistemas jurídicos, poderia ter conduzido o direito internacional noutro sentido. Em boa verdade, porém, só com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, teve início um tempo de uma nova consciência jurídica geral que viria a reclamar a noção de “sistema de proteção” de direitos humanos. Ainda que possamos discutir o verdadeiro significado da DUDH, bem como o do tempo que a antecedeu no que toca à ideia de direitos humanos,⁹ esse foi um momento capital na autonomização do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

9. Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History* (Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2012), 11 e seguintes.

Como noutro lugar já escrevi,¹⁰ o DIDH distancia-se do Direito Internacional Público em termos subjectivos (sujeitos), objectivos (objecto e garantia), principiológicos (princípios), e formais (fontes). Tais elementos distintivos implicam, consequentemente, um tipo diferente de relação jurídica em face daquela que o Direito Internacional Público classicamente disciplina. Em termos subjectivos, o distanciamento do DIDH face ao Direito Internacional Público é determinado pela primazia ou centralidade da pessoa, e já não do Estado. O indivíduo não é aqui um “sujeito menor” relativamente a outros que podem considerar-se os sujeitos primordiais do Direito Internacional Público (designadamente, o Estado e as organizações internacionais). Tal primazia da pessoa é ela mesma normativa, produzindo consequências ao nível dos sujeitos — titular (de direitos ou outras situações activas) e destinatários (de deveres). Para R. Alexy,¹¹ tal justifica a característica da universalidade dos direitos humanos. Independentemente dessa mesma justificação (que se liga também à distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais), a explicação da titularidade está em que os direitos humanos são direitos que têm todos os seres humanos, como indivíduos, independentemente de um título aquisitivo. Já ao nível dos destinatários há que distinguir. Sendo direitos *erga omnes*, ou de todos frente a todos, o destinatário é não apenas o Estado, mas mesmo outros indivíduos ou grupos. Mas então faz-se necessária uma outra distinção: entre direitos absolutos, frente a todos, seja o Estado ou outros indivíduos (ex.: direito à vida); e direitos relativos, que apenas fazem sentido relativamente a uma certa categoria de destinatários (ex.: direito ao voto frente ao Estado). Em termos objectivos (objecto e garantia), o DIDH autonomiza-se do Direito Internacional Público em razão da especificidade das situações jurídicas activas (direitos), das situações jurídicas passivas (deveres ou obrigações correlativas) e do tipo de protecção (garantia). Esta especificidade surpreende-se em dois aspectos essenciais: i) em primeiro lugar, é uma especificidade eminentemente ligada à titularidade: enquanto as

10. Rui Guerra da Fonseca, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, 54 e seguintes.

11. Robert Alexy, “La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 8 (enero-junio 2000): 24 e seguintes.

situações jurídicas activas no domínio do DIP são funcionais, porque tituladas por pessoas colectivas que são elas próprias funcionais ou instrumentais (o Estado e as organizações internacionais), os direitos humanos têm por justificação imediata o próprio indivíduo, protegendo-o enquanto pessoa, ou em dimensões da sua pessoalidade que se foram autonomizando historicamente em razão de necessidades de natureza vária; *ii*) em segundo lugar, é uma especificidade originária, na medida em que os direitos humanos constituem esferas de protecção contra o próprio Estado, reconhecidos pelo direito positivo, e não *prima facie* de origem contratual como a generalidade das situações activas no DIP.

Por outro lado, também a respeito das obrigações ou deveres decorrentes dos direitos humanos, o DIDH se autonomiza do DIP, dado que os Estados, ao ratificarem tratados ou convenções sobre matéria de direitos humanos, assumem tais deveres, não perante outros Estados, mas perante pessoas: daí que a literatura de referência muitas vezes utilize a expressão “*special character*” para caracterizar tais obrigações. Há vários reflexos desta especialidade, mas ela mostra uma orientação distinta do DIDH face ao DIP, designadamente, degradando a importância da vontade dos Estados (que é um pilar do DIP) e relativizando nesse contexto a noção da sua soberania. Tal implica uma certa tensão entre matéria e forma, entre os direitos humanos em termos materiais e a sua “submissão” ao direito dos tratados: pois os Estados ao aderirem a instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos não deixam de o fazer voluntariamente (deixando de parte as fontes não voluntárias), mas todo o regime subsequente relativiza a sua vontade, uma vez que o que se institui é uma garantia contra o próprio Estado *prima facie*. Por isso se pode considerar que, face ao DIP, o DIDH tem uma dimensão simultaneamente “radical” e “revolucionária”,¹² suportada na teleologia “quasi-constitutional” das fontes voluntárias. As obrigações assumidas pelos Estados no domínio do DIDH são assim por vezes vistas como promessas perante a comunidade internacional e os próprios indivíduos, ou essa mesma assunção como declarativa e não como

12. Frédéric Mégret, “Nature of Obligations,” in *International Human Rights Law*, ed. Daniel Moekli and Sangeeta Shah, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2018), 86 e seguintes.

constitutiva: assim como os direitos são reconhecidos, é reconhecida a (hetero) vinculatividade das correspondentes obrigações, com eficácia *erga omnes*. A primeira referência ao carácter especial dos tratados sobre direitos humanos parece encontrar-se num parecer consultivo solicitado ao TIJ pela Assembleia Geral da ONU a respeito de reservas à Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio ("*Reservations to the Genocide Convention, 28-05-1951*"), onde o TIJ distinguiu os tratados ditos normais dos tratados de direitos humanos ou sobre questões humanitárias: no domínio destes últimos, os Estados não teriam interesses próprios, apenas partilhando um interesse comum a todos, consistente precisamente nos objectivos da Convenção, que constituem a sua razão de ser. As obrigações dos Estados não poderiam, por isso, ser vistas numa lógica tradicional de vantagens/desvantagens mútuas, nem de equilíbrio contratual entre direitos e deveres. A Comissão Europeia dos Direitos Humanos adoptou entendimento idêntico, expresso no caso *Austria c. Itália* (caso *Pfunders*, 1961), qualificando como "objectivas" as obrigações assumidas pelos Estados partes na CEDH, querendo com isso significar que as mesmas não têm como contraponto direitos dos outros Estados partes, mas antes direitos dos indivíduos: os beneficiários das obrigações assumidas pelos Estados partes não são eles mesmos partes na própria Convenção, que assim se afasta da bilateralidade sinalagmática para se aproximar de um *pactum* (de reconhecimento de direitos e assunção de obrigações) a favor de terceiros. Estes aspetos manifestam-se numa principiologia garantística, que espelha bem como o DIDH se insere num movimento de internacionalização do indivíduo, que parte da afirmação da dignidade humana, colocando em causa "um dos principais dogmas em que assenta o Direito Internacional, qual seja o do carácter de Direito de cooperação entre Estados soberanos, que não conhece legislador, nem juiz, nem sanção fora do quadro do consentimento estadual".

A complexidade dos sistemas de proteção dos direitos humanos não está desligada, como se vê, da complexificação do seu próprio enquadramento teórico. Não parece especialmente útil, neste momento pelo menos, discutir

qual complexificação precede qual. O que parece mais relevante é notar, desde logo, que a complexificação dos sistemas de proteção de direitos humanos é assimétrica em termos consequenciais para os seus destinatários principais, as pessoas. Com efeito, entre os sistemas regionais existem assimetrias naturais que decorrem da diferenciação institucional e de instrumentos internacionais: sendo distintos os Estados partes, as convenções fundacionais e as instituições que compõem ambos, o sistema do Conselho da Europa nunca teria a mesma linha de desenvolvimento que o sistema Interamericano, e isso produz consequências ao nível dos resultados em termos de efetividade de proteção. Já no que respeita ao sistema global, desenvolvimentos e complexificações gerais traduzem-se de modos diferentes nos distintos Estados partes e, por conseguinte, na efetividade da proteção de direitos das pessoas: é evidente que os resultados da atuação dos vários elementos do sistema onusiano se produzem de modo diverso na Noruega e na Nigéria, o que se prende com o grau de desenvolvimento desses países, mas, sobretudo, com aspectos institucionais. De todo o modo, isto é assim em razão de um aspeto determinantemente justificante da progressiva complexificação destes sistemas: a sua evolução para uma forma de controlo dos poderes públicos, e não apenas (e nalguns, não sobretudo) para uma garantia mais efetiva de direitos individuais.

Já ensaiei uma explicação deste tipo a respeito das sentenças do TEDH, no sentido de que as mesmas se aproximaram, progressivamente, das sentenças dos tribunais domésticos que têm a seu cargo julgar a atuação dos poderes públicos.¹³ Essa explicação é, no entanto, suscetível de generalização. Aliás, no plano do sistema global das Nações Unidas, isso é particularmente visível. O conjunto de mecanismos de tipo relatorial de que dispõem vários organismos ou os mecanismos de apreciação de queixas interestaduais — i.e., tudo aquilo que não consiste na apreciação de queixas individuais que implique a apreciação de situações (jurídicas) concretas — traduz uma espécie de tutela sobre os Estados

13. Rui Guerra da Fonseca, "Acórdãos e decisões e os respetivos efeitos", em *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, vol. III, coord. Paulo Pinto de Albuquerque (Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020), 3165 e seguintes.

partes que não se destina a garantir um certo direito de certo indivíduo, mas antes a produzir resultados estruturais ou sistémicos a respeito de certo direito mas em termos gerais (por exemplo, liberdade de expressão de jornalistas num certo Estado) ou de um conjunto de direitos em termos gerais (por exemplo, condições prisionais num certo Estado).

Esta complexificação, sendo virtuosa em vários planos, tem consequências que importa ter presentes. Designadamente, sem prejuízo de resultados que consigam obter-se na sequência da identificação de problemas estruturais de direitos humanos, isso pode tornar os Estados menos disponíveis para acatar decisões quanto a casos concretos com a justificação da motivação política (não jurídica) destas últimas. São vários os casos de uma “resistência de princípio” à execução espontânea de sentenças de tribunais supraestaduais por parte dos Estados nelas condenados, com argumentos relativos ao carácter político dessas decisões, nas quais da perspectiva desses Estados, são ultrapassados os limites da jurisdição do tribunal em causa (*ultra vires*). Pode parecer, à partida, não existir relação entre tais episódios e a complexificação dos sistemas em que eles ocorrem. Porém, na medida em que a complexificação traduz um adensar de mecanismos de tipo tutelar sobre os Estados, é inevitável que estes estabeleçam uma tal relação, ainda que implícita, e que o atribuam a uma convergência em tentativas de um constitucionalismo supra-estadual ao qual reagem. É natural que os Estados o pensem, porque é precisamente disso que se trata, e a especialização do DIDH face ao DIP (cfr. *supra*) mostra uma parte da explicação desse movimento.

Esta complexificação não tem retorno, senão através da destruição de organizações e convenções internacionais. Pese embora venhamos assistindo nos últimos anos a um acentuar de propostas desta última tendência, não parece que vá ser o caminho da realidade internacional a prazo. Por isso, é importante encontrar uma legitimação racional e razoável, no plano jurídico-político, para a referida ampliação de um controlo tutelar sobre os Estados em matéria de cumprimento de obrigações e *standards* emergentes de instrumentos interna-

cionais reguladores dos direitos humanos, ao mesmo tempo que se salvaguarda a posição dos tribunais supranacionais de uma contaminação no que toca à autoridade e execução das suas sentenças em matéria de direitos humanos.

A complexidade dos sistemas de proteção de direitos humanos releva ainda noutro plano, como acima ficou indiciado: o da igualdade. Essa complexidade tende a ser menos relevante, isto é, a provocar menos consequências negativas no que toca à garantia dos direitos humanos de pessoas que se encontram em (mas não necessariamente cidadãos de) Estados desenvolvidos e que se regem, consolidadamente, pelos princípios do Estado de direito democrático. Nestes, o conhecimento das possibilidades de tutela judicial tende a ser mais difundido, o apoio profissional a quem pretende fazer valer os seus direitos mais amplo, e os custos inerentes a tais iniciativas mais suportáveis. Esta temática é demasiado complexa para poder ser aqui desenvolvida. Importa, no entanto, ter presente que a complexidade de que aqui se trata é suscetível de aumentar a desigualdade (universal) no acesso ao bem “justiça” na garantia supranacional dos direitos humanos. Esta desigualdade é, por seu turno, geradora de um paradoxo: os direitos humanos universais, que são os mais essenciais à condição humana, vêem a sua garantia ser mais variável do que a dos direitos fundamentais (de base constitucional). Ainda que isso seja explicável em razão de vários fatores — desde logo, operarem os direitos fundamentais no contexto de uma certa comunidade política e de um poder político organizado e com um núcleo central constitucionalmente bem definido —, que hoje são recuperados em resposta a uma esperança porventura injustificada na potencialidade dos direitos humanos, aquele paradoxo não deixa de verificar-se, mesmo sendo diferente a natureza de direitos humanos e direitos fundamentais. E há um risco nesse paradoxo: o de um progressivo abandono dos direitos humanos como figura jurídica, como situação jurídica, numa espécie de movimento pendular que, depois de uma (hiper?)valorização, viaja agora até ao ponto oposto.

REFERÊNCIAS

Alexy, Robert. "La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* 8 (enero-junio 2000): 21-43.

Barreto, Ireneu Cabral, e Rui Guerra da Fonseca. "A 'doutrina Bosphorus' e a tendência para a ampliação da jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos: algumas notas". Em *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Sousa Ribeiro*, II:573-592. Coimbra: Almedina, 2019.

Fonseca, Rui Guerra da. "A internacionalização da organização administrativa: comentários a respeito da necessidade e das dificuldades de uma (nova) teoria geral". Em *Organização Administrativa: Novos Atores, Novos Modelos*, organizado por Carla Amado Gomes, Ana Fernanda Neves e Tiago Serrão, 1:73-104. Lisboa: AAFDL, 2018.

Fonseca, Rui Guerra da. "Acórdãos e decisões e os respetivos efeitos". Em *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, coordenado por Paulo Pinto de Albuquerque, III:3165-3190. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

Fonseca, Rui Guerra da. "Conselho da Europa". Em *Enciclopédia Luso-Brasileira de Direito Internacional*, coordenado por Dário Moura Vicente et al., 275-278. Lisboa: D. Quixote, 2023.

Fonseca, Rui Guerra da. "O Conselho da Europa. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos". Em *Organizações Internacionais*, coordenado por João Mota de Campos e Manuel Almeida Ribeiro, 627-674. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2022.

Fonseca, Rui Guerra da. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. Lisboa: AAFDL, 2018.

Mégret, Frédéric. "Nature of Obligations." In *International Human Rights Law*, edited by Daniel Moeckli and Sangeeta Shah, 86-105. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

Moyn, Samuel. *The Last Utopia: Human Rights in History*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2012.

Received on 30/04/2025

Approved on 05/05/2025

CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS:

un desafío futuro para la protección cabal de los derechos humanos^{1/2/3}

Jose Humberto Sahian⁴

RESUMEN: Se ha fortalecido en los últimos años la “constitucionalización” de los derechos privados, que ejemplificaremos –en este trabajo– con los derechos de los consumidores,⁵ en tanto muestra paradigmática de derechos de la sociedad actual de consumo. Despejada esa “fundamentalización” del Derecho Privado, señalaremos la tendencia hacia la admisión de una “convencionalización” del Derecho del Privado. Ello implica la consecuente exportación de principios y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho Privado, por ejemplo, derechos de los consumidores. Y, sentado lo anterior, el objetivo principal de este trabajo es proponer una mirada inversa al fenómeno de conexión entre Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Privado, esto es, la influencia de este último hacia aquel, habilitándonos a interpelarnos acerca de una inédita hipótesis de “privatización” de la legitimación pasiva en el control de convencionalidad. Es decir, acontece una retro

1. J. H. Sahian, “Convencionalización del derecho privado y privatización del derecho de los derechos humanos: un desafío futuro para la protección cabal de los derechos humanos,” *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 28 et seq.
2. El presente trabajo tiene como base la publicación en inglés: José Sahian, “Diálogo entre los Derechos Humanos y los Derechos del Consumidor. Un primer paso hacia la privatización del Derecho de Derechos Humanos,” *Revista de la Red Global de Humanidades y Derechos* 5, n.º 3 (2023), <https://doi.org/10.24861/2675-1038.v5i3>.
3. Este artículo fue seleccionado como el mejor trabajo presentado en el IX Jean Monnet Network BRIDGE Workshop on “Human Rights, Dignity, and Equality: A Dialogue between Latin America and Europe” por el Comité Organizador del evento. Este workshop forma parte del Proyecto Jean Monnet Network Policy Debate “BRIDGE Watch,” cofinanciado por el Programa Erasmus+ de la Comisión Europea.
4. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Post Doctor en Derecho en las Universidades de Zaragoza y Universidad Nacional de Tucumán. Profesor Titular de “Defensa de la Competencia” y de “Derecho del Consumidor” de la Universidad Nacional de Tucumán. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Premio Accésit de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, por el libro “Dimensión Constitucional de la Tutela a los consumidores”. <https://orcid.org/0000-0002-3810-8725>.
5. José Sahián, *Dimensión Constitucional de la tutela a los consumidores* (Buenos Aires: La Ley, 2017).

alimentación simbiótica, y debe empezar a “privatizarse” el Derecho de los Derechos Humanos, enfatizándose la idea de responsabilidad y, eventual, legitimación pasiva de las empresas.

PALABRAS CLAVES: Derechos humanos; derecho privado; fundamentales y convencionales.

CONVENTIONALIZATION OF PRIVATE LAW AND PRIVATIZATION OF HUMAN RIGHTS LAW: A FUTURE CHALLENGE FOR THE FULL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT: The “constitutionalization” of private rights has been strengthened in recent years. We will exemplify this work with consumer rights, as a paradigmatic example of the rights of today’s consumer society. Having clarified this “fundamentalization” of private law, we will highlight the trend toward the acceptance of a “conventionalization” of private law. This implies the consequent export of principles and standards from international human rights law to private law, for example, consumer rights. And, having established the above, the main objective of this work is to propose an inverse view of the connection between international human rights law and private law, that is, the influence of the latter on the former, enabling us to question a new hypothesis of “privatization” of passive legitimacy in the control of conventionality. In other words, a symbiotic feedback loop is taking place, and human rights law must begin to be “privatized,” emphasizing the idea of responsibility and, eventually, passive legitimization of companies.

KEYWORDS: Human rights, private law, fundamental, conventional.

ÍNDICE: Introducción: Constitucionalización del derecho del derecho privado; 1. Conventionalización del derecho privado; 1.1 Acercamiento constitucional en Latinoamérica; 1.2 Teoría de los Derechos humanos no enumerados; 1.3 Teoría de la complementariedad; 1.4 Progresividad; 1.5 Resistencias; 2. Privatización de la convencionalización; 2.1 *Drittwirkung der Grundrechte*; 2.2 Control de Convencionalidad y comunitariedad en América y Europa; 2.3 *Corpus juris*; 2.4 El empresario en el control de convencionalidad; 2.5 Sistematización de alternativas de “privatización”; Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN: CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DEL DERECHO PRIVADO

Una mirada retrospectiva nos licencia a sustentar que el paradigma de “constitucionalización” de los derechos provenientes del Derecho Privado, por ejemplo, de los consumidores, se encuentra mayoritariamente consolidado en el derecho comparado.

Dicha constitucionalización es ampliamente predominante en América Latina. Colombia,⁶ El Salvador, Venezuela la regulan como principio; Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Paraguay, Perú, Bolivia, México, como derechos fundamentales. Y en aquellas reformas constitucionales en proceso, como la fracasada de Chile del 2022, se jerarquizaban los derechos de los consumidores en los arts. 81 y 82 del intento de Constitución. En Europa, Polonia, Lituania, Bulgaria y España los consagraron como “principio” y solo la Constitución de Portugal de 1976 como “derecho fundamental”.⁷

1. CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

1.1 Acercamiento constitucional en Latinoamérica

Siguiendo con la ejemplificación de los derechos de los consumidores, como paradigma de derechos privados actuales, la Constitución de Guatemala considera a los derechos de los consumidores como “derechos humanos sociales”, al menos por la forma en que la protección ha sido recogida en su Sección X.

En México la enunciación de derechos de los consumidores no es cuantitativamente significativa, pero el dispositivo constitucional se encuentra inserto en el Capítulo I, del Título I, denominado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”. Los derechos de los consumidores, de modo indirecto mediante reglas de tutela de la libre competencia, son calificados como “Derechos humanos”.

6. La constitucionalización del Derecho del Consumidor ha sido ratificada por la Corte Constitucional de Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1141/00 (30 de agosto de 2000), expediente D-2830, demanda de inconstitucionalidad contra los arts. 11 y 29 (parciales) del Decreto 3466 de 1982, actores: Sigifredo Wilches Bornacelli y Pablo José Vásquez Pino, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-313/2013 (23 de mayo de 2013), expediente D-9345, ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, demandante: Nissan Alfredo Vahos Pérez vs. Ley 1555 de 2012, artículo 1 parcial.

7. Ver: José Sahián, “Principios de progresividad y no regresión en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en *Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC* (Buenos Aires: LA LEY, 2019), Cita Online: AR/DOC/596/2019); José Sahián, “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, *Diario La Ley* 2018-A, 545 (Buenos Aires: LA LEY); José Sahián, “Los principios del derecho de los consumidores. Consideraciones generales y breve aproximación a la problemática de los usuarios en entornos digitales”, *Revista del Código Civil y Comercial*, septiembre-octubre 2022, 105 (Buenos Aires: La Ley); José Sahián, “Principios generales de protección del consumidor en el proceso e interpretación de las normas”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* 308, 04/05/2021, 21 (Buenos Aires: La Ley).

Así, algunos de los sistemas constitucionales americanos aproximan, los derechos de los consumidores, a trato de derecho humano; lo que todavía deviene impensable en los regímenes europeos.

Hay un primer caso en aquel sentido en el laboratorio latinoamericano, donde la Corte Interamericana cuestiona la validación del Estado de la decisión de la aseguradora privada de salud de finalizar unilateral y arbitrariamente el régimen de "hospitalización domiciliaria" que la niña Martina Vera, diagnosticada con el síndrome de Leigh, requería de modo esencial para su supervivencia.⁸

El fallo recuerda, en el considerando 20, la Observación General N° 15 de 2013 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 24). Este documento, a su turno, señala que las autoridades estatales como los prestadores privados que prestan servicios de salud, deben desarrollar programas de atención en el marco de la integralidad de derechos involucrados para hacer efectivo el derecho a la salud desde la perspectiva de los derechos de las niñas y los niños en cuanto usuarios y beneficiarios de los servicios. Lo que nos interesa, a los fines de nuestro razonamiento, es el mandato a los prestadores privados.

1.2 Teoría de los Derechos humanos no enumerados

Los Tratados de Derechos Humanos sólo importan un estándar mínimo, que no implica negación de aquellos otros derechos que no se encuentran explícitamente consagrados (art. 29 CADH, arts. 5 PIDESC y PIDCP), en nuestra tesis, los de los consumidores.

En el sistema europeo de derechos humanos no concurren reglas sobre derechos no enunciados, sin embargo, mediante una exégesis evolutiva se ha acogido excepcionalmente la posibilidad de contemplar derechos no enumerados.⁹ Mismo fin cumplió la idea de dignidad.

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vera Rojas y Otros vs. Chile*, Sentencia de 1 de Octubre de 2021.

9. Héctor Gros Espiell, "Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el art. 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos

A partir de esta lógica, los derechos privados, usualmente no enunciados en los Tratados Internacionales, pueden llegar a tener tratamiento como si estuvieran contenidos en convenciones.

1.3 Teoría de la complementariedad

El carácter complementario que la Constitución otorga a los Tratados internacionales supone la necesaria no contradicción entre los derechos previstos en la parte dogmática de la Constitución y los enunciados en los Pactos de Derechos Humanos. Pero esa complementariedad también genera que la doble protección, interna e internacional, suponga una mutua correlación de los derechos y principios de distinta fuente.

Por lo tanto, principios del Derecho Internacional, como el de progresividad, son extrapolables a todo el conjunto de derechos fundamentales, aunque sean privados.

1.4 Progresividad

A modo de concreción de lo dicho, la aplicación del principio de progresividad -proveniente del art. 26 de la CADH- a los derechos económicos, sociales y culturales se extendió a los consumidores.^{10 11 12 13 14}

Humanos", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* núm. 4, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2000): 168; quien cita a Gerard Cohen-Jonathan.

10. Gabriel Stiglitz, "Los principios del Derecho del Consumidor y los derechos fundamentales", *Tratado de Derecho del Consumidor* t. I, directores Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015), 311.
11. Carlos Tambussi, "Ejecución de pagarés de consumo y diálogo de fuentes", *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley (2015): 205; Carlos Tambussi, "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos", *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, n°. 13, año XII, Lima, Universidad de Alas Peruanas (2014): 97; Carlos Tambussi, "Elementos interpretativos y de fondo propios de los derechos humanos en las normas de consumo del Código Civil y Comercial", *Ley de Defensa del Consumidor*, director Carlos Tambussi (Buenos Aires: Hammurabi, 2017), 445-47.
12. Sergio Barocelli, "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial", *DCCyE*, La Ley, febrero (2015): 63 y siguientes.
13. Marcelo Villarragut y Maximiliano Calderón, "El beneficio de gratuidad de la Ley de Defensa del Consumidor en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones de Córdoba", *La Ley Córdoba*, noviembre (2011): 1047 y siguientes.
14. Lidia Garrido Cordobera, "La aplicación de la prescripción del art. 50 LDC y el principio 'pro consumidor'...", *Tratado de Derecho del Consumidor* t. IV, directores Gabriel Stiglitz y Carlos

En los derechos supranacionales encontramos algunos ejemplos de jerarquización de la prohibición de regresividad a los derechos de los consumidores. En el art. 906.2 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte le impone a los Estados el deber de evitar, en el marco de la compatibilización de las medidas relativas a normalización que se adopten, la disminución de las medidas de protección a los consumidores.

En esa dirección, pero con mucha mayor claridad, la Resolución 36/19 del Mercosur diagrama, en su art. 1, una delineación de 14 principios aplicables a los derechos de los consumidores; y entre ellos destaca en el inciso 1 a la progresividad y no regresión. La Resolución N° 310/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del 10/09/2020 adoptó como derecho interno dicha Resolución del Mercosur.

La tendencia legislativa se orienta prístinamente en reconocer el principio de progresividad y no regresión a los consumidores.¹⁵

O sea, en todos estos documentos del Microsistema de Defensa del Consumidor, el principio de progresividad y no regresión ocupa un lugar prioritario.

Ello es trasladable, en consecuencia, a fortiori al Derecho Privado en general.

1.5 Resistencias

Ahora bien, una mirada rigurosa de "exterioridad" nos advierte que la lógica de yuxtaposición entre Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Privado (derechos de los consumidores, por ejemplo) requiere todavía de debates sólidos con otras disciplinas jurídicas. Dicho camino no ha logrado plasmarse de manera irreversible en: ámbitos científicos foráneos al Derecho del Consumidor de ciertas naciones, en la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos, ni en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, tampoco en ciertos sectores de la doctrina internacional.

Hernández (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015), 87-92.

15. En ese sentido: los proyectos de Códigos de Defensa del Consumidor exptes: 3143-D-2020; 5156-D-2020; y especialmente el último en debate S-0337/2023.

O sea, aún no llega a concretarse en áreas estratégicas como los organismos de derechos humanos.¹⁶

2. PRIVATIZACIÓN DE LA CONVENCIONALIZACIÓN

Los derechos humanos, al menos en su faz internacional, son pensados como garantía frente a transgresiones estatales.

Proponemos interpelarnos por una privatización de los derechos humanos para que cobren más valor frente a los verdaderos violadores masivos de derechos humanos en la sociedad de consumo, esto es las empresas.

Desde luego, una nueva idea de horizontalidad de los derechos humanos también contribuye a un acercamiento del Derecho Privado al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2.1 *Drittwirkung der Grundrechte*

La *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia (como importación desde Alemania¹⁷ frente a terceros es una técnica procesal constitucional de protección de derechos fundamentales tendiente a dotarlos de efectividad en las relaciones entre particulares, usualmente en un nivel jurisdiccional superior, tanto estatal como eventualmente internacional. Normológicamente, los derechos fundamentales europeos emergieron para garantizar los intereses de las personas frente a un Estado potencialmente transgresor. La lógica del *Drittwirkung* vino a atemperar aquella rigurosidad.

En cambio, en Latinoamérica se expandió la idea de derechos constitucionales que funcionan tanto frente al Estado como ante particulares (arts. 41 y 43 CN).

Aquel paradigma de derechos constitucionales expansivos, tal vez, pueda ser exportable hacia el Derecho de los Derechos Humanos.

16. Gonzalo Sozzo, "Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor (Sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)", *Academia.edu*, 142-43, 145-48, doi: <http://unl.academia.edu/cosimogonzalosozzo>.

17. Tribunal Federal Constitucional de Alemania, *Sentencia de 15 de enero de 1958*, Caso Lüth (BVerfGE 7, 198) [Veit Harlan vs. Erich Lüth].

Sociológicamente, se tenía al Estado por el único sujeto capaz de provocar daños masivos, que ameritaran la creación de la categoría de derechos fundamentales y, en lo que nos ocupa, derechos humanos que también nacieron como protección “contraestatal”. Pero la noción de Estado es finita. Tanto así que supranacionalidad, internacionalización y globalización vienen compitiendo con tal supremacía conceptual.

Como consecuencia de ello, en la sociedad de consumo, los privados ocupan un lugar que otrora no tenían. Y, en segundo lugar, como consecuencia de las nuevas tecnologías, una empresa como Google es capaz de generar, por ejemplo, un daño a la intimidad mucho peor que el que podría ocasionar cualquier estado. Por lo que una protección contra privados es tan o más importante que contra el sector público.

La *Digital Market Act* de la Unión Europea es prueba de ello.¹⁸

La Corte Internacional de Derechos Humanos no ha sido totalmente ajena a la teoría del *Drittwirkung*.¹⁹ La condición de que el sujeto imputable sea solamente el Estado hoy deviene indiscutible, pero puede compatibilizarse con una exigencia de respeto a nivel colectivo.

Cançado-Trindade fue quien comenzó a mencionar expresamente al *Drittwirkung*. En su voto en la Opinión Consultiva N° 18 explica que los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos son de naturaleza *ius cogens* y, por ende, de exigencia *erga omnes*. Dice el juez citado que la Corte Interamericana ha señalado que el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, por pertenecer al dominio del *jus cogens*, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan

18. La Ley de Mercados Digitales establece un conjunto de criterios objetivos para identificar a los “guardianes”, que son las grandes plataformas digitales que ofrecen los llamados servicios de plataforma central, como motores de búsqueda en línea, tiendas de aplicaciones y servicios de mensajería. La DMA es una herramienta regulatoria para regular el poder de control de las empresas digitales más grandes. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), Diario Oficial de la Unión Europea L 277 (27 de octubre de 2022): 1-102.

19. Natalia Barona Martínez, “Aplicación de la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico ecuatoriano”, *Iuris Dictio*, n° 29 (2022): 45-60; doi: <http://dx.doi.org/10.18272/iu.v29i29.2281>.

efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.²⁰ Pero igual de importante, se asombra –el magistrado– de que “hasta la fecha, estas dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones erga omnes de protección hayan pasado enteramente desapercibidas de la doctrina jurídica contemporánea”;²¹ lo que *per se* justifica este trabajo.

La aplicación de la *Drittwirkung* radicaría en comprender que la obligación de los particulares de respetar los derechos y libertades de los otros viene normalmente impuesta, de forma inmediata y directa, por el propio poder público.

Éste es el planteamiento que ha hecho suyo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que tiene su origen en la sentencia “Airey c. Irlanda”, de 9 de octubre de 1979, posteriormente confirmada en una numerosa relación de sentencias, entre las que destacan, entre muchas otras, López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994, e “Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia”, de 8 de julio de 2004.

Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue atando la *Drittwirkung* a una obligación estatal, en este caso, asegurar que los particulares respeten los derechos humanos.

Además, la doctrina de la *Drittwirkung*, tanto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como en la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, conocen límites sustanciales que se manifiestan, mayormente, en el ámbito de los derechos sociales,²² que en muchos casos se caracteriza por relaciones privadas, como las relaciones de consumo.

2.2 Control de Convencionalidad y comunitariedad en América y Europa

20. Voto razonado de Cançado-Trindade en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, “La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados”*, considerando 74.

21. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03*, considerando 78.

22. Beatriz Tomás Mallén, “Derechos Fundamentales y *Drittwirkung* en Perspectiva Multinivel: Desarrollos Recientes en el Derecho Europeo”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n° 115, septiembre-diciembre (2022): 231.

El control de convencionalidad tiene dos variantes: interpretación conforme o armonización y declaración de inconvencionalidad.²³ Ha recibido distintas denominaciones respectivamente: represivo o destructivo y preventivo o constructivo;²⁴ fuerte y débil.

El control de convencionalidad americano, que debe su nombre a la Corte Interamericana de Derechos Humanos,²⁵ tiene su mayor éxito en convertir a los tribunales nacionales en auxiliares suyos. Ha impuesto a los jueces nacionales la tarea de evacuar el control de convencionalidad sobre las leyes internas, en aplicación directa de la Convención.²⁶ Ello lleva a Canosa Usera a denominar a este fenómeno como el “último fruto de laboratorio constitucional iberoamericano”.²⁷ En el sistema interamericano, desde una perspectiva funcional²⁸ e institucional hay dos controles: uno internacional (de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y uno interno (de jueces nacionales) supervisado por aquel.

Por lo que, se confunde con el test de constitucionalidad en los países que, como Argentina,²⁹ asignan a los tratados jerarquía constitucional.

A diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha optado por desarrollar una mayor jurisprudencia, pero se ha contentado con que los jueces

23. Voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

24. Sagues, citado en Raúl Canosa Usera, *Control de Convencionalidad* (Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2015), 36.

25. Surge en el Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párrs. 123-125.

26. Ariel Dulitzky, “El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?”, *Tratado de los Derechos Constitucionales* t. Director Julio Rivera (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014), 568-69.

27. Raúl Canosa Usera, “¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España?” (ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”, Tucumán, Argentina, 17-19 de septiembre de 2013), en *Libro de ponencias*, 95-96. Precisamente uno de los grandes éxitos, probablemente el mayor, conseguido por el activismo inteligente de la Corte de San José de Costa Rica, en contraste con la labor desplegada por Tribunal Europeo de Derechos Humanos, radica en haber logrado eficazmente exigir que los jueces nacionales se conviertan en auxiliares suyos mediante el control de convencionalidad difuso fuerte.

28. Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparos* (México: Porrúa – UNAM, 2013), 19 y 20.

29. En México, por ejemplo, está por encima de la Ley pero por debajo de la Constitución. En Europa la tendencia no ha sido reconocerle rango constitucional, salvo Austria y Holanda que inclusive los posiciona por encima. La fórmula más común es supralegal (Portugal, España, Francia, Bélgica) o legal (Italia, Alemania).

internos interpreten los derechos internos a la luz de su doctrina, o sea una función armonizadora, sin posibilidad de una declaración de inconvencionalidad difusa que se asemeje a una inconstitucionalidad.

En cambio, sí lo hizo en materia de comunitariedad, desde el caso “Simmenthal” donde los jueces nacionales son jueces que efectúan control difuso de comunitariedad de la norma nacional. Sagues alega que aquel precedente (junto a “Flaminio Costa”) es un equivalente de “Almonacid Arellano” para el sistema convencional americano, por lo que los jueces nacionales europeos podrían protagonizar un control de convencionalidad difuso semejante al de comunitariedad.³⁰ Esta misma es lógica es seguida por Jimena Quesada³¹ partiendo del paralelismo entre “primacía” del Derecho Comunitario y “prevalencia” de los Tratados. Pero esta idea es rechazada por la doctrina constitucionalista mayoritaria que, a más del distingo conceptual entre esos términos, arguye que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las legislaciones han tenido oportunidad de postular ese control de convencionalidad difuso y no lo han hecho.³²

Aunque el protocolo 16 implica una aproximación de sistemas, ya que implica un “opinión convencional consultiva”,³³ que se asemeja a la cuestión prejudicial comunitaria y que reforzaría la intersección entre Tribunal Europeo de Derechos Humanos y jueces nacionales.

Lo que se pretende demostrar es que en el control de convencionalidad de jueces nacionales interno, las empresas pueden verse perjudicadas por dicho test, de manera más potente en el sistema americano donde hay un control de convencionalidad fuerte que podría llegar hasta la invalidez normativa. Entonces, nos preguntamos: ¿resulta tan inaceptable -pensar siquiera- que los tribunales internacionales puedan “responsabilizar” –mediante alguna herramienta directa

30. Citado en Raúl Canosa Usera, *Control de Convencionalidad*, 49.

31. Luis Jimena Quesada, *Jurisdicción Nacional y control de convencionalidad* (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013), 28 y siguientes.

32. Maribel González Pascual, “El CSDH como parte del derecho constitucional europeo”, en *El Tribunal de Estrasburgo en el Espacio Judicial Europe*, coordinador Argelia Queralt Jiménez (Cizur Menor: Thomson Reuters, Aranzadi, 2013), 118 y siguientes.

33. Ricardo Alonso García, *El juez Nacional en la Encrucijada Europea de los derechos fundamentales* (Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2014), 152.

o indirecta- a empresas? En el control de comunitariedad, el Tribunal de Luxemburgo lo hace de ordinario.

En "Olivera Fuentes",³⁴ y muchos otros, se forzó una sanción a Perú, por no haber sancionado la conducta discriminatoria de un supermercado. Tal vez sea hora de especular si no se debería haber reprochado también al supermercado, mediante un efecto expansivo o indirecto de la sentencia del tribunal internacional.

2.3 *Corpus iuris*

El control de convencionalidad no solo tiene por objeto, en el caso interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos sino que ha ido ampliando el *corpus iuris*, a otros instrumentos similares. Ferrer Macgregor define el corpus juris interamericano:

De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus juris* interamericano y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.³⁵

Llevando dicho pensamiento al extremo, podría habilitarse que las ODS de Agenda 2030 de Naciones Unidas, los "Principios Rectores sobre las Empresas

34. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Olivera Fuentes vs. Perú*, Sentencia de 4 de febrero de 2023. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). El 11 de agosto de 2004 el señor Olivera y su pareja del mismo sexo fueron amonestados por personal de la cafetería "Dulces y Salados" del Supermercado "Santa Isabel de San Miguel" por desplegar públicamente conductas de afecto. El 1 de octubre de 2004 el señor Olivera presentó una denuncia por discriminación ante el INDECOPI, la cual fue rechazada, obteniendo una última decisión desfavorable en sede de casación el 11 de abril de 2011. La Comisión concluyó que el Estado vulneró la garantía del plazo razonable debido al tiempo en que demoró cada autoridad en resolver los recursos interpuestos, sin que el Estado haya proporcionado razones que justifiquen los lapsos transcurridos para la decisión de cada recurso. A la vista de lo anterior, concluyó que el Estado peruano es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, vida privada, igualdad ante la ley y protección judicial consagrados en los artículos 8.1, 11, 24 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

35. Voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, nota al pie 64.

y los Derechos Humanos”³⁶ y especialmente el Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁷ deben ser empleados como *corpus iuris* en el examen de convencionalidad.

Empieza a construirse un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se dirige específicamente a las empresas.

El aludido Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos³⁸ menciona entre criterios interamericanos fundamentales en materia de empresas y derechos humanos: A. Centralidad de la persona y de la dignidad humana; B. Universalidad, Indivisibilidad, Interdependencia e Interrelación de los Derechos Humanos; C. Igualdad y no discriminación; D. Derecho al desarrollo; E. Derecho a un medio ambiente sano; F. Derecho a defender los derechos humanos; G. Transparencia y acceso a la información; H. Consulta libre, previa e informada y mecanismos generales de participación; I. Prevención y debida diligencia en materia de derechos humanos; J. Rendición de cuentas y efectiva reparación; K. Extraterritorialidad; L. Combate a la corrupción y a la captura del Estado.

El mismo documento instituye que los Estados deben: prevenir violaciones de derechos humanos en el marco de actividades empresariales; supervisar el disfrute efectivo de los derechos humanos en el marco de actividades empresariales; regular y adoptar disposiciones de derecho interno en el marco de actividades empresariales y derechos humanos; investigar, sancionar y garantizar acceso a mecanismos efectivos de reparación.

El punto 11 de “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”³⁹ prescribe que “las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros

36. Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* (2011), 15.

37. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos* (1 de noviembre de 2019), preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.

38. CIDH, *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos*.

39. Naciones Unidas, *Principios Rectores*, 15.

y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”.

Creemos que el debate propuesto en nuestra tesis debe darse, porque se ha transformado el contexto en el que germinaron los derechos humanos; y hoy los particulares y especialmente grandes empresas son los principales transgresores.

2.4 El empresario en el control de convencionalidad

En un momento dado, el control de convencionalidad se expandió más allá del ámbito jurisdiccional, llegando al sector administrativo.⁴⁰

Y siguiendo esa línea, pensamos, debe vigorizarse la preocupación del empresario por constituirse como sujeto más activo en la tutela de los derechos humanos, a través de compromisos políticos, procesos de diligencia debida (con sistemas de incentivos y sanciones), y asunción de responsabilidad y deber de reparación.

Pero sabemos que, a la luz del criterio y normativa imperante, media un impedimento de la competencia *ratione personae* para la legitimación pasiva de particulares (empresas) ante cortes internacionales de derechos humanos.

La aplicación procesal del *Drittwirkung* a nivel internacional encuentra un aparentemente insoslayable obstáculo, toda vez que los sujetos del Derecho Internacional Público son principalmente los Estados. Esto reprimiría el máximo grado de horizontalidad que sería que los particulares pudieran ser demandados o juzgados por tribunales internacionales.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por la pétrea idea de que únicamente los Estados tienen *ius standi* en el ámbito del Derecho Internacional Público, se verifica un antagonismo a la posibilidad de horizontalidad que

40. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

caracteriza al *Drittwirkung*.⁴¹ Pero aún ello, no obsta que se habiliten algunas opciones, como enunciaremos seguidamente.

2.5 Sistematización de alternativas de “privatización”

Aunque a la fecha parezca inviable pensar en empresas legitimadas pasivamente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se presentan varias alternativas de investigación de “Privatización del Derecho de los Derechos Humanos” y, por tanto, de un acercamiento de éste a los habitantes de la sociedad de consumo, esto es, los consumidores y usuarios.

a) La existencia de normas que habilitan la “legitimación pasiva en contra de particulares a nivel interno”, por violación de derechos humanos, no presenta obstáculos, si el régimen constitucional lo habilita. Vgr. un amparo contra particulares en Argentina (art. 43 CN).

Esto no era predicable en países europeos respecto de los derechos fundamentales, sino hasta la difusión de la teoría alemana del *Drittwirkung*.

Ciertamente, las jurisdicciones ordinarias, a excepción de la contencioso-administrativa, se ocupan diariamente de litigios y vulneraciones de derechos fundamentales entre particulares.⁴²

Lo dicho se explica porque la aplicación a nivel nacional, de los principios convencionales dependerá del marco normativo y constitucional de cada Estado. En Argentina, como en la mayor parte de América, la aplicación directa de un instrumento convencional entre privados no es cuestionable.

b) Una manifestación más fehaciente del generalizado diseño anterior se visibiliza cuando el control de convencionalidad, que deben realizar los jueces internos, está imperativamente presente en las relaciones entre privados, por mandato constitucional o legislativo. Esto es lo que termina de configurar el fenómeno de “Convencionalización del Derecho Privado”. En Argentina, el

41. Clapham Clapham, Andrew, “The “*Drittwirkung*” of the Convention”, *The European System for the Protection of Human Rights*, Macdonald, editores Matscher y Petzold (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 163-206.

42. Beatriz Tomás Mallén, “Derechos Fundamentales y *Drittwirkung*”, 207-35.

transcrito art. 1097 del Código Civil y Comercial expresamente lo indica para las relaciones de consumo.

Cabe aclarar que la relación entre Constitución y Código Civil en Europa no es semejante a la realidad en las latitudes latinoamericanas. Es que la inestabilidad de la historia constitucional europea contrasta con la estabilidad de la codificación civil. De allí que lo que se conoce como “constitucionalización del Derecho Privado” tenga más significación en Latinoamérica.

c) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido introduciendo a la teoría del *Drittwirkung* de manera lenta y sutil a lo largo de su jurisprudencia.⁴³

Cançado-Trindade fue quien comenzó a sugerir expresamente al *Drittwirkung* en el contexto de una revitalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁴⁴

La condición de que el sujeto imputable internacionalmente sea solamente el Estado hoy deviene indiscutible, pero puede compatibilizarse con una exigencia de respeto a nivel colectivo.⁴⁵

La Opinión Consultiva No. 18 que, en pocas palabras, explica que los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos son de naturaleza *ius cogens* y, por ende, de exigencia *erga omnes*. Dice el juez citado: “el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, por pertenecer al dominio del *jus cogens*, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”.⁴⁶ Se asombra el magistrado de que “hasta la fecha, estas dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones erga omnes de protección hayan

43. Barona Martínez, “Aplicación de la teoría del *Drittwirkung*”.

44. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake Vs. Guatemala, Sentencia de 24.01.1998, párrs. 28-29.

45. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitida el 17 de septiembre de 2003, titulada “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, párr. 140.

46. Voto razonado de Cançado-Trindade en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, considerando 74. Ver párr. 110, y cf. punto resolutivo n. 5.

pasado enteramente desapercibidas de la doctrina jurídica contemporânea”;⁴⁷ diatriba que *per se* justifica este trabajo.

Los otros actores que no pueden comparecer en cortes internacionales también tienen el deber de velar por los derechos humanos de sus pares, porque su respeto es de carácter *erga omnes* y, si bien el Estado responderá internacionalmente, el deber de protección les corresponde a todos.⁴⁸

Una solución para ello encontramos en una tutela procesal diferenciada del Derecho del Consumidor que revisa el efecto *res inter alius iudicata*, flexibilizando el principio de congruencia. Así el Proyecto de Código de Defensa del Consumidor dispone que, al dictar sentencia, el juez podrá flexibilizar la congruencia en aras a una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte en el proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores con “hipervulnerabilidad”.⁴⁹ Una norma idéntica encontramos en el penúltimo párrafo del art. 95⁵⁰ del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA vigente.

Una solución así podría extrapolarse al ámbito internacional del Derecho de los Derechos Humanos, en el marco del dialogo de fuentes pregonado entre derechos humanos y derechos de los consumidores y del principio de complementariedad propio de aquel, para buscar responsabilizar a las empresas, y no solo a los Estados.

d) Otro estadio viene dado por la responsabilidad internacional del Estado por actos de particulares. Aquí hay diversas intensidades.

47. Voto razonado de Cançado-Trindade en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03*, considerando, considerando 78

48. Barona Martínez, “Aplicación de la teoría del *Drittwirkung*”.

49. Argentina, Cámara de Diputados de la Nación, “Proyecto de Código de Defensa del Consumidor,” Expediente 5156-D-2020, 2020, Art. 164.

50. “Al dictar sentencia el juez resolverá con base en las pretensiones de las partes de manera razonablemente fundada, ajustándose a una solución más eficaz del litigio. Igualmente, podrá flexibilizar la congruencia en aras de una mayor tutela y efectividad de los derechos fundamentales de los consumidores que no hayan sido parte del proceso, pero que puedan verse afectados por la conducta obrada por el proveedor, especialmente cuando se trate de consumidores hipervulnerables, con los alcances de los arts. 1710 a 1713 del Cód. Civ. y Com”.

Un primer escalón lo marcaría cuando los estados son responsables por complicidad de particulares que atentan contra derechos humanos.

Un peldaño más, donde ya puede hablarse de una intromisión del *Drittwirkung*, lo marca cuando el Estado podría ser internacionalmente responsable frente a la existencia de actitudes de tolerancia, aquiescencia, omisión o falta de fiscalización, por ejemplo cuando los estados carecen de mecanismos “administrativos, judiciales” apropiados de juzgamiento de violaciones a derechos generadas por particulares.⁵¹

Un nivel más viene dado por el deber del Estado de debida diligencia o prevención. Fuera del ámbito consumeril, en la Sentencia “*Chowdury y otros c. Grecia*”, la Corte de Estrasburgo concluyó la violación del art. 4 del Convenio como consecuencia de la omisión de las autoridades griegas de impedir que un grupo de cuarenta y dos nacionales de Bangladés fueran contratados sin permiso de trabajo para la recolección de fresas, abocándolos a una situación de trata de seres humanos.⁵²

Ahora bien, cuando el riesgo no es cierto, inmediato y determinado, esta responsabilidad estatal frente al Derecho Internacional de Derechos Humanos es una ficción, que suple la imposibilidad de responsabilidad al particular (empresa, por ejemplo).

Es que se ha dicho, no sin razón, que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción, pues el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de éstos frente a cualquier acto de particulares.⁵³

51. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Olivera Fuentes vs. Perú*, 4/02/2023 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 4 de febrero de 2023.

52. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), *Chowdury y otros c. Grecia*, n°. 21884/15, Sentencia de 30 de marzo de 2017, párr. 86.

53. La impredecibilidad de la conducta humana y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, dicha obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 124).

e) Para evitar esta última ficción debe empezar a construirse un Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se dirige específicamente a las empresas, a partir del *Corpus Iuris* antes descripto.

f) Otra manera de fortalecer el respeto de los derechos humanos en las relaciones jurídicas privadas es erigir el *enforcement* privado. Para ello las propias empresas deben contener mecanismos operacionales (administrados por las propias empresas) para debatir la reparación directa de los daños causados, y deben estimularse medios alternativos de solución de conflicto,⁵⁴ que en el mercado digital se desarrollan como ODR (*Online Dispute Resolution*).⁵⁵

g) En nuestra tesis, pensamos que merece un debate robusto el hecho que, si se condena a un Estado por una violación desplegada por un particular, la Corte, además, podría generar un efecto sobre el particular.

¿Cuáles son las herramientas que podrían usarse?

Una posibilidad sería que la sentencia de las Corte Internacionales tenga un "efecto expansivo" contra los particulares que violaron derechos humanos. Pero sin la participación de esos terceros particulares en el proceso devendría cuestionable por transgresión al debido proceso y al derecho de defensa, lo que solo podría ser garantizado íntegramente con algún grado de participación de estos terceros particulares en el proceso.

Una alternativa de lo anterior sería tomar en consideración la teoría de los efectos indirectos de la sentencia⁵⁶ flexibilizándose el principio de congruencia.⁵⁷

Otra opción sería que, sin que la sentencia tenga consecuencias procesales directas sobre particulares, lo resuelto pueda ser tomado en consideración, como

54. Naciones Unidas, *Principios Rectores*, considerandos 27-29.

55. José Sahián, "ODR (Online Dispute Resolution)," *Revista LA LEY*, 13 de octubre de 2021, 1 y siguientes.

56. Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil* (n° 79), tomo 1 (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973). Decía "si el juez declara en relación con Ticio que una cosa pertenece a Cayo, la sentencia no impide a Sempronio reivindicarla de Cayo, que la tiene en posesión, pero no le permite considerar ya a Ticio como propietario de ella. Por tanto, en cuanto los terceros sean sujetos de relaciones conexas con la relación definitiva en el proceso, la cosa juzgada despliega su eficacia de reflejo también en relación con ellos".

57. Esto es viable en Argentina, en relaciones de consumo, en el ya aludido art. 95 in fine del Código Procesal en Relaciones de Consumo de la CABA.

una prueba o un título esgrimible contra los particulares, por los damnificados o por el Estado.

En principio el límite de lo dicho sería si hubiera proceso agotados, como en el caso “Olvera Fuentes”. Pero pensamos que aun en esa hipótesis podría haber una flexibilización del principio de cosa juzgada del país, como acontece con ciertos mecanismos como la revisión de la cosa juzgada irrita.

En el Derecho del Consumidor Supranacional ya se consintió una solución de este tipo, flexibilizando –el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– la cosa juzgada en pos del principio de efectividad de la tutela a los consumidores en tanto vulnerables.⁵⁸

No sería la primera vez que se excepcione a estos institutos que tienen en miras la seguridad jurídica, como aconteció con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad.

CONSIDERACIONES FINALES

Debemos poner en agenda internacional un debate robusto sobre la extrapolación de principios del Derecho Convencional de Derechos Humanos al Derecho Privado.

La extrapolación de estándares provenientes de los sistemas convencionales de derechos humanos –con base en los principios de progresividad, complementariedad y tutela cruzada de derechos– deberían ser tenidos en cuenta en la resolución de casos de derecho privado.

Como una retroalimentación simbiótica de lo anterior, debe empezar a “privatizarse” el Derecho de los Derechos Humanos, enfatizándose la idea de responsabilidad y, eventual, legitimación pasiva de las empresas. En esto, ciertos aspectos del Derecho Privado, como el Microsistema de Derecho de los Consumidores, puede ser un transcendental jugador en ese novedoso prisma para el Derecho Internacional de Derechos Humanos.

58. TJUE, 17/05/2022, Sentencias en el asunto C-600/19 *Ibercaja banco*, en los asuntos acumulados C-693/19 *SPV Project 1503* y C-831/19 *Banco di Desio e della Brianza* y otros, y en los asuntos C-725/19 *Impuls Leasing România* y C-869/19 *Unicaja Banco*.

Debemos interpelarnos sobre cómo responder a los desafíos de una nueva era teologizada,⁵⁹ donde los riesgos provienen de privados, en igual o mayor magnitud que del sector público. Mantener una visión de los derechos humanos como la actual sería equivalente a que Europa se hubiese quedado con la idea de derechos fundamentales exclusivamente verticales.

REFERENCIAS

Alonso García, Ricardo. *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2014.

Argentina. Cámara de Diputados de la Nación. *Proyecto de Código de Defensa del Consumidor*. Expediente 5156-D-2020. 2020.

Barona Martínez, Natalia. "Aplicación de la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico ecuatoriano", *Iuris Dictio* n° 29. Junio, 2022, doi: <http://dx.doi.org/10.18272/iu.v29i29.2281>.

Barocelli, Sergio. "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial". *DCCyE, La Ley*, febrero 2015, 63 y siguientes.

Barona Martínez, Natalia. "Aplicación de la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el ordenamiento jurídico ecuatoriano." *Iuris Dictio*, no. 29 (2022): 45-60. <https://doi.org/10.18272/iu.v29i29.2281>.

Canosa Usera, Raúl. "¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España?" Ponencia presentada en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "Jorge Carpizo", Tucumán, Argentina, 17-19 de septiembre de 2013. En *Libro de ponencias*, 95-110.

Canosa Usera, Raúl. *Control de Convencionalidad*. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 2015.

Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tomo 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

Ciuro Caldani, Miguel. "Aportes a la estrategia jurídica humanista en una nueva era: La humanidad en constante evolución." En *El Derecho Privado en el Siglo XXI*, tomo I, dirigido por Hernández, Frustagli y Santarelli. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: LA LEY, 2022.

Clapham, Andrew. "The 'Drittwirkung' of the Convention." In *The European System for the Protection of Human Rights*, edited by R. St. J. Macdonald, Franz Matscher, and Herbert Petzold, 163-206. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

59. Miguel Ciuro Caldani, "Aportes a la estrategia jurídica humanista en una nueva era: La humanidad en constante evolución," en *El Derecho Privado en el Siglo XXI*, t. I, dir. Hernández, Frustagli y Santarelli (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: LA LEY, 2022), 14.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. 1 de noviembre de 2019.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1141/00* (30 de agosto de 2000). Expediente D-2830. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-313/2013* (23 de mayo de 2013). Expediente D-9345. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vera Rojas y Otros vs. Chile*, Sentencia de 1 de Octubre de 2021

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Olivera Fuentes vs. Perú*. Sentencia de 4 de febrero de 2023.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-18/03: La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*. 17 de septiembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Blake Vs. Guatemala*, Sentencia de 24.01.1998

Dulitzky, Ariel. "El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?" En *Tratado de los Derechos Constitucionales*, t. I, dirigido por Julio Rivera, 563-580. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.

Fix Zamudio, Héctor, y Salvador Valencia. *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparos*. México: Porrúa-UNAM, 2013.

Garrido Cordobera, Lidia. "La aplicación de la prescripción del art. 50 LDC y el principio 'pro consumidor'..." En *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. IV, dirigido por Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández, 87-92. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.

González Pascual, Maribel. "El CSDH como parte del derecho constitucional europeo." En *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, coordinado por Argelia Queralt Jiménez, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Gros Espiell, Héctor. "Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el art. 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 4. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Jimena Quesada, Luis. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Naciones Unidas. *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. 2011.

Sahián, José. "Los principios del derecho de los consumidores. Consideraciones generales y breve aproximación a la problemática de los usuarios en entornos digitales". *Revista del Código Civil y Comercial*, septiembre-octubre 2022, 105. Buenos Aires: La Ley, 2022.

Sahián, José. "Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores". *Diario La Ley* 2018-A, 545. Buenos Aires: LA LEY, 2018.

Sahián, José. "Principios generales de protección del consumidor en el proceso e interpretación de las normas". *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* 308 (4 de mayo de 2021): 21. Buenos Aires: La Ley, 2021.

Sahian, José. "Diálogo entre los Derechos Humanos y los Derechos del Consumidor. Un primer paso hacia la privatización del Derecho de Derechos Humanos." *Revista de la Red Global de Humanidades y Derechos* 5, n.º 3 (2023). <https://doi.org/10.24861/2675-1038.v5i3>.

Sahián, José. "Principios de progresividad y no regresión en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor". En *Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*. Buenos Aires: LA LEY, 2019.

Sahián, José. "ODR (Online Dispute Resolution)." *Revista LA LEY*, 13 de octubre de 2021.

José Sahián, *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores* (Buenos Aires: La Ley, 2017)

Sozzo, Gonzalo. "Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor (Sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)". *Academia.edu*. <http://unl.academia.edu/cosimogonzalosozzo>.

Stiglitz, Gabriel. "Los principios del Derecho del Consumidor y los derechos fundamentales". En *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. I, dirigido por Gabriel Stiglitz y Carlos Hernández, 311. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2015.

Tambussi, Carlos. "Ejecución de pagarés de consumo y diálogo de fuentes". *Revista Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: La Ley, 2015, 205.

Tambussi, Carlos. "Elementos interpretativos y de fondo propios de los derechos humanos en las normas de consumo del Código Civil y Comercial". En *Ley de Defensa del Consumidor*, dirigido por Carlos Tambussi, 445-47. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.

Tambussi, Carlos. "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos". *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas* 13, año XII (2014): 97. Lima: Universidad de Alas Peruanas.

Tomás Mallén, Beatriz. "Derechos Fundamentales y Drittwirkung en Perspectiva Multinivel: Desarrollos Recientes en el Derecho Europeo." *UNED. Revista de Derecho Político*, n° 115 (septiembre-diciembre 2022): 231-260.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Chowdury y otros c. Grecia*. No. 21884/15, Sentencia de 30 de marzo de 2017.

Tribunal Federal Constitucional de Alemania. *Sentencia de 15 de enero de 1958*. Caso Lüth (BVerfGE 7, 198).

Unión Europea. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). Diario Oficial de la Unión Europea L 277 (27 de octubre de 2022): 1-102.

Villarragut, Marcelo y Maximiliano Calderón. "El beneficio de gratuidad de la Ley de Defensa del Consumidor en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones de Córdoba". *La Ley Córdoba*, noviembre 2011, 1047 y siguientes.

Received on 17/03/2025

Approved on 26/05/2025

FREEDOM OF SPEECH AND ITS DIGITAL TRANSFORMATION AND PROTECTION:

guidelines and principles from the Inter-American Court Of Human Rights case-law and other human right protection bodies¹

Walter Arevalo Ramirez²

Andrés Rousset Siri³

ABSTRACT: This article examines the evolving landscape of freedom of expression in the digital era, focusing on the challenges posed by hate speech and the regulatory roles of states and digital platforms. Drawing upon the case-law of the Inter-American Court of Human Rights and principles established by other international and regional human rights bodies, including a dialogue with European experiences, it analyzes the delicate balance between protecting free speech and countering harmful discourse online. In the context of the workshop and special dossier on “Digital Transformation and Innovative Solutions” of the Latin American Journal of European Studies, the article synthesizes key principles regarding permissible restrictions on expression—emphasizing legality, legitimacy, necessity, and proportionality—and explores the specific responsibilities of digital intermediaries in moderating content while safeguarding fundamental rights. Ultimately, the article underscores the ongoing need for international cooperation and the development of guiding principles to navigate these complex issues, ensuring both the robust exercise of freedom of expression in digital spaces and the protection of democratic values against the dangers of online hate speech.

KEYWORDS: Freedom of Expression; Digital Era; Hate Speech.

1. W. A. Ramirez, A. R. Siri, “Freedom of speech and its digital transformation and protection: guidelines and principles from the Inter-American Court of Human Rights case-law and other human right protection bodies,” *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 52 et seq.
2. Profesor Principal de Derecho Internacional Público en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Colombia), Presidente de la Academia Colombiana de Derecho Internacional. Asociado del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. <https://orcid.org/0000-0002-8501-5513>.
3. Profesor titular de Derecho Internacional Público. Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). <https://orcid.org/0000-0003-1435-9922>.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU TRANSFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DIGITAL: DIRECTRICES Y PRINCIPIOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS ORGANISMOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

RESUMEN: Este artículo examina el panorama cambiante de la libertad de expresión en la era digital, centrándose en los desafíos que plantea el discurso de odio y los roles regulatorios de los estados y las plataformas digitales. Basándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los principios establecidos por otros órganos internacionales y regionales de protección de derechos humanos, incluyendo un diálogo con experiencias europeas, el documento analiza el delicado equilibrio entre la protección de la libertad de expresión y la lucha contra el discurso dañino en línea. En el contexto del workshop y el dossier especial sobre “Transformación Digital y Soluciones Innovadoras” de la Revista Latin American Journal of European Studies, el artículo sintetiza principios clave con respecto a las restricciones permisibles a la expresión —enfaticando la legalidad, la legitimidad, la necesidad y la proporcionalidad— y explora las responsabilidades específicas de los intermediarios digitales en la moderación de contenido, al tiempo que salvaguardan los derechos fundamentales. Finalmente, el artículo subraya la necesidad de cooperación internacional y el desarrollo de principios rectores para navegar por estos complejos problemas, asegurando tanto el ejercicio robusto de la libertad de expresión en los espacios digitales como la protección de los valores democráticos contra los peligros del discurso de odio en línea.

PALABRAS CLAVE: Libertad de Expresión; Era Digital; Discurso de Odio;

ÍNDICE: Introduction; 1. Framing the evolution of the content of freedom of speech in several international instruments; 2. Unprotected discourse; 2.1 Hate speech as unprotected discourse in the European Commission Against Racism and Intolerance; 2.2 Hate speech before the Inter-American Court of Human Rights; 3. Protected discourse; 3.1 Protected discourse before the Inter-American Court of Human Rights; 4. State interference in matters of freedom of expression; 5. State interference to speech and information in the digital space of internet: guidelines and principles; Final Considerations; References.

INTRODUCTION

The issue of freedom of speech, which is not a particularly new legal topic in the scope of the Inter-American Court of Human Rights, nowadays, in the digital age, has become a complex matter. Digital platforms offer what appears to be an unlimited space for individuals to express themselves freely. This allows the voices of millions of users to share their experiences, exert pressure, or try

to influence politics, leading to active responses unlike anything seen before.⁴ Several authors recall the Arab Spring as one of the initial moments of this tendency of live message-and-reaction with the masses.⁵ This new form of communication and reaction currently happens through various channels and involves several relevant actors, from official government accounts to completely anonymous users.

However, freedom of speech in this new world of immediate “reactions”, “posts” and “comments” faces new unprecedented challenges due to the increasing prevalence of online commentary that ranges from demands directed at authorities and from defamatory statements to mere insults. This new environment faces the increasing of extreme discourse that propagates violence or hatred towards specific groups, thereby undermining fundamental principles such as tolerance and diversity, which are cornerstone to traditional media activities, now disrupted by new technologies.

The imperative to reconcile freedom of expression, as a “conventional right” under Article 13 of the American Convention on Human Rights (namely “Freedom of Thought and Expression”), exercised in any form, with the safeguarding of individuals against proscribed speech has become critical in our hyper-connected society. This presents a significant challenge to our regional system of international human rights protection, particularly concerning the State’s role as the guarantor of human rights.

The dangers of the involvement of the State in the regulation of freedom of speech in those new contexts have been studied by recent literature. As Petit explains, when discussing the criminalization of freedom of expression—and its evaluation under international law—the focus lies on state actions that (i) penalize the exercise of free speech without justifiable cause (i.e., lacking a legitimate basis for limitation) or (ii) penalize the exercise of free speech with

4. Iraida Giménez, “La libertad de expresión y las redes sociales a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, in *Valores (y temores) del estado de derecho: libertad de expresión vs. delitos de opinión en derecho internacional*, ed. Eulalia Petit de Gabriel (España: Aranzadi, 2023), 243.

5. Gadi Wolfsfeld, Elad Segev, and Tamir Sheaffer, “Social Media and the Arab Spring: Politics Comes First,” *The International Journal of Press/Politics* 18, no. 2 (2013): 115–137.

excessive measures (i.e., where a legitimate ground for restriction exists, but the measure is disproportionate). These actions frequently manifest as acts of state's agencies in the form of censorship, control or closure of media outlets, or the persecution of journalists. However, more often in current times, this control is "delegated" to private actors, for instance, in the moderation of content on social media platforms.⁶

The conformity with international law of these types of state actions (understood as the "conventionality"⁷ of the measures, under the American Convention) that restrict freedom of expression has been examined through the strict interpretation of the necessity and proportionality of the limitations in relation to the protected values and the institutional nature of freedom of expression as the backbone of the rule of law in democratic systems, especially when the sanctions are of a criminal nature.⁸ Understanding how freedom of speech has been framed in the context of international law⁹ is fundamental to analyze its relation with the current tendencies and risks of the digital era.

In the following sections, the present contribution examines the evolving landscape of freedom of expression in the digital era, focusing on the challenges posed by hate speech and the regulatory roles of states and digital platforms. Drawing upon the case-law of the Inter-American Court of Human Rights and principles established by other international and regional human rights bodies, it analyzes the delicate balance between protecting free speech and countering harmful discourse online.

The study synthesizes key principles regarding permissible restrictions on expression—emphasizing legality, legitimacy, necessity, and proportionality—and

-
6. Walter Arévalo Ramírez and Andrés Rousset Siri, *Criterios interamericanos sobre la libertad de expresión en tiempos digitales*, in *Derecho y tecnología: desafíos en la era digital* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2025). This chapter served as a preliminary research work for the present article.
 7. Walter Arévalo Ramírez and Andrés Rousset Siri, "Compliance with Advisory Opinions in the Inter-American Human Rights System," *AJIL Unbound* 117 (2023): 298–302.
 8. Eulalia Petit de Gabriel, ed., *Valores (y temores) del estado de derecho: libertad de expresión vs. delitos de opinión en derecho internacional* (España: Aranzadi, 2023), 18.
 9. Walter Arévalo et al., *International Human Rights Law*, in *Public International Law* (London: Routledge, 2024), 531–614.

explores the specific responsibilities of digital intermediaries in moderating content while safeguarding fundamental rights. Ultimately, the article underscores the ongoing need for international cooperation and the development of guiding principles to navigate these complex issues, ensuring both the robust exercise of freedom of expression in digital spaces and the protection of democratic values against the dangers of online hate speech.

1. FRAMING THE EVOLUTION OF THE CONTENT OF FREEDOM OF SPEECH IN SEVERAL INTERNATIONAL INSTRUMENTS

From the first human rights instruments created under the auspices of international organizations after the Second World War, including Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights and Article IV of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, the right to freedom of speech has had an indisputable prominence, recognizing the right of individuals to hold and express opinions without being bothered for their content, as well as to receive and/or disseminate information by any means.¹⁰

Subsequently, over time, the declarations were followed by conventions (at the regional and universal levels) placing the obligation on states to respect and guarantee this right, prohibiting - in general - prior censorship, guaranteeing a sphere of neutrality and against unduly interference that prevents indirect censorship, and establishing a system of proportional and subsequent liabilities as a response for those cases where the opinions expressed affect the honor or reputation of other individuals, national security, public order, or public health and safety.

From the regional treaties perspective, within the Inter-American System, Article 13 of the American Convention on Human Rights regulates these cases in its paragraphs 2, 3, 4, and 5 in the following terms:

10. Universal Declaration of Human Rights, UN General Assembly Resolution 217 A (III), December 10, 1948, 14-25.

2. The exercise of the right provided for in the foregoing paragraph shall not be subject to prior censorship but shall be subject to subsequent imposition of liability, which shall be expressly established by law to the extent necessary to ensure:

- a. respect for the rights or reputations of others; or
- b. the protection of national security, public order, or public health or morals.

3. The right of expression may not be restricted by indirect methods or means, such as the abuse of government or private controls over newsprint, radio broadcasting frequencies, or equipment used in the dissemination of information, or by any other means tending to impede the communication and circulation of ideas and opinions.

4. Notwithstanding the provisions of paragraph 2 above, public entertainments may be subject by law to prior censorship for the sole purpose of regulating access to them for the moral protection of childhood and adolescence.

5. Any propaganda for war and any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitements to lawless violence or to any other similar action against any person or group of persons on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin shall be considered as offenses punishable by law.

For its part, the European Convention indicates in article 9.2 that: "2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others".

Finally, the African Charter on Human and Peoples' Rights, indicates in its article 9: "Article 9 1. Every individual shall have the right to receive information. 2. Every individual shall have the right to express and disseminate his opinions within the law".

Article 19.3 of the International Covenant on Civil and Political Rights indicates;

3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

- (a) For respect of the rights or reputations of others;

(b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.

Beyond the text of the treaties, it is fundamental to categorize the different standards of protection implied in these articles and which types of discourse are covered or protected.

Authors as Abramovich, citing the criteria established by the Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights, argue that speeches (in general) can be classified according to the degree of protection given to them by the conventional right of freedom of expression, between two extremes ranging from “unprotected” to “protected”, explained in the following sections.

2. UNPROTECTED DISCOURSE

The content of a discourse not protected by international law relating freedom of speech, must be legally prohibited, and therefore it is not protected by the conventional guarantees emanating from treaties, implying that states - in the face of these discourses - have broad powers of intervention: establishing personal liabilities, regulate mechanisms for its censorship or limiting its circulation. In particular, the aforementioned author has stated that restrictive measures against violent hate speech that targets discriminated groups find a solid additional basis in the state's obligation to prevent the violation of the right to life and physical integrity, which in turn entails the specific duty to act with due diligence in order to avoid the materialization of risks of violence, which includes, in a broader sense, the duty to act to reverse widespread patterns and practices of violence developed by state bodies and individuals.¹¹

Nonetheless, Abramovich warns (in line with the dichotomy raised above), that the possibility of establishing and applying mechanisms of prior censorship to violent hate speech is, however, a debated issue, especially when some

11. Víctor Abramovich, *Dilemas jurídicos en la restricción de los discursos de odio*, in Víctor Abramovich, María José Guembe, and María Capurro Robles, *El límite democrático de las expresiones de odio* (Buenos Aires: TESEO, 2021), 28, 39.

positions consider that even in these cases the absolute prohibition of prior censorship that characterizes the Inter-American regional human rights system prevails. Abramovich points out, for example, that the English version of Article 13.5 of the American Convention does not establish a duty to legally prohibit hate speech, and only imposes the possibility to sanction these conducts as offense, which would point to responsibilities subsequent to the expression, without enabling censorship. Hence, the Spanish and English texts of the Convention leave a gap of interpretation between “prohibit” (implying a previous intervention from the State) or “punish” (meaning an assessment that must be undertaken after the speech, and dealing with the consequences in a space of posterior, subsequent liability):

Spanish	English
<i>Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional</i>	<i>Any propaganda for war and any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitements to lawless violence or to any other similar action against any person or group of persons on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin shall be considered as offenses punishable by law</i>

Table 1. Comparison.

2.1 Hate speech as unprotected discourse in the European Commission Against Racism and Intolerance

The effect and legality of prior censorship and other available mechanisms is linked to the phenomenon of hate speech, that is, expressions that exceed any interpersonal offense that could give rise to a civil claim for slander or libel, and rather imply aggravated manifestations with general effects (linguistic pain).¹² These speeches represent a direct attack on a group of people because of

12. Uładzislau Belavusau, “Instrumentalisation of Freedom of Expression in Postmodern Legal Discourses,” *European Journal of Legal Studies* 3, no. 1 (2010): 149.

their race, religion, nationality, sexual orientation, among others, and also incite violence against these groups or sectors of the population.¹³

Without a universally agreed-upon definition, the Committee of Ministers of the Council of Europe's description of this phenomenon is often cited, appearing in the majority of scholarly works. It states that "hate speech" should be understood as any form of expression that spreads, incites, promotes, or justifies racial hatred, xenophobia, antisemitism, or other forms of hatred based on intolerance. This includes intolerance expressed through aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination, and hostility towards minorities, immigrants, and people of immigrant/foreign origin.¹⁴

The European Commission against Racism and Intolerance, in its General Policy Recommendation No. 15 on combating hate speech, defined hate speech as:

Considering that hate speech is to be understood for the purpose of the present General Policy Recommendation as the advocacy, promotion or incitement, in any form, of the denigration, hatred or vilification of a person or group of persons, as well as any harassment, insult, negative stereotyping, stigmatization or threat in respect of such a person or group of persons and the justification of all the preceding types of expression, on the ground of "race", colour, descent, national or ethnic origin, age, disability, language, religion or belief, sex, gender, gender identity, sexual orientation and other personal characteristics or status;¹⁵

It is worth adding that Recommendation No. 15 of the European Commission against Racism and Intolerance of the Council of Europe recognizes as a special form of hate speech those cases in which said speech takes the form of a public denial, trivialization, justification, or condoning of crimes of genocide, crimes against humanity, or war crimes, whose existence has been recognized by national or international courts by final judgments.

13. Yessica Esquivel Alonso, "El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos," *Cuestiones Constitucionales*, no. 35 (2016).

14. Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recommendation No. R (97) 20*, October 30, 1997.

15. European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), *General Policy Recommendation No. 15 on Combating Hate Speech*, December 8, 2015.

2.2 Hate speech before the Inter-American Court of Human Rights

In this regard, the Inter-American Court of Human Rights has stated that violence exercised for discriminatory reasons¹⁶ has the effect or purpose of impeding or nullifying the recognition, enjoyment, or exercise of the human rights and fundamental freedoms of the person subjected to such discrimination, regardless of whether said person self-identifies with a particular category or not. Furthermore, this violence, fueled by hate speech, can give rise to hate crimes.¹⁷

For instance, The Vicky Hernández v. Honduras case before the Inter-American Court of Human Rights¹⁸ concerned the 2009 extrajudicial execution of Vicky Hernández, a transgender woman and human rights activist, during a curfew imposed after the Honduran coup d'état. The Court found Honduras responsible for her death, citing the context of violence and discrimination against LGBTQ+ individuals, particularly transgender women sex workers, and the state's failure to conduct a proper investigation. In a landmark ruling, the Court recognized that the violence was motivated by her gender identity and that the lack of investigation was influenced by prejudice. It ordered Honduras to provide reparations to Vicky's family, implement measures to protect transgender people, including anti-discrimination training for security forces and allowing legal gender recognition, and to conduct a thorough investigation into her death.

The central issue raised in the specific case of hate speech revolves around whether its prohibition is necessary and reasonable from the perspective of the right to freedom of expression. This involves navigating a spectrum of positions,

16. Inter-American Court of Human Rights, *Case of Vicky Hernández et al. v. Honduras*, Judgment of March 26, 2021, Series C No. 422, para. 70.

17. Inter-American Court of Human Rights, *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples*, Advisory Opinion OC-24/17 of November 24, 2017, Series A No. 24, para. 47. "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)."

18. Walter Arévalo, Verena Kahl, and Andrés Rousset Siri, *Inter-American Human Rights System, in Public International Law: A Multi-Perspective Approach* (London: Taylor and Francis, 2024), 583–591.

ranging from those that focus on the harms of inciting hatred to those that emphasize the detriments of restricting freedom of expression.¹⁹

To address this dilemma, the UN Strategy and Plan of Action for 2020 on hate speech recognizes three levels of lawful and unlawful expression.

The most serious level encompasses the advocacy of national, racial, or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility, or violence, and therefore violates Article 20(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights. The intermediate level includes other forms of incitement to hatred that may only be prohibited by regulations provided by law, which pursue a legitimate aim, and which are necessary and proportionate. At the lower level is speech that is offensive, shocking, or disturbing, but which should not be legally restricted.²⁰

When studying these approaches, authors as Valeria Thus explain that this approach aims to prevent racial discrimination or the violation of human dignity through human rights education measures and the promotion of intercultural dialogue, especially by undertaking positive actions to avoid racial discrimination and removing barriers that hinder understanding between people of different cultures.²¹ In summary, the starting point for defining hate speech is clear, but there are differences in how it is treated within states and within the scope of protection systems.

It should be noted that the American Convention only permits prior censorship – without any type of discussion – in cases of public performances with the exclusive purpose of regulating access to them for the moral protection of children and adolescents, as derived from Article 13.4 of the American Convention on Human Rights.

19. Walter Arévalo Ramírez and Andrés Rousset Siri, *Criterios interamericanos sobre la libertad de expresión en tiempos digitales*.

20. United Nations, *United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech: Detailed Guidance on Implementation for United Nations Field Presences* (2020), <https://perma.cc/3BQ3-YQ3L>.

21. Valeria Thus, "Daño negacionista y Derecho Penal: resignificando la lesividad en el siglo de los genocidios," *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 18, no. 2 (2018): 43.

In all other cases – as the Inter-American Court has pointed out – any preventive measure implies a detriment to freedom of thought and expression.

The “Last Temptation of Christ” (Olmedo Bustos et al.) v. Chile case before the Inter-American Court of Human Rights concerned the Chilean Supreme Court’s order to censor the film “The Last Temptation of Christ”²² for allegedly offending religious beliefs and public morals. The IACHR ruled against Chile, finding that the censorship violated Article 13 of the American Convention on Human Rights, which guarantees freedom of thought and expression and strictly limits prior censorship. The Court emphasized that the protection of morals cannot justify measures that suppress freedom of expression without considering the specific context and the potential harm caused by the expression, asserting that prior censorship is only permissible in very limited circumstances concerning the protection of children and adolescents in public performances, which was not the case with the film. This ruling underscored the high threshold for restricting artistic expression and the importance of balancing freedom of expression with other legitimate interests.

3. PROTECTED DISCOURSE

Protected speech refers to speech regarding which state intervention is not permitted or should be minimal, exceptional, and based on mechanisms of accountability subsequent to the expressive act. This includes expressions related to criticism of the government, public officials, or those aspiring to be such, or those who participate in the formulation of policies, as well as political discourse in general and any expression that concerns matters of public interest.

The case-law of regional human rights protection bodies tends to hold that a distinction must be made between restrictions that are applicable when the object of the expression concerns a private individual and, on the other hand, when it is a public figure, such as a politician. This is because public figures, by

22. Inter-American Court of Human Rights, *Case of “The Last Temptation of Christ” (Olmedo Bustos et al.) v. Chile*, Judgment of February 5, 2001, Series C No. 73, para. 70.

virtue of their role and exposure to public scrutiny, generally have a higher threshold for what constitutes acceptable criticism compared to private individuals.

For instance, the European Court of Human Rights has stated that the limits of acceptable criticism are broader with regard to a politician than for a private individual. Unlike the latter, politicians inevitably and knowingly open themselves up to close scrutiny of their words and deeds by journalists and the public, and consequently, they must demonstrate a greater degree of tolerance.²³

In this regard, it has been pointed out that expressions concerning public officials or other individuals exercising functions of a public nature must enjoy, under the terms of Article 13.2 of the American Convention, a wider margin for open debate on matters of public interest, which is essential for the functioning of a truly democratic system. This does not mean, in any way, that the honor of public officials or public figures should not be legally protected, but rather that it must be protected in accordance with the principles of democratic pluralism.

3.1 Protected discourse before the Inter-American Court of Human Rights

In these terms, the Inter-American Court has held that the emphasis of this different threshold of protection does not lie in the status of the subject, but in the public interest nature of the activities or actions of a particular person. Those individuals who influence matters of public interest have voluntarily exposed themselves to more demanding public scrutiny and, consequently, are exposed to a greater risk of criticism, as their activities move out of the realm of the private sphere and into the sphere of public debate.²⁴

In *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, the Inter-American Court of Human Rights addressed the criminal conviction of journalist Mauricio Herrera Ulloa for publishing articles that quoted a Belgian newspaper accusing a Costa Rican diplomat

23. European Court of Human Rights, *Case of Lingens v. Austria*, Judgment of July 8, 1986, Application no. 9815/82, para. 42.

24. Inter-American Court of Human Rights, *Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica* (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs), Judgment of July 2, 2004, Series C No. 107, para. 128.

of corruption. The Court found that Costa Rica violated Herrera Ulloa's right to freedom of expression under Article 13 of the American Convention on Human Rights. It emphasized the importance of freedom of expression for journalists reporting on matters of public interest, particularly concerning public officials, and established that the standards for restrictions on such expression are very high. The Court ruled that Costa Rica's criminal sanctions were disproportionate and ordered the State to annul the conviction, pay compensation to Herrera Ulloa, and reform its legislation to ensure compatibility with international human rights standards.

Between these extremes lies the rest of protected speech, which refers to expressions of all kinds (not only favorable information and ideas, considered harmless or indifferent, but also those that offend, shock, or disturb)²⁵ that occur between private individuals, outside of the two special cases mentioned in the previous sections.

4. STATE INTERFERENCE IN MATTERS OF FREEDOM OF EXPRESSION

Freedom of expression is regulated, within the framework of the Inter-American system, in Article 13 of the Convention. This norm establishes that this right "includes freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds..." These terms literally establish that those under the protection of the Convention have not only the right and the freedom to express their own thoughts, but also the receive information. Therefore, when the freedom of expression of an individual is illegally restricted, not only is the right of that individual being violated, but also the right of everyone to "receive" information and ideas.

State measures that have the effect of blocking or impeding the access to information and ideas has been the subject of previous advisory proceedings before the Inter-American System, for instance in its Advisory Opinion OC-5/85,²⁶

25. European Court of Human Rights, *Case of Castells v. Spain*, Application no. 11798/85, Judgment of April 23, 1992, paras. 42 and 46.

26. Inter-American Court of Human Rights, *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism* (Arts. 13 and 29 of the American Convention on Human

the Inter-American Court of Human Rights addressed the compatibility of the compulsory licensing of journalists with Article 13 of the American Convention on Human Rights, which guarantees freedom of thought and expression. The Court concluded that the mandatory licensing of journalists is incompatible with the Convention, as it constitutes a restriction on the right of all individuals to seek, receive, and impart information and ideas, and unduly limits who can fully exercise freedom of expression in the journalistic field. The advisory opinion emphasized that journalism is a fundamental tool for a democratic society and should be accessible to all, without the need for prior authorization or membership in a professional association.

The case law of the Inter-American Court has reinforced the double effect, both individual and collective, of freedom of expression and speech; “This requires, on the one hand, that no one be arbitrarily impaired or prevented from manifesting their own thought and thus represents a right of each individual; but it also implies, on the other hand, a collective right to receive any information and to know the expression of the thoughts of others.”²⁷

Both for traditional forms of speech and the newly expressions of speech and communication in the digital era, is fundamental to establish the most relevant standards from the Inter-American System regarding the interference of the State and other actors in freedom of speech. Article 13.2 of the American Convention prohibits prior censorship (except for the case provided for in Article 13.4) and enables, instead, a regime of subsequent responsibilities in specifically delimited situations. The application of this regime of subsequent responsibilities must always adhere to three conditions established by the ACHR:

(a) the limitations must be established by laws drafted in a clear and precise manner:

Rights), Advisory Opinion OC-5/85, November 13, 1985, para. 30.

27. Inter-American Court of Human Rights, *Case of Kimel v. Argentina* (Merits, Reparations, and Costs), Judgment of May 2, 2008, Series C No. 177, para. 53. Inter-American Court of Human Rights, *Case of Álvarez Ramos v. Venezuela* (Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs), Judgment of August 30, 2019, Series C No. 380, para. 94.

The Inter-American Court has stated that the grounds for subsequent liability must be expressly, unequivocally, and previously established by law, and that criminal law is the most restrictive and severe means of establishing liability for unlawful conduct regarding speech.

In other words, the restrictions must be described with sufficient clarity to allow the individual to adapt their conduct to the norms and for those responsible for applying them to determine which forms of expression are legitimately restricted and which are not. That is to say, the sanction that could befall a person for their statements – for example, for defaming another – must be clear, so that anyone can decide whether or not to act accordingly.

In the case of *Kimel v. Argentina*, the Inter-American Court of Human Rights ruled that Argentina violated journalist Eduardo Kimel's right to freedom of expression by convicting him of libel for criticizing a judge's handling of a massacre investigation in his book. The Court emphasized that such criticism of public officials on matters of public interest warrants a high degree of protection and that the criminal sanctions imposed were a disproportionate restriction on his freedom of expression. The ruling established that the state's use of criminal law to sanction critical speech should be a last resort and must adhere to strict standards of necessity and proportionality, ultimately ordering Argentina to reform its criminal legislation regarding defamation to align with international human rights standards and to provide reparations to Kimel.

In the *Palamara Iribarne v. Chile* case, the Inter-American Court of Human Rights ruled that Chile violated journalist Marcelo Palamara Iribarne's right to freedom of expression by criminally convicting him for defamation after he published a book critical of the military and intelligence services. The Court emphasized the importance of protecting speech on matters of public interest, especially regarding the conduct of public officials, and found that criminal sanctions in this context were a disproportionate restriction on freedom of expression. The IACHR ordered Chile to take measures to harmonize its defamation laws with the American Convention on Human Rights, prioritizing non-criminal sanctions

and ensuring that any restrictions on speech are necessary and proportionate to a legitimate aim.²⁸

In the *Ricardo Canese v. Paraguay* case, the Inter-American Court of Human Rights ruled that Paraguay violated Ricardo Canese's right to freedom of expression by imposing a criminal conviction for defamation based on statements he made during a political campaign criticizing a former president's involvement in a financial institution (*consorcio*). The Court emphasized the heightened protection afforded to political discourse and criticism of public figures, stating that the limits of acceptable criticism are wider in this context. It found that Paraguay's criminal defamation laws, as applied in this case, were a disproportionate restriction on freedom of expression and not necessary in a democratic society. The Court ordered Paraguay to annul the conviction, pay compensation to Canese, and bring its defamation laws in line with the American Convention on Human Rights, prioritizing non-criminal sanctions and ensuring that restrictions on speech serve a legitimate purpose and are strictly proportionate.

(b) the limitations must be aimed at achieving the compelling objectives authorized by the American Convention.

It has been argued on this point that the restriction must be proportional to the interest it justifies and closely tailored to the achievement of that legitimate objective, interfering to the least possible extent with the effective exercise of the right to freedom of thought and expression.

In the *Álvarez Ramos v. Venezuela* case, the Inter-American Court of Human Rights found Venezuela responsible for violating the right to freedom of expression of journalist Luis Álvarez Ramos, who was dismissed from his public television job after expressing critical opinions about the government. The Court emphasized that the dismissal constituted indirect censorship, as it aimed to silence critical voices and discourage others from expressing similar views. It reiterated the importance of freedom of expression in a democratic society, particularly for journalists, and held that sanctions for expressing opinions

28. Inter-American Court of Human Rights, *Case of Palamara Iribarne v. Chile* (Merits, Reparations, and Costs), Judgment of November 22, 2005, Series C No. 135, para. 79.

on matters of public interest must be proportionate and not undermine the exercise of this fundamental right. The IACHR ordered Venezuela to reinstate Álvarez Ramos or provide adequate compensation, and to take measures to prevent similar violations, ensuring that public employees are not penalized for expressing their opinions.

(c) the limitations must be necessary in a democratic society for the achievement of the objective they pursue, strictly proportional to the aim sought, and suitable for achieving said objective:

Since its first judgment on the matter, the Inter-American Court has held that for a restriction on free expression to be compatible with the American Convention, it must be necessary in a democratic society, understanding “necessary” as to mean the existence of a compelling social need that justifies the restriction.

For its part, proportionality has generally been addressed from the perspective of excessive responses applied under criminal law, mainly when criminal convictions and inclusion in criminal records are applied as a consequence of subsequent liabilities (this is generally in cases of particularly protected speech).

In the *Fontevicchia and D’Amico v. Argentina* case, the Inter-American Court of Human Rights ruled that Argentina violated the right to privacy and freedom of expression of journalists Horacio Verbitsky and Eduardo Anguita, and the editor Héctor D’Amico, by ordering them to pay damages for publishing information about the private life of a former president’s son. The Court emphasized that while the right to privacy is important, it must be balanced against the public interest in receiving information, especially when it concerns matters related to public figures, even if indirectly. The IACHR found that the information published, while related to a private matter, had some connection to a matter of public interest and that the judicial sanctions imposed were a disproportionate restriction on freedom of expression. The Court ordered Argentina to adapt its legal framework to ensure a proper balance between the protection of privacy and freedom of expression, particularly in the context of journalistic investigations.²⁹

29. Inter-American Court of Human Rights, *Case of Fontevicchia and D’Amico v. Argentina* (Merits, Reparations, and Costs), Judgment of November 29, 2011, Series C No. 238, para. 54.

5. STATE INTERFERENCE TO SPEECH AND INFORMATION IN THE DIGITAL SPACE OF INTERNET: GUIDELINES AND PRINCIPLES

The limits to freedom of expression (mainly the principle of subsequent liability) must be reconciled with the need, in digital times, to guarantee the widest possible and non-discriminatory access to the internet, in order to ensure in this new digital space, the full right to transmit and receive ideas of all kinds (including even prohibited speech).

Article 13 fully applies to communications, ideas, and information disseminated and accessed through the Internet. The online environment has not only made it easier for citizens to express themselves freely and openly,³⁰ but it also offers excellent conditions for innovation and the exercise of other fundamental rights such as the right to education and freedom of association.³¹

The Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights has maintained that the growing expansion of the internet worldwide, and in the Americas in particular, makes it an indispensable instrument for the full exercise of human rights and contributes to achieving greater levels of social benefits and inclusion. For these benefits to be distributed in an inclusive and sustainable manner among the population, policies and practices in this area must be based on respect for and guarantee of human rights, especially the right to freedom of expression, which enables and makes possible the exercise of other rights on the internet.³²

In this regard, the Special Rapporteur emphasized that the role of the State in the development of public policies, and the actions of individuals in the digital environment must adhere to the following principles: a) access under

30. United Nations General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, A/66/290 (August 10, 2011), para. 61.

31. United Nations Human Rights Council, *The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet*, A/HRC/20/L.13 (June 29, 2012), para. 1.

32. Inter-American Commission on Human Rights, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, *Standards for a Free, Open and Inclusive Internet*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17 (2017). United Nations Human Rights Council, *Resolution on the Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet*, A/HRC/32/L.20 (June 27, 2016).

equal conditions, b) pluralism, c) non-discrimination, d) privacy, and e) net neutrality and multi-stakeholder governance as cross-cutting components of these principles.³³

In particular, the principle of net neutrality may be subject to exceptions. Thus, the Special Rapporteur for Freedom of Expression maintained that there should be no discrimination, restriction, blocking, or interference in the transmission of internet traffic, “unless it is strictly necessary and proportionate to preserve the integrity and security of the network; to prevent the transmission of unwanted content at the express request – free and unincentivized – of the user; and to temporarily and exceptionally manage network congestion. In the latter case, the measures employed should not discriminate between types of applications or services.”³⁴ The European Commission’s proposal for the regulation of the European single market for electronic communications recognizes that “reasonable traffic management encompasses the prevention or impediment of serious crimes, including voluntary actions by providers to prevent access to and distribution of child pornography.”³⁵

The considerations explained above imply that not just any type of interconnected network serves the purposes of freedom of expression in the broad terms of Article 13 of the American Convention in the same way. The digital environment must adhere to guiding principles that INSPIRE the aims of the State, the development of public policies, and the actions of individuals. These principles, which are briefly explained below, include access under equal conditions, pluralism, non-discrimination, and privacy. In any case, it is important to

33. Inter-American Commission on Human Rights, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, *Standards for a Free, Open and Inclusive Internet*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF:17/17 (2017), para. 13. Inter-American Commission on Human Rights, *Annual Report 2013: Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression*, OEA/Ser.L/V/II.149, Doc. 50 (December 31, 2013), para. 14.

34. Inter-American Commission on Human Rights, *Annual Report 2013: Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression*, OEA/Ser.L/V/II.149, Doc. 50 (December 31, 2013), para. 30.

35. European Commission, *Regulatory Framework for Electronic Communications: Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing Measures Concerning the European Single Market for Electronic Communications and to Achieve a Connected Continent*, September 11, 2013, 27.

note that all measures that may in one way or another affect access to and use of the Internet must be interpreted in light of the primacy of the right to freedom of expression, especially with regard to discourse that is particularly protected under the terms of Article 13 of the American Convention.³⁶

The greater the breadth and openness of internet access, the greater the need to regulate the discursive level of what is said and received. The Inter-American Commission highlighted the three-fold function of the right to freedom of expression in a democratic system: a) as an individual right that reflects the human virtue of thinking about the world from one's own perspective and communicating with each other; b) as a means for open and uninhibited deliberation on matters of public interest; c) as an essential instrument in guaranteeing other human rights, including political participation, religious freedom, education, culture, equality, among others.³⁷

Measures devised to block or filter content aimed at combating hate speech are measures of last resort, and should only be adopted when they are necessary and proportionate to the imperative aim they pursue. States that adopt these measures must also design them in such a way that they do not encompass legitimate speech that deserves protection.³⁸

The Special Rapporteur has stated on other occasions that only through a comprehensive and sustained policy, which goes beyond legal measures and includes prevention and education mechanisms, can hate speech be effectively combated and the right to equality and non-discrimination of individuals be guaranteed both online and offline.³⁹

36. Inter-American Commission on Human Rights, *Freedom of Expression and the Internet*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.11/13 (December 31, 2013), para. 14.

37. Inter-American Commission on Human Rights, *Annual Report 2008: Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression*, OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1 (February 25, 2009), paras. 224–226.

38. Inter-American Commission on Human Rights, *Annual Report 2013: Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression*, OEA/Ser.L/V/II.149, Doc. 50 (December 31, 2013), paras. 83 and 85.

39. Inter-American Commission on Human Rights, *Annual Report 2015: Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 48/15 (December 31, 2015), para. 36.

Measures such as these “address the cultural root of systematic discrimination, and as such, can constitute valuable instruments for identifying and refuting hate speech and encouraging the development of a society based on the principles of diversity, pluralism, and tolerance.”⁴⁰

Combating hate speech requires empowering users to identify and condemn it in public debate without blocking legitimate discourse, thereby creating more inclusive spaces for expression.⁴¹

The “Joint Declaration”⁴² of 2001 by Abid Hussain, UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, Freimut Duve, OSCE Representative on Freedom of the Media and Santiago Canton, OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, states that measures governing expressions of hatred, given their interference with freedom of expression, must be “provided by law, serve a legitimate aim under international law and be necessary to achieve that aim.” It adds that expressions of hatred, in accordance with international and regional law, must fall, at a minimum, within the following parameters: a) No one should be punished for telling the truth; b) No one should be punished for disseminating expressions of hatred unless it is proven that they do so with the intention of inciting discrimination, hostility or violence; c) The right of journalists to decide on the best way to transmit information and communicate ideas to the public must be respected, particularly when reporting on racism and intolerance; d) No one should be subjected to prior censorship; and e) Any imposition of sanctions by the justice system must be in strict conformity with the principle of proportionality.

40. Inter-American Commission on Human Rights, *Annual Report 2015: Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression*, para. 36. Capítulo IV (Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América).

41. Inter-American Commission on Human Rights, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression, *Standards for a Free, Open and Inclusive Internet*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17 (2017), para. 125.

42. United Nations, Organization for Security and Co-operation in Europe, and Organization of American States, *Joint Declaration on Racism and the Media by the Special Rapporteurs on Freedom of Expression*, February 27, 2001.

These Inter-American parameters do not necessarily align with the responses provided for such cases by other regional or universal protection systems. In this regard, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, in its aim to prevent racial hatred, establishes a broader scope for restrictions on freedom of expression compared to the American Convention on Human Rights.

Article 4 requires signatories to condemn propaganda and discrimination by different measures of States, in the following terms: “(a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another color or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof”.

In the African system, the African Court on Human and Peoples’ Rights established that imprisonment can never be an option in defamation cases, based on the principle of proportionality. However, the same Court indicated that in grave and very exceptional circumstances, such as incitement to international crimes, public incitement to hatred, discrimination, or violence against a person or group based on race, color, religion, or nationality, the state’s response could involve custodial sentences. This suggests a recognition that while freedom of expression is paramount, particularly egregious forms of hate speech may warrant more severe penalties in the African context.⁴³

In the *Lohe Issa Konaté v. Burkina Faso* (Judgment of Reparations) case followed the African Court on Human and Peoples’ Rights’ initial ruling that Burkina Faso had violated journalist Lohé Issa Konaté’s right to freedom of expression by imposing a disproportionate criminal penalty for defamation. In the reparations judgment, the Court ordered Burkina Faso to pay Konaté compensation for material and moral damages, including lost income due to imprisonment and the suspension of his newspaper, as well as medical and travel expenses. The

43. African Court on Human and Peoples’ Rights, *Lohe Issa Konaté v. Burkina Faso* (Judgment on Reparations), Application No. 004/2013, June 3, 2016, para. 165.

Court also mandated the expungement of his criminal record and urged Burkina Faso to review its defamation laws to ensure they comply with international freedom of expression standards, particularly regarding the use of criminal sanctions in such cases.

FINAL CONSIDERATIONS

Freedom of expression in digital times, particularly in the context of hate speech, is a complex issue that requires a balanced approach. While it is essential to preserve freedom of expression as a pillar of democratic societies, it is also crucial to address and counter hate speech that threatens social cohesion. Digital platforms, as key intermediaries in the online public sphere, must play an active role in regulating such speech, implementing effective policies that protect society without compromising the essence of free expression.

From the analysis of the rulings and norms outlined, it is clear that the right to freedom of expression can be subject to restrictions within a framework of legality, legitimacy, necessity, and proportionality, and that certain expressions – due to their particular gravity – can incur severe sanctions.

Secondly, digital platforms have a crucial role in regulating online hate speech. Although these platforms offer a space for diverse opinions, they must also assume the responsibility of moderating and removing content that promotes hatred and violence. This poses ethical and practical challenges, as the line between legitimate criticism and hate speech is often blurred. However, digital platforms have an obligation to implement clear and transparent policies to address this problem, balancing freedom of expression with the protection of users against harm.

Therefore, it will be the task of international protection bodies (in their specific roles, as well as in their interregional dialogues) to provide guidelines for state action on these issues, in order to achieve a balance between the widest dissemination of ideas through digital means and the safeguarding of discourse that endangers the most essential values of our democracies.

REFERENCES

- Abramovich, Victor. "Dilemas jurídicos en la restricción de los discursos de odio." In *El límite democrático de las expresiones de odio*, edited by Víctor Abramovich, María José Guembe, and María Capurro Robles, 28–39. Buenos Aires: TESEO, 2021.
- Arévalo Ramírez, Walter, and Andrés Rousset Siri. "Compliance with Advisory Opinions in the Inter-American Human Rights System." *AJIL Unbound* 117 (2023): 298–302.
- Arévalo Ramírez, Walter, and Andrés Rousset Siri. "Criterios interamericanos sobre la libertad de expresión en tiempos digitales." In *Derecho y tecnología: desafíos en la era digital*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2025.
- Arévalo, Walter, et al. "International Human Rights Law." In *Public International Law*, 531–614. London: Routledge, 2024.
- Arévalo, Walter, Verena Kahl, and Andrés Rousset Siri. "Inter-American Human Rights System." In *Public International Law: A Multi-Perspective Approach*, 583–591. London: Taylor and Francis, 2024.
- Belavusau, Uladzislau. "Instrumentalisation of Freedom of Expression in Postmodern Legal Discourses." *European Journal of Legal Studies* 3, no. 1 (2010): 149.
- African Court on Human and Peoples' Rights. *Lohe Issa Konaté v. Burkina Faso* (Judgment on Reparations). Application No. 004/2013, June 3, 2016.
- Inter-American Court of Human Rights. *Case of Kimel v. Argentina* (Merits, Reparations, and Costs). Judgment of May 2, 2008. Series C No. 177.
- Inter-American Court of Human Rights. *Case of Álvarez Ramos v. Venezuela* (Preliminary Objection, Merits, Reparations, and Costs). Judgment of August 30, 2019. Series C No. 380.
- Inter-American Commission on Human Rights. *Annual Report 2008: Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression*. OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 5 rev. 1. February 25, 2009.
- Inter-American Commission on Human Rights. *Annual Report 2013: Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression*. OEA/Ser.L/V/II.149, Doc. 50. December 31, 2013.
- Inter-American Commission on Human Rights. *Annual Report 2015: Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 48/15. December 31, 2015.
- European Commission. *Regulatory Framework for Electronic Communications: Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing Measures Concerning the European Single Market for Electronic Communications and to Achieve a Connected Continent*. September 11, 2013.
- Committee of Ministers of the Council of Europe. *Recommendation No. R (97) 20 on Hate Speech*. October 30, 1997.
- Inter-American Court of Human Rights. *Case of "The Last Temptation of Christ" (Olmedo Bustos et al.) v. Chile* (Merits, Reparations, and Costs). Judgment of February 5, 2001. Series C No. 73.

Inter-American Court of Human Rights. *Case of Fontevecchia and D'Amico v. Argentina* (Merits, Reparations, and Costs). Judgment of November 29, 2011. Series C No. 238.

Inter-American Court of Human Rights. *Case of Herrera Ulloa v. Costa Rica* (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs). Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107.

Inter-American Court of Human Rights. *Case of Palamara Iribarne v. Chile* (Merits, Reparations, and Costs). Judgment of November 22, 2005. Series C No. 135.

Inter-American Court of Human Rights. *Case of Vicky Hernández et al. v. Honduras* (Merits, Reparations, and Costs). Judgment of March 26, 2021. Series C No. 422.

Inter-American Court of Human Rights. *Gender Identity, and Equality and Non-Discrimination of Same-Sex Couples*. Advisory Opinion OC-24/17. November 24, 2017. Series A No. 24.

Inter-American Court of Human Rights. *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism* (Arts. 13 and 29 of the American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-5/85. November 13, 1985. Series A No. 5.

United Nations, OSCE, and OAS. *Joint Declaration on Racism and the Media by the Special Rapporteurs on Freedom of Expression*. February 27, 2001.

European Commission against Racism and Intolerance (ECRI). *General Policy Recommendation No. 15 on Combating Hate Speech*. December 8, 2015.

Esquivel Alonso, Yessica. "El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos." *Cuestiones Constitucionales*, no. 35 (2016).

Giménez, Iraida. "La libertad de expresión y las redes sociales a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos." In *Valores (y temores) del estado de derecho: libertad de expresión vs. delitos de opinión en derecho internacional*, edited by Eulalia Petit de Gabriel, 243. Spain: Aranzadi, 2023.

United Nations General Assembly. *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*. A/66/290. August 10, 2011.

United Nations Human Rights Council. *The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet*. A/HRC/20/L.13. June 29, 2012.

Petit de Gabriel, Eulalia, ed. *Valores (y temores) del estado de derecho: libertad de expresión vs. delitos de opinión en derecho internacional*. Spain: Aranzadi, 2023.

Inter-American Commission on Human Rights, Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression. *Standards for a Free, Open and Inclusive Internet*. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17. 2017.

United Nations Human Rights Council. *Resolution on the Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet*. A/HRC/32/L.20. June 27, 2016.

European Court of Human Rights. *Case of Lingens v. Austria*. Judgment of July 8, 1986. Application No. 9815/82.

European Court of Human Rights. *Case of Castells v. Spain*. Judgment of April 23, 1992. Application No. 11798/85.

Thus, Valeria. "Daño negacionista y Derecho Penal: resignificando la lesividad en el siglo de los genocidios." *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 18, no. 2 (2018): 43.

United Nations. *United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech: Detailed Guidance on Implementation for United Nations Field Presences*. 2020. <https://perma.cc/3BQ3-YQ3L>.

United Nations General Assembly. *Universal Declaration of Human Rights*. Resolution 217 A (III). December 10, 1948.

Wolfsfeld, Gadi, Elad Segev, and Tamir Sheafer. "Social Media and the Arab Spring: Politics Comes First." *The International Journal of Press/Politics* 18, no. 2 (2013): 115–137.

Received on 01/05/2025

Approved on 07/05/2025

FALSA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y OBSTRUCCIÓN DE SERVICIOS:

el latente retroceso de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer^{1/2}

Betzabé Araya Peschke³

RESUMEN: La mayoría de las normativas que regulan la interrupción voluntaria del embarazo a nivel global encierran la posibilidad –a quienes tienen algún nivel de intervención y cumpliendo los requisitos necesarios que se impongan para ello– de eximirse de la obligación de colaborar con la práctica abortiva a través de la figura de la objeción de conciencia. La presente investigación centra su análisis crítico en los principales vicios que han sido detectados en el ejercicio efectivo de la objeción de conciencia en la Ley N°21.030, que regula la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales en Chile y su presencia a nivel comparado, arrojando luz sobre los peligros derivados de la pseudo o falsa objeción de conciencia y la obstrucción de servicios. Al final de estas páginas serán propuestas algunas recomendaciones y medidas concretas que tienen por objeto evitar el continuo retroceso de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer reestableciendo el equilibrio armónico evidentemente perdido entre la interrupción voluntaria del embarazo y la verdadera objeción de conciencia.

PALABRAS CLAVE: Objeción de conciencia; interrupción voluntaria del embarazo; derechos sexuales y reproductivos.

FALSE CONSCIENTIOUS OBJECTION AND SERVICE OBSTRUCTION: THE LATENT REGRESSION OF WOMEN'S SEXUAL AND REPRODUCTIVE RIGHTS

ABSTRACT: Most of the regulations that regulate the voluntary interruption of pregnancy at a global level contain the possibility – for those who have some level of inter-

1. B. A. Peschke, "Falsa Objeción de Conciencia y Obstrucción de Servicios: El Latente Retroceso de los Derechos Sexuales y Reproductivos de la Mujer," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 79 et seq.
2. Una versión extendida del presente trabajo se encuentra en vías de publicación por la Editorial Tirant Lo Blanch, como parte de una obra conjunta elaborada en el marco del Congreso Internacional Derechos Humanos y Mujer de la Universidad de Salamanca, España.
3. Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; Magíster en derecho (LLM) con mención en derecho constitucional de la Universidad Católica de Chile; Máster en Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca, España; Diplomada en Teología de la Universidad Alberto Hurtado, Chile; en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; en Políticas Sociales por la Universidad Alberto Hurtado, Chile; en Derecho Administrativo Sancionador por la Universidad de Valladolid, España. Actualmente Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Autora de dos libros y diversas publicaciones en su área de investigación. <https://orcid.org/0009-0004-2257-3077>.

vention and meet the necessary requirements imposed for it - to be exempted from the obligation to collaborate with the abortion practice through the figure of conscientious objection. This research focuses its critical analysis on the main vices that have been detected in the effective exercise of conscientious objection in Law No. 21,030, which regulates the voluntary interruption of pregnancy in three causes in Chile and its presence at a comparative level, shedding light on the dangers derived from pseudo or false conscientious objection and obstruction of services. At the end of these pages, some recommendations and concrete measures will be proposed that aim to prevent the continuous regression of women's sexual and reproductive rights, re-establishing the harmonic balance evidently lost between the voluntary interruption of pregnancy and true conscientious objection.

KEYWORDS: conscientious objection; voluntary termination of pregnancy; sexual and reproductive rights.

ÍNDICE: Introducción; 1. Breve repaso de la objeción de conciencia y su tratamiento en la Ley N°21.030; 1.1 Concepto; 1.2 Elementos que componen la objeción de conciencia; 1.3 Requisitos necesarios para ser objetor de conciencia; 1.4 Extensión de la objeción de conciencia; 2. La pseudo o falsa objeción de conciencia y la obstrucción de servicios; 3. Problemas generados a partir de la existencia de los vicios detectados; Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, entre ellos el derecho al aborto de las mujeres, es un tema que ha estado presente en la agenda y en los debates de las principales legislaciones a nivel internacional durante la última década, reconociéndose en la mayoría de los países las prestaciones de servicios vinculados a la interrupción voluntaria del embarazo únicamente a nivel legal. Chile no ha sido la excepción a aquella realidad, ya que a través de la Ley N°21.030 se regula por primera vez la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales (en adelante indistintamente IVE), así como también se reconoce el instituto de la objeción de conciencia (en adelante también OC) que el equipo médico puede argüir en la práctica abortiva solicitada por una mujer.

En el contexto sanitario y como se tendrá la oportunidad de revisar en el presente trabajo, la práctica médica en torno al aborto ha encontrado nuevas formas de rehuir la OC entendida tradicionalmente como una figura de carácter excepcional y ello porque "la versión de la OC como acto reflexivo, sincero y humilde de una persona que hace parte de una minoría ha cedido frente a

otros usos mucho más problemáticos y mucho menos éticos,”⁴ dando vida a novedosas y abusivas figuras como la pseudo o falsa objeción de conciencia (en adelante indistintamente F-OC) y la obstrucción de servicios (también OS).

La metodología utilizada en nuestro estudio es, fundamentalmente, bibliográfica, compuesta por la revisión de libros, manuales y artículos científicos que conforman la doctrina chilena y comparada sobre la materia. Al mismo tiempo, hemos incorporado una metodología teórica-analítica basada en el examen normativo nacional y jurisprudencial correspondiente a la Corte Constitucional Colombiana en torno a la objeción de conciencia.

La presente investigación tiene como principales focos de interés reconocer los vicios en la aplicación del estatuto de la OC en la IVE, determinar los problemas que trae consigo su utilización en el entorno sanitario a las mujeres, para finalmente proponer algunas medidas y recomendaciones que resulten de ayuda en la labor de valorar la necesidad de retornar a la OC en su versión original.

Estimamos que el estudio propuesto resulta de utilidad, ya que la realidad práctica priva a la OC de su propósito principal, cual es proteger la conciencia y la integridad moral de quienes se desempeñan en el ámbito sanitario y además porque, tanto en ella como en la obstrucción de servicios el daño exponencial para la vida sexual y reproductiva de la mujer junto al latente retroceso que representan para la lucha de miles de mujeres durante los últimos años en el ámbito médico es evidente. De ahí que la aplicación de las recomendaciones y sugerencias que aquí serán planteadas permitirán la progresiva eliminación de los obstáculos existentes en el pleno ejercicio del derecho fundamental a la salud en su arista sexual y reproductiva con miras a lograr el tan ansiado equilibrio entre ella y el instituto de la OC.

Al final de estas páginas también concluiremos que en general los estudios disponibles en el foro y doctrina internacional dan cuenta que el problema de los vicios en torno a la aplicación de la OC en la IVE no es un dilema concerniente solo a Chile, sino que se trata de una dificultad generalizada en todos los países

4. Agustina Ramón Michel e Sonia Ariza Navarrete, *Usos imprevistos y respuestas a la objeción de conciencia en el aborto legal*, Serie de documentos REDAAS no. 10 (2019), <https://ssrn.com/abstract=3808357>, 1.

con dispositivos normativos afines cuyos alcances -hasta ahora infravalorados- son difíciles de prever.

1. BREVE REPASO DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y SU TRATAMIENTO EN LA LEY N°21.030

1.1 Concepto

Es incuestionable reconocer que la OC ha tenido la milicia como escenario originario de gestación con la negativa a la realización del servicio militar,⁵ sin embargo más recientemente en el área médica ha sido reportada “para una amplia gama de tratamientos y servicios en SSR, como anticoncepción, anticoncepción de emergencia, esterilización, fertilización, aborto y cuidados postaborto; y se han acogido, o desearían acogerse a ella, profesionales de todo tipo, como farmacéuticos, laboratoristas, ecografistas, enfermeros, personal administrativo y, por supuesto, médicos”.⁶

Como se señaló, en Chile -al igual que en el resto de Hispanoamérica- la OC no se encuentra consagrada con rango constitucional. Con todo, aunque no por primera vez,^{7/8} la Ley IVE lo establece como una prerrogativa del personal de salud que interviene en un procedimiento de interrupción del embarazo.

5. De acuerdo con lo que informa Mariano Godachevich, “Una aproximación a la objeción de conciencia al servicio militar,” *Revista Lecciones y Ensayos*, no. 49 (1989), 216. “El fenómeno de la objeción de conciencia al servicio militar comenzó a plantearse con alguna frecuencia recién después de la Segunda Guerra Mundial, particularmente en los años 60 y primeros años de la década del 70”.
6. Sonia Botero, Roosbelinda Cárdenas e Nina Zamberlin, “¿De qué está hecha la objeción? Relatos de objetores de conciencia a servicios de aborto legal en Argentina, Uruguay y Colombia,” *Revista Sexualidad, Salud y Sociedad* (Rio de Janeiro, 2019), p.139.
7. Un acercamiento a la objeción de conciencia la encontramos en el artículo 17 de la ley 19.992, de 2004, que Establece Pensión de Reparación y otorga otros beneficios a favor de las personas que indica. El referido artículo 17 establece que “Los parientes hasta segundo grado en la línea recta y hasta cuarto en la línea colateral, inclusive, de las víctimas de violaciones a los derechos humanos individualizadas en los anexos “Listado de Prisioneros Políticos y Torturados” y “Menores de Edad Nacidos en Prisión o Detenidos con sus Padres” de la Nómina de Personas Reconocidas como Víctimas, que forma parte del Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, y de aquéllas individualizadas como tales conforme a leyes posteriores, y que así lo decidan, estarán exentos de realizar el Servicio Militar Obligatorio”. Afirmamos que esta norma constituiría una primera aproximación en torno a la objeción de conciencia, pues es la misma ley la que dispone qué personas pueden exceptuarse de realizar el servicio militar obligatorio al presumir un conflicto valórico-ético con su ejercicio, sin embargo basándonos en las características propias que le dan vida al instituto, somos de la opinión que no estaríamos en presencia de la objeción de conciencia como tal, ya que más allá de la mencionada presunción, no se visualiza una convicción real por parte del destinatario de la norma.
8. Asimismo, en el Código de Ética del Colegio Médico de Chile (COLMED), es posible encontrar el artículo 20 que da cuenta de la objeción de conciencia en el ámbito médico a propósito de la

En el contexto internacional el tratamiento legal y académico de la OC es bastante heterogéneo y profuso, máxime la pluralidad de supuestos en que es posible encontrarla en la vida cotidiana.⁹ En efecto, se la ha definido como “la negativa a cumplir un mandato de la autoridad o una norma jurídica, invocando la existencia, en el fuero de la conciencia, de un imperativo que prohíbe dicho cumplimiento”,¹⁰ con sutiles variaciones como “La negativa del individuo a obedecer un mandato de la autoridad, a un imperativo jurídico, motivado por la presencia en el fuero de su conciencia de un imperativo contrario al comportamiento pretendido jurídicamente”.¹¹

Con este antecedente, estimamos de importancia comenzar la presente investigación con la propuesta de un concepto simple, capaz de fijar el contenido de la OC reflejando todos los elementos que la componen. Así, entenderemos a la OC como la “conducta de insumisión de un sujeto frente a un precepto que lo obliga a obrar en contra de sus convicciones de conciencia, sean religiosas, morales o ideológicas”.¹²

1.2 Elementos que componen la objeción de conciencia

Con el objeto de perfilar el instituto de la OC resulta necesario detenerse en análisis en las características generales que la componen y los requisitos presentes en el objeto.

interrupción voluntaria del embarazo, señalando que “el médico a quien solicitaren prestaciones que vayan en contra de su conciencia o convencimiento clínico, podrá negarse a intervenir. En estas circunstancias, procurará que otro colega continúe asistiendo al paciente, salvo que ello produjera graves e inmediatos daños para la salud del enfermo”.

9. Hoy en día los autores más reconocidos en la materia en estudio, como lo son Navarro-Valls y Martínez Torrón no hablan de “objeción de conciencia” en singular, sino de “objeciones de conciencia” en términos plurales para dar cuenta de las diferentes motivaciones y supuestos en los que tiene lugar la figura en análisis. De hecho, tratando de graficar lo señalado hablan de una especie de “*bigbang*” de objeciones de conciencia para agrupar, no solamente a aquellas que tienen su origen en motivaciones religiosas, sino que también aquellas que cuentan con fundamentos morales, ideológicos o en último término humanitarios.
10. Joan Oliver, *La objeción de conciencia al servicio militar* (Madrid: Editorial Civitas, 1993), 29.
11. Rinaldo Bertolino, “L’obiezione di coscienza ordinamenti giuridici contemporanei,” 1967, em Martínez-Torrón, *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional* (1998), 137.
12. Betzabé Araya, *La objeción de conciencia en el derecho positivo chileno*, 1ª ed. (Santiago: Editorial Libromar, 2017), 9.

A partir del concepto entregado previamente y en armonía con estudios previos realizados sobre el particular,¹³ es posible colegir que las cuatro características nucleares de la OC son:

a) Conducta de insumisión: Para que la OC se origine se requiere una acción por parte del sujeto destinatario del dispositivo jurídico, consistente en su oposición pacífica o de manera no violenta al contenido normativo, negándose a su cumplimiento cuando sea contrario a su convicción personal.

Ahora bien, en “el contexto médico, la negativa se refiere a bienes o servicios aceptados legal y profesionalmente que corresponden a la competencia del profesional, y su justificación puede ser un acto de conciencia o basado en la conciencia. Se excluyen todas aquellas circunstancias que se construyen fuera de las creencias morales básicas de la persona, como el interés personal o la integridad física y profesional”.¹⁴

Más específicamente en Chile, la referida conducta de insumisión en el escenario de la IVE debe estar fundada en la negativa del profesional médico, el de carácter no médico y del técnico paramédico de participar o ejecutar, según las funciones que cada uno desarrolla, en la interrupción del embarazo de la mujer requirente del servicio al interior del pabellón quirúrgico.

b) Norma imperativa: La presencia de una norma jurídica para la construcción de la OC es medular al tratarse del sustento que contiene aquello que el sujeto está imposibilitado de cumplir por contrariar sus convicciones personales. Se trata de un mandato imperativo que le entrega a su destinatario una orden de hacer y que, en el escenario de la IVE en Chile, tendrá lugar a través del precepto contenido en el artículo 1° de la citada Ley N°21.030,¹⁵ por lo que es

13. Betzabé Araya, *La objeción de conciencia en el derecho positivo chileno*, 10-11.

14. Gabriel Muñoz Cordal, “¿Es defendible la objeción de conciencia institucional en el caso del aborto?”, *Revista Ius et Praxis* 26, no. 3 (2020), 268.

15. El inciso primero del artículo 1° de la Ley N°21.030, dispone que: “Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción de su embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando: 1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida. 2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal. 3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de

preciso descartar todas aquellas disposiciones de tipo prohibitivas y permisivas, pues ellas contienen un mandato que impide una conducta o bien habilita su realización, respectivamente.¹⁶

Ahora, al tener la OC un carácter concreto y particular, no estaremos ante ella si el destinatario de la disposición manifiesta su oposición a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, tampoco en todos aquellos casos en que estemos ante un precepto abstracto o teórico que contenga una conducta de tipo genérica.¹⁷

c) Convicción: el corazón de la OC está dado por la presencia de una convicción, es decir, aquella idea, creencia o conjunto de creencias personales que, por razones de tipo religioso, morales o de carácter ideológicas guiarán el actuar de quien las aloja dentro de sí. Dicha convicción constituye la única gran motivación y razón fundante del incumplimiento normativo, en la medida que ella cumpla con los requisitos necesarios para darle vida y que serán analizados en las páginas siguientes.

Como se revisará en lo sucesivo, es precisamente la ausencia de la convicción en la OC una de las falencias que han sido detectadas en la regulación chilena. En efecto, a partir del estudio de la Ley IVE de nuestro país y del reglamento sobre OC¹⁸ vigente al efecto, es posible notar que la convicción no constituye una exigencia para configurarla y más aún, ni siquiera aparece mencionada en sus disposiciones.

Ello quiere significar que para auto declararse objetor de conciencia en Chile solo basta completar un formulario con información básica de identificación personal, sin que se exija de ninguna manera alguna fundamentación -creencia o convicción- para su procedencia. Lo anterior es anómalo y desvirtúa el objeto

14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación.

16. Artículo 1° del Código Civil Chileno, *"La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite"*.
17. Rafael Navarro-Valls y Javier Martínez-Torrón, *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado* (Madrid: McGraw-Hill, 1997), 14-15, señalan que el precepto que contiene el mandato imperativo puede provenir de una ley, una norma contractual, un mandato judicial o una resolución administrativa.
18. Decreto N°67, de 2018, del Ministerio de Salud, que Aprueba Reglamento para ejercer objeción de conciencia según lo dispuesto en el artículo 119 ter del Código Sanitario.

y bien protegido por la OC y además permite la existencia de uno de los principales obstáculos a la IVE, identificada como pseudo o F-OC que será analizada separadamente más adelante.

d) Excepcionalidad: Relacionada con el numeral anterior y aun cuando en doctrina no se le menciona como una característica independiente, consideramos de especial significancia reconocer en la OC un rasgo que, aunque no se desprende expresamente del concepto que hemos definido para referirnos a ella, forma parte de su propia naturaleza y esencia, se trata del carácter excepcional que debe ostentar.

Esta excepcionalidad lo es en una doble dimensión, primero en razón de los sujetos activos que tienen derecho a reclamarla, ya que no puede ser invocada por todas las personas, sino únicamente por aquellas directa y extremadamente implicadas en un conflicto de conciencia y segundo en razón de su fundamento, puesto que no cualquier argumento logrará fundar el citado instituto, únicamente aquellas convicciones maduras reflejo de una construcción valórica interna.

Del mismo modo, estimamos importante incorporar la excepcionalidad como característica fundante de la OC, porque su ausencia es uno de los elementos que degenera sus límites y obstaculiza la correcta aplicación de la Ley IVE. Desde este punto de vista podemos colegir que la excepcionalidad está directamente relacionada con la convicción, que en definitiva es aquello cuya ausencia universaliza el uso de la OC.

En otras palabras, de exigir una creencia justificante a la procedencia de la OC, estaremos restringiendo su uso, al tiempo que restituimos su excepcionalidad. Por el contrario, la ausencia de fundamento para reclamarla generaliza la institución y abre la puerta al incumplimiento normativo indiscriminado, lo que se encuentra lejos del objetivo final pretendido por ella.

La realidad descrita presente hoy en Chile es manifiestamente contraria al espíritu con que fue creada la Ley IVE, quedando ello revelado durante el propio proceso legislativo, en el que se consideró legítimo que se "contemplara la posibilidad de objetar en conciencia el cumplimiento del deber establecido

por ley, eximiéndose de su cumplimiento bajo razones fundadas, que permiten hacerse cargo de la construcción valórica, histórica y cultural de las personas, sin que ello impida el avance hacia la generación de garantías más amplias que benefician a la sociedad en su conjunto”.¹⁹

1.3 Requisitos necesarios para ser objetor de conciencia

El solo examen de los elementos característicos de la OC mantiene latente la duda sobre cuáles son los requisitos objetivos que dar lugar al objetor. Dichos elementos servirán de ayuda a los operadores jurídicos para determinar e identificar aquellos casos en que la OC se encuentra presente y además será una garantía de imparcialidad.

Ante esto, la Corte Constitucional Colombiana durante los últimos años ha desarrollado a través de sus pronunciamientos una guía de criterios que los tribunales deberían tener a la vista a la hora de identificar la existencia del objetor de conciencia de manera objetiva.²⁰

Los mencionados criterios²¹ son los siguientes:

a) Conducta: El primer requisito para ser objetor de conciencia, que a su vez fue analizado previamente como elemento mismo de su estatuto es la conducta del sujeto. Este criterio es un claro reflejo de la convicción que el individuo guarda dentro de sí, lo guía en sus decisiones personales, y que, en el caso concreto, se traduce en una negativa a satisfacer el contenido normativo previsto en una disposición.

Cuando analizamos la conducta desde la vertiente de criterio objetivo, no nos estamos refiriendo al contenido de la insumisión que le es propio y que

19. Víctor Torres Jeldres, “La despenalización del aborto en tres causales bajo una perspectiva humanista cristiana,” en *Aborto en tres causales en Chile: lecturas del proceso de despenalización* (Santiago: Centro de Derechos Humanos UDP, 2019), 67.

20. Es necesario señalar que sin perjuicio que los mencionados criterios nacen a partir de casos relativos al servicio militar obligatorio, pues son estos, además, los primeros documentados en el ámbito de la objeción de conciencia, estimamos que los requisitos desarrollados por la mencionada Corte Constitucional Colombiana son aplicables en general a todos los casos en que sobrevenga la objeción, precisamente porque acentúan su esencial carácter excepcional, el cual es un rasgo transversal aplicable a todo tipo de objeción de conciencia.

21. Betzabé Araya, *La objeción de conciencia en el derecho positivo chileno*, 14-18.

a la postre ya fue tratado previamente. Acá la perspectiva está dada por una actuación externa o exteriorizada del individuo en orden a eludir el mandato contenido en el mencionado precepto.

Según el parecer de la Corte Constitucional Colombiana

las convicciones o las creencias que son objeto de protección constitucional, tienen que definir y condicionar la actuación de las personas. Esto es, su obrar, su comportamiento externo. No puede tratarse de convicciones o de creencias que tan sólo estén en el fuero interno y vivan allí, que no transciendan a la acción. En tal sentido, si una convicción o una creencia han permanecido en el fuero interno durante algún tiempo, al llegar el momento de prestar el servicio militar obligatorio, tal convicción o creencia puede seguir limitada a ese ámbito interno. No existe en tal caso, en principio, un deber constitucional de garantizar el derecho a no ser obligado a actuar en contra de su conciencia.²²

b) Subordinación: Esta condición se instituye como la necesaria correspondencia y adhesión que ha de existir entre la conducta del sujeto y la convicción que a través de ella se despliega, debiendo existir una conexión supeditada entre ambas.

La subordinación impone la necesidad que la conducta exteriorizada se logre identificar con la convicción o creencias personales, transformándose en uno de los fundamentos principales por los cuales sostendremos -según será estudiado en trabajos posteriores- que la OC tiene naturaleza individual y no colectiva o institucional. Ello, porque la conducta constituye un vehículo que transporta la convicción personal, no teniendo cabida su reclamo de forma grupal.

c) Convicción: Si bien la convicción fue anteriormente revisada, la óptica que se propone por la Corte dice relación con desarrollar cuales son los especiales rasgos que deben tener la o las creencias del individuo objetor para que sean capaces de constituir una convicción con mérito de ser protegida:

c.1) La primera cualidad de la convicción es que debe ser profunda. En el entendido que pueden existir diversos tipos de creencias o ideas, unas más fundamentales que otras, es dable colegir que aquellas que tengan una impor-

22. Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-728* (2009), considerando 5.2.6.1.

tancia prioritaria según la escala de valores individual podrán ser constitutivas de una convicción.

La referida profundidad se relaciona con el arraigo que aquellas creencias o ideas ostentan en la vida personal de quien las reclama, debiendo descartarse todas aquellas simples ideas o creencias que no logren estar revestidas de la suficiente seriedad que la conviertan en una verdadera convicción.

En opinión de la Corte Constitucional Colombiana “Que sean profundas implica que no son una convicción o una creencia personal superficial, sino que afecta de manera integral su vida y su forma de ser, así como la totalidad de sus decisiones y apreciaciones. Tiene que tratarse de convicciones o creencias que formen parte de su forma de vida y que condicionen su actuar de manera integral”.²³

c.2) La estabilidad en la creencia es necesaria para que la convicción se logre conformar como requisito para ser objeto de conciencia. Esta cualidad nos permite prescindir de toda aquella idea, conjunto de ellas, opiniones o simples creencias que sean variables, alterables o mutables, detentando dignidad de recibir tutela únicamente aquellas que permanecen estáticas con el paso del tiempo.

La Corte Constitucional Colombiana utiliza la expresión “fijas” para referirse al carácter o rasgo que ha de tener la convicción, indicando que “Que sean fijas, implica que no son móviles, que no se trata de convicciones o creencias que pueden ser modificadas fácil o rápidamente. Creencias o convicciones que tan sólo hace poco tiempo se alega tener”.²⁴

c.3) Finalmente, el último aspecto para estar en presencia de una convicción es que ella sea sincera. Dicha característica estará compuesta por su honestidad, debiendo excluirse todas aquellas de tipo oportunistas²⁵ o que se amoldan según las circunstancias concurrentes.

23. Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-728* (2009), considerando 5.2.6.3.1.

24. Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-728* (2009), considerando 5.2.6.3.2.

25. En palabras de Fernando Arlettaz, “Libertad religiosa y objeción de conciencia en el derecho constitucional argentino,” *Revista del Centro Estudios Constitucionales* 10, no. 1 (2012), 357. “Para obtener la protección que el Estado debe brindar a la libertad de conciencia, el objetor

Estimamos que el criterio de sinceridad en la convicción se encuentra subsumido en el de la profundidad y en el de la estabilidad, ya que una o varias ideas o creencias serán honestas en la medida que, estando arraigadas en el sujeto, no sean capaces de mutar en el tiempo.

En lo que respecta a la sinceridad de la convicción, la señalada Corte previene que la sinceridad “implica que son honestas, que no son falsas, acomodaticias o estratégicas. En tal caso, por ejemplo, el comportamiento violento de un joven en riñas escolares puede ser una forma legítima de desvirtuar la supuesta sinceridad, si ésta realmente no existe”.²⁶

1.4 Extensión de la objeción de conciencia

Uno de los cuestionamientos propuestos tanto por legisladores como académicos en torno a la interacción entre la IVE y la OC es el alcance que tiene esta última, pues ello determinará quienes están facultados para ejercerla y qué tan excepcional será su aplicación. Sin perjuicio del tratamiento en profundidad que en trabajos posteriores daremos a esta temática, atendida la relevancia de la OC en el ámbito médico, consideramos un aporte a nuestra investigación realizar aquí un breve repaso a las tres perspectivas, que desde el prisma bioético se ha realizado sobre el referido alcance o extensión de la OC.

a) Incompatibilidad: La tesis de la incompatibilidad ²⁷ entre la OC y la profesión médica, destaca “el deber ético de realizar todas las tareas u obligaciones derivadas de la profesión”.²⁸ Al tratarse estas de dos realidades irreconciliables, desde el momento en que el personal médico se encuentra imposibilitado de realizar una labor que está éticamente llamado a desarrollar por la profesión

tiene la carga de probar la sinceridad de las convicciones que invoca. El ejercicio de la objeción de conciencia debe estar exento de cualquier elemento relacionado con el oportunismo, o deseo de evitar penalidades o riesgos que supone el cumplimiento de un deber cívico”.

26. Corte Constitucional Colombiana, *Sentencia C-728* (2009), considerando 5.2.6.3.3.

27. Mark R. Wicclair, “Is Conscientious Objection Incompatible with a Physician’s Professional Obligations?,” *Theoretical Medicine and Bioethics* 29, no. 3 (2008), 171, se refiere por primera vez a la tesis de la incompatibilidad.

28. Ana González, “Objeción de conciencia, bioética y derechos humanos: una perspectiva desde Colombia,” *Revista Bioética y Derecho* (2018), 119.

que ejerce, debe elegir otra profesión²⁹ debido a que se dará prioridad a la prestación de servicios a que tienen derecho las mujeres por sobre la OC del personal médico.

En esta misma línea, según el parecer de Martín Benjamín y Julián Savulescu todos los profesionales sanitarios deben ser conscientes de que si no pueden realizar ciertos procedimientos médicos, deberían renunciar a sus trabajos o cambiarse a otra área de atención sanitaria.³⁰ En Polonia si bien los profesionales sanitarios quieren realizar su trabajo en armonía con su conciencia, en situaciones de conflicto moral la mayoría prefiere renunciar a su derecho a la cláusula de conciencia porque temen posibles conflictos en el trabajo.³¹

Misma opinión tiene Brock, quien refiere que si el profesional no está preparado para desempeñar su labor, entonces debería dejar la profesión, o al menos encontrar un puesto dentro de la profesión cuyos deberes no entren en conflicto con tus compromisos morales.³² Partidario también de esta tesis, Mark Wicclair sostiene que en respuesta a los médicos que se niegan a proveer servicios médicos que son contrarios a sus creencias éticas y/o religiosas, a veces se afirma que cualquiera que no esté dispuesto a brindar servicios médicos legales y profesionales permitidos debe elegir otra profesión.³³

b) Absolutismo: La tesis del absolutismo declara que "la objeción de conciencia es válida a lo largo de todo el proceso de atención, no existiendo limitaciones éticas en el ejercicio de la conciencia para profesionales de la salud".³⁴ De conformidad con lo que sugiere esta postura y al validarse la OC durante toda la ruta de atención de la interrupción del embarazo, se consciente también la presencia de lo que más adelante denominaremos la obstrucción de servicios.

29. Ana González, "Objeción de conciencia, bioética y derechos humanos ..."

30. Justyna Czekajewska et al., "Attitudes of Polish Physicians, Nurses and Pharmacists Towards the Ethical and Legal Aspects of the Conscience Clause," *BMC Medical Ethics* 23 (2022), <https://doi.org/10.1186/s12910-022-00846-0>.

31. Justyna Czekajewska et al., "Attitudes of Polish Physicians, ...", 11.

32. Dan Brock, "Conscientious Refusal by Physicians and Pharmacists: Who Is Obligated to Do What, and Why?," *Theoretical Medicine and Bioethics* 29 (2008): 199.

33. Mark R. Wicclair, "Is Conscientious Objection Incompatible with a Physician's Professional Obligations?", 171-172.

34. Ana González, "Objeción de conciencia, bioética y derechos humanos ...", 119.

Ciertamente, bajo esta tesis los doctores no tienen la obligación de proveer cuidados cuando están en conflicto con su conciencia, ni tampoco tienen la obligación de facilitar el acceso a la atención por otro proveedor.³⁵ En efecto, “no existe ninguna obligación de realizar cualquier acción, incluida la entrega de información o referencia, que sea contraria a la conciencia.

Además de no tener obligaciones con la prestación, tampoco habría obligación de facilitar el acceso de las pacientes a los servicios requeridos, por ejemplo, brindar información sobre anticoncepción de emergencia en los casos de violación”.³⁶ Como resulta evidente, el absolutismo hace primar, al contrario de la tesis de la incompatibilidad, la OC antes que el derecho a la salud se la mujer en su ala sexual y reproductiva.

Planteando la presente tesis una OC laxa en cuanto a su alcance, es factible deducir que su holgura alcanza también al sujeto activo que la impetra, no incluyendo únicamente a aquellos que forman parte del equipo médico directamente implicado en el aborto -como usualmente suele regularse en este asunto- sino que a toda la cadena de personal que se encuentra prestando un servicio que finalmente logre como consecuencia la interrupción del embarazo.

c) Las concesiones o el mutuo acuerdo: Lo estipulado por esta tesis “plantea que existe un conjunto de obligaciones profesionales básicas que justifican constreñimientos al ejercicio de la objeción, y que siempre que estas no se violen, es posible ejercer la objeción. Se trata de obligaciones con las pacientes y con los colegas”.³⁷ Esta postura intermedia propone el necesario equilibrio que debe estar presente entre la OC y la práctica abortiva, los que lejos de encontrarse en constante choque o conflicto, deben ser capaces de convivir naturalmente. En el terreno comprado se asegura que una de las formas de obtener que la OC no se transforme en una barrera de acceso al apuntado servicio es a través de la inclusión de lo que Brock denominó “*conventional compromise*” por medio

35. Louise Anne Keogh et al., “Conscientious Objection to Abortion, the Law and Its Implementation in Victoria, Australia: Perspectives of Abortion Service Providers,” *BMC Medical Ethics* 20 (2019), <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30700292/>, 2.

36. Ana González, “Objeción de conciencia, bioética y derechos humanos ...”, 119 -120.

37. Ana González, “Objeción de conciencia, bioética y derechos humanos ...”, 120.

del cual los profesionales de la salud están obligados a informar a la requirente de la interrupción del embarazo, junto con remitirla a otro profesional que se encuentre en condiciones de practicar el servicio.³⁸

Al mismo tiempo la obligación en relación con los colegas supone el deber de anunciar de antemano la condición de objetor, con la intención de que sean dispuestos todos los arreglos en los turnos y horas de trabajo que sean necesarios tanto para posibilitar el acceso a las prestaciones de salud previstas por ley, como también impedir que tenga lugar una sobrecarga excesiva de trabajo por parte del personal no objetor.

Con todo, habiendo revisado las tesis que dan cuenta de la extensión de la OC, estimamos que empujar la balanza en favor de la tesis de la incompatibilidad o del absolutismo, menosprecia la importancia del derecho a la OC y del derecho a la salud de la mujer en su dimensión sexual y reproductiva, respectivamente, por ello una postura ecléctica que ponga en relieve la armonización en el ejercicio de ambos derechos, es sin duda la alternativa más compleja de llevar a efecto, pues requiere de una regulación normativa y educación profundas, pero a la vez es la opción más justa en tanto no reniega la importancia de ambos derechos en juego, los cuales entregan un aporte innegable a la democracia de cualquier sociedad moderna.

2. LA PSEUDO O FALSA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y OBSTRUCCIÓN DE SERVICIOS

El escenario sanitario en el que se encuentra inserta la IVE ha sido el espacio propicio para la creación y el desarrollo académico, durante los últimos años, de la expresión “pseudo objeción de conciencia”. Este tipo de OC es una mutación de su versión original y que para nuestros efectos la definiremos como aquella conducta de insumisión de un sujeto frente a un precepto que lo obliga a actuar,

38. Becky Self et al., “The Missing Voices in the Conscientious Objection Debate: British Service Users’ Experiences of Conscientious Objection to Abortion,” *BMC Medical Ethics* (2023), <https://doi.org/10.1186/s12910-023-00934-9>, 2.

motivado por razones de conveniencia contextual, sin que existan creencias, ideas o principios que permitan la construcción de una convicción basal.

En la falsa variante, la convicción, centro y motor de la OC y fundante de su carácter excepcional se encuentra ausente. Ello, como se afirmó, se vislumbra en la referida Ley N°21.030 que “institucionaliza la posibilidad de que profesionales e instituciones de la salud se abstengan de realizar la IVE, completando un formulario que no exige ninguna fundamentación sobre las convicciones morales o religiosas del objeto”,³⁹ lo que da lugar a altos porcentajes de profesionales de la salud que en el año 2023 se declararon objetores en nuestro país para la causal violación de la Ley IVE, llegando en algunos hospitales al 100% de sus obstetras.⁴⁰

La ausencia de convicción del reclamante hace que su proceso de discernimiento este “afectado por múltiples variables de influencia, y no solo por los valores y creencias personales. En consecuencia, nos encontramos con profesionales que se acogen a la OC debido a motivaciones ajenas a un conflicto moral, causa única que debiera motivar la adherencia a la OC”.⁴¹

En efecto, la diferencia en los incentivos económicos entre proveedores que prestan servicios en instalaciones públicas comparada con consultas privadas⁴² es uno de los fundamentos de la “F-OC”. Estudios en esta línea evidencian la presencia del factor económico como determinante en la tendencia a ser falso objetor de conciencia, ya que “La prestación de la IVE no genera un ingreso extra en el sueldo de quienes recurran a la práctica médica”.⁴³

39. Corporación Humanas, *Informe Objeción de conciencia en servicios públicos de salud: aumento de objetores de conciencia individuales obstaculiza el acceso al aborto en tres causales* (2019), 2.

40. Corporación Humanas, *Informe Objeción de Conciencia 2023* (diciembre 2023), 14-15, <https://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2024/01/INFORME-OBJECCION-DE-CONCIENCIA-2023.pdf>.

41. Carolina Alveal-Álamos et al., “La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo: Motivaciones que traspasan las creencias morales y religiosas en profesionales de la salud chilenos,” *Revista Punto Género*, no. 17 (junio 2022), <https://revistapuntogenero.uchile.cl/index.php/RPG/article/view/67663/70693>, 312.

42. Stephanie Andrea Küng et al., “We Don’t Want Problems: Reasons for Denial of Legal Abortion Based on Conscientious Objection in Mexico and Bolivia,” *Reproductive Health* 18 (2021), <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33596952/>, 5.

43. Carolina Alveal-Álamos et al., “La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo...”, 323.

Otros “son argumentos relacionados con la probabilidad que fuera la entrada al aborto indiscriminado”⁴⁴ o incluso, según se informa en doctrina extranjera, en muchos casos la OC está basada en la preocupación sobre la aceptación de la comunidad o de los pares o sobre las finanzas o penalización reputacional,⁴⁵ ello porque “la percepción del individuo sobre las creencias de los otros y por tanto de lo que es socialmente aceptado, proporciona un marco de referencia sobre el cual actuar”,⁴⁶ lo que provoca necesariamente un “temor a la reprobación social y profesional, derivado del estigma hacia el aborto”.⁴⁷

La relevancia de este tema se ve acrecentado, ya que uno de los dilemas que se ha observado en el ámbito médico a propósito de la OC en la práctica abortiva es que “habilita abusos de quienes ejercen cargos de autoridad; no hay reglas claras ni una cultura institucional que impidan que una jefa de servicio que se opone a la ILE marque la política interna de ese servicio, y de ese modo, incluso si no se hace explícita, muchos/as residentes y otros/as profesionales prefieran hacerse llamar objetores/as antes que entrar en conflicto con su jefe”.⁴⁸

En efecto, “en algunos territorios, las Jefaturas de las Clínicas privadas se manifiestan pública y abiertamente como objetores de conciencia, determinando de manera velada una presión indebida a los equipos clínicos, quienes saben que si toman una conducta distinta en el sistema público, deberán enfrentar la expulsión de las instituciones privadas donde les interesa seguir trabajando. Es decir, se declaran objetores por conveniencia”.⁴⁹ Tal conveniencia es aquella

44. Adela Montero, “Algunas consideraciones y reflexiones en torno al debate sobre el aborto y su despenalización por tres causales en Chile,” en *Aborto en tres causales en Chile: lecturas del proceso de despenalización* (Santiago: Centro de Derechos Humanos UDP, 2019), 116.

45. Louise Anne Keogh et al., “Conscientious Objection to Abortion, the Law and Its Implementation in Victoria, Australia ...”, 8.

46. Carolina Alveal-Álamos et al., “La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo...”, 314.

47. Adela Montero et al., “Prevalencia y características de objetores de conciencia a la Ley 21.030 en instituciones públicas,” *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* 86, no. 6 (2021), <https://dx.doi.org/10.24875/rechog.21000006>, 125-126.

48. Agustina Ramón Michel e Sonia Ariza Navarrete, *Usos imprevistos y respuestas a la objeción de conciencia en el aborto legal*, 8.

49. Paz Robledo, “Objeción de Conciencia: Entre libertades y derechos,” *Revista Chilena de Salud Pública* 22, no. 2 (2019), <https://revistasaludpublica.uchile.cl/index.php/RCSP/article/view/53249/55929>, 183.

“en la cual se pretende exención de una tarea por el estigma social de una comunidad dada, por la presión de su jefatura, porque no quiere ser el/la único/a profesional a cargo, o cualquier otra circunstancia que le determine incomodidad, pero que no obedece a un conflicto impiden moral o de ética personal frente a la acción sanitaria”.⁵⁰ En este sentido la F-OC se referiría a “decisiones que se basan más bien en conveniencias o razones prácticas que en un sistema de valores debidamente elaborado”.⁵¹

Según la realidad mexicana y boliviana, la evidencia sugiere que la OC a veces es utilizada indebidamente como justificación por parte del sector público de salud proveedores de atención e instituciones por igual a eximirse de su responsabilidad profesional de proporcionar servicios esenciales de salud reproductiva, incluida la atención del aborto, así como lo exigen las leyes, políticas y políticas internacionales y nacionales, políticas y protocolos. Los estudios han demostrado que en algunos entornos los proveedores invocan OC para negarse a proporcionar servicios de aborto legal, cuando en realidad su objeción se basa en malentendidos y desinformación, falta de confianza en la persona que solicita servicios de aborto, miedo al acoso policial o sanción legal, presión del grupo o estigma social y/o ganancia económica.⁵² En algunos casos se recurre a la OC “por temor a la estigmatización en sitios extremadamente hostiles, por miedos infundados producto del desconocimiento o falta de apoyo institucional, o para no distinguirse de sus superiores y pagar los costos de ese apartamiento”.^{53,54}

50. Gladys Bórquez, *Presentación “Objeción de Conciencia profesional. Su aplicación y límites éticos”* (Seminario Objeción de Conciencia y Profesión Médica, 5 de octubre de 2017), citado en Paz Robledo, “Objeción de Conciencia: Entre libertades y derechos,” *Revista Chilena de Salud Pública* 22, no. 2 (2018), <https://doi.org/10.5354/0719-5281.2018.53249>.

51. Juan Beca e Carmen Astete, “Objeción de conciencia en la práctica médica,” *Revista Médica de Chile* 143 (2015), https://www.researchgate.net/publication/283092740_Conscientious_objection_in_medical_practice.

52. Stephanie Andrea Küng et al., “We Don’t Want Problems...”, 2.

53. Michel, S. Navarrete, *Usos imprevistos y respuestas a la objeción de conciencia en el aborto legal, Serie de Documentos REDAAS, cit.*, p. 1.

54. Para Agustina Ramón y Sonia Ariza en su trabajo *Usos imprevistos y respuestas a la objeción de conciencia en el aborto legal*, 4, es lo que denominan como “usos defensivos” de la objeción de conciencia, esto es “profesionales de la salud que recurren a la OC pese a no estar animadas por convicciones morales o en contra de dar respuesta a las mujeres que requieren interrumpir sus embarazos ni tampoco por una agenda política conservadora sino para evitar el estigma que acarrea realizar abortos en entornos extremadamente hostiles o para eludir la sobrecarga de trabajo cuando casi no hay médicas disponibles para esta práctica.”

Otra clase de F-OC consiste en rehuir la sobrecarga de trabajo que supone realizar el procedimiento abortivo y las responsabilidades adicionales que implica, evitar realizar un trabajo poco interesante, desagradable y desprestigiado, identificado por ginecobstetras como el trabajo sucio que nadie quiere hacer, así como la insuficiente capacitación en técnicas de aborto. Incluso se ha reconocido la decisión a declararse objetoras y objetores, "pues no hacerlo implica costos personales que no están dispuestos a asumir (generalmente rechazo), como por ejemplo, la vivencia de la estigmatización del aborto, invertir parte de su carrera en un procedimiento que implica bajo atractivo profesional y prestigio, o la excesiva carga laboral".⁵⁵

Ahora bien, el segundo de los fenómenos defectuosos relacionados con la OC que han sido pesquisados tanto en Chile y como a nivel comparado es lo que hemos denominado como obstrucción de servicios. Recibirá tal nombre todo acto que sea realizado por el personal médico, administrativo u otro que siendo objetor de conciencia o no teniendo derecho a serlo, pero teniendo una convicción en torno a la IVE, ejecute acciones u omisiones que tengan por propósito impedir, obstaculizar o retrasar la ruta hacia su realización.

Tal obstrucción consistirá principalmente en la negativa a proporcionar información o su entrega errónea/inexacta al solicitante, que el propio personal de portería, encargados de recepción, informaciones u otro, hasta los propios miembros del equipo médico pueden realizar desde los primeros momentos en que una mujer se encuentra en un hospital o clínica.

Esta figura llevada al extremo fue reportada en "una asociación de médicos generales en Noruega que se negaron no solo a derivar a otros centros a mujeres que solicitaban abortos legalmente permitidos, sino también a informarles sobre esta posibilidad".⁵⁶ En Inglaterra, se ha señalado que los médicos generales no siempre informan a los usuarios del servicio de la OC, ni siquiera sobre lo que implica el ejercicio mismo del aborto, recibiendo en muchos casos información

55. Carolina Alveal-Álamos et al., "La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo...", 314.

56. Juan Beca e Carmen Astete, "Objeción de conciencia en la práctica médica," 495.

que es incorrecta o cargada de moralidad.⁵⁷ Estudios sobre la materia indican que los irracionales retrasos en las derivaciones, con la sola intención de obtener como resultado impedir la realización del aborto son antiéticos y puede traer consecuencias sancionatorias para los profesionales que la practican, es por ello que Colegios e Institutos ingleses relacionados con el ámbito de la salud han establecido guías con recomendaciones en cuanto a los tiempos para derivar y recomendaciones en cuanto a los tiempos de espera.⁵⁸

En definitiva, la falta de información pública sobre el aborto, la interpretación estricta de la ley, el requerimiento de autorizaciones de terceros para poder tener acceso al aborto, periodos de espera obligatorios, la exigencia del cumplimiento de requisitos para poder acceder a asistencia médica, pruebas o procedimientos innecesarios, restricciones al financiamiento público, información engañosa o inexacta⁵⁹ son algunos de los ejemplos que han sido detectados como aquellos que tienen por objeto disuadir la IVE.

Una de las formas que presenta la obstrucción de servicios consiste en

Mostrar a la mujer abortante la ecografía, hacerle escuchar los latidos del feto, considerar a éste último como paciente, emitir juicios de valor sobre la decisión de abortar o negarse a derivar apelando a la objeción de conciencia, implica aceptar la posibilidad de que un profesional de la salud pueda "exportar" su propia cosmovisión moral/religiosa hacia la esfera íntima de la paciente. Y además de proyectar un mal uso –o un abuso– de esta herramienta, esa objeción se evidencia como un accionar "inmoral", puesto que intentaría universalizar una norma privada –abortar está mal– para hacerla extensiva –y obligatoria– para otros/as.⁶⁰

Pues bien, analizando comparativamente el fenómeno de la F-OC y la OS, es posible afirmar que la primera figura tiene lugar únicamente respecto de aquellas personas que están facultadas normativamente a hacer uso de ella,

57. Becky Self et al., "The Missing Voices in the Conscientious Objection Debate ...", 2.

58. British Medical Association, *The Law and Ethics of Abortion* (Setembro 2020, atualizado em março de 2023), <https://www.bma.org.uk/media/3307/bma-the-law-and-ethics-of-abortion-report-march-2023-final-web.pdf>, 12.

59. Brooke Johnson et al., "Conscientious Objection to Provision of Legal Abortion Care," *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 123, supl. 3 (2013), [https://doi.org/10.1016/S0020-7292\(13\)60004-1](https://doi.org/10.1016/S0020-7292(13)60004-1), S61.

60. Soledad Deza, "Información sanitaria y objeción de conciencia frente al aborto," *Revista Pensamiento Penal* (2025), 3.

en cambio la obstrucción de servicios tiene una laxitud mayor por el amplio espectro de personal que puede inhibir la IVE con sus acciones u omisiones, extendiéndose tanto a quienes tienen derecho a ejercer la OC, como a aquel personal que no tiene tal derecho, al no estar directamente implicado en la interrupción. Incluso, yendo más lejos, es posible encontrarnos con un supuesto muy peculiar en donde una persona puede tener el carácter de obstructor y de objetor de conciencia de manera simultánea, si además de tener el derecho a objetar, lleva a cabo actos u omisiones con el propósito de inhibir, impedir o retrasar la referida interrupción del embarazo.

3. PROBLEMAS GENERADOS A PARTIR DE LA EXISTENCIA DE LOS VICIOS DETECTADOS

La F-OC y la OS emergen en calidad de vicios de la aplicación práctica de la ley sobre interrupción voluntaria del embarazo, que impiden y estorban, respectivamente, el suministro de la prestación a quien lo requiere. Ambos fenómenos revisten gravedad, la obstrucción de servicios porque impide y/o estorba el otorgamiento de asistencia médica regulada por ley a través de información cuyo contenido es erróneo o inexacto transgrediendo y desconociendo los derechos de la mujer, en su faceta sexual y reproductiva. A su vez, la F-OC -más grave aún-, además de provocar el mismo efecto del vicio ya descrito al no contar con personal habilitado con disposición de entregar el servicio de interrupción del embarazo, degenera la finalidad del instituto de la OC cuya creación emerge con el propósito de resguardar y proteger las convicciones, ideas o pensamientos que constituyen el centro valórico de toda persona.

Con todo, ambos fenómenos, tanto la F-OC como la OS dan cuenta de un denominador común, la notable deficiencia en el acceso a las prestaciones reguladas por ley en torno a la interrupción voluntaria del embarazo.

Ante este hecho, surge naturalmente a continuación una incuestionable desigualdad entre aquellas mujeres a quienes se les otorga la prestación del servicio de manera normal y aquellas que, ya sea por F-OC u OS, no gozan de

la misma suerte. En esta misma línea es que, sea que se trate de una F-OC o de una OS para la doctrina es indispensable asegurar el acceso oportuno de las prestaciones legales relativas a la IVE a todas las personas sin importar la convicción personal del reclamante, de lo contrario estaríamos frente a una abierta discriminación de las mujeres afectadas en contraposición con otras a quienes no se le niega la asistencia ni el acceso a su derecho. En efecto, en estos casos la OC tiene un impacto desproporcionado en personas marginadas, quienes viven en condiciones socioeconómicas precarias y a todos quienes están en áreas rurales,⁶¹ ya que el acceso en tales circunstancias y situaciones será más escaso. De hecho, en áreas rurales las mujeres necesitan poner considerablemente más esfuerzo e invertir más tiempo en orden a encontrar un ginecólogo que esté dispuesto en practicar un aborto, además el tiempo adicional necesario para practicar el aborto puede poner a la paciente en una dificultad en relación con los plazos límite para realizarlo.⁶²

Bajo esta idea, la doctrina comparada ha dado cuenta que el abuso de la OC puede generar desigualdades en el acceso a la prestación del servicio, creando riesgos desproporcionados para las mujeres pobres, las mujeres jóvenes, para las minorías u otros grupos vulnerables que tienen menos alternativas para obtener los servicios.⁶³

Lo anterior es sumamente interesante de analizar, ya que la evidencia de los estudios sobre el particular da cuenta que el grupo de mujeres que se ven más afectadas por la existencia de la F-OC o de la OS son los grupos más desposeídos y vulnerables de la sociedad, ya que lo que sigue a la negativa en el suministro del servicio o su obstrucción, es el necesario desplazamiento a otro espacio sanitario donde la prestación pueda ser entregada, con el costo económico que ello implica.

61. Becky Self et al., "The Missing Voices in the Conscientious Objection Debate ...", 10.

62. Robin Krawutschke et al., "Conscientious Objection and Barriers to Abortion Within a Specific Regional Context—An Expert Interview Study," *BMC Medical Ethics* (2024), <https://doi.org/10.1186/s12910-024-01007-1>, 5.

63. Brooke Johnson et al., "Conscientious Objection to Provision of Legal Abortion Care", S61.

En países con una morfología como la que Chile presenta donde las distancias entre hospitales pueden llegar a ser muy amplias -más aun en el sector del sur de nuestro país-, el tiempo que podría invertir una mujer embarazada en el traslado a un segundo recinto hospitalario para conseguir la atención que necesita puede llegar a ser excesivo, incluso colindando en lo riesgoso para su salud si tenemos en consideración que el factor temporal es una limitante legal para la prestación de servicios de aborto.

Ello concuerda también con lo planteado por los estudiosos de la materia en orden a que, como resultado de la falta de proveedores de servicios de aborto, las mujeres embarazadas en algunos casos se ven obligadas a viajar a otra región,⁶⁴ ello sin considerar la carga de gastos por viajes adicionales.⁶⁵

Sobre el particular, algunos autores señalan que los costos de viaje para trasladarse a un lugar donde si pueda ser prestado el servicio de aborto, afectan las tasas de aborto locales y las mujeres que viven más lejos de un proveedor de servicios de aborto tienen menos probabilidades de abortar. Asimismo, aparecen otros inconvenientes como la necesidad de alojamiento durante la noche, días libres en el trabajo, preocupación sobre la privacidad y dificultades para la obtención de información e información post parto.⁶⁶

En este mismo orden de razonamiento, no debemos desconocer que al costo económico y el riesgo temporal que supone la búsqueda itinerante de la mujer embarazada por la obtención de la prestación de los servicios de aborto, se suma el costo emocional que en muchos casos puede suponer vivir una presión con las características descritas, lo que en muchas ocasiones podría terminar por hacer desistir a la mujer embarazada de su decisión de interrumpir el embarazo, solo por la cantidad de trabas y obstáculos que va encontrando en el camino, y

64. Tommaso Autorino et al., "The Impact of Gynecologists' Conscientious Objection on Abortion Access," *Social Science Research* 87 (2020), <https://doi.org/10.1016/j.ssresearch.2020.102403>, 1.

65. Bjørn Myskja e Morten Magelssen, "Conscientious Objection to Intentional Killing: An Argument for Toleration," *BMC Medical Ethics* 19 (2018), <https://doi.org/10.1186/s12910-018-0323-0>, 8.

66. Tommaso Autorino et al., "The Impact of Gynecologists' Conscientious Objection on Abortion Access", 7.

además, por el estrés emocional en la que se encuentra inmersa, conduciéndola a enfrentar una maternidad no deseada.

En otros términos, tanto la F-OC como la OS pueden provocar trabas adicionales concatenados que solo inhibirán la intención de perseverar en la idea de interrumpir el embarazo, forzándola a asumir su maternidad o bien instándola a interrumpir su embarazo por sus propios medios o por con alternativas inseguras.

En esta línea, ante el escenario de negativa al otorgamiento de los servicios de aborto, en México se informa que las mujeres optan por autoinducirse el aborto adquiriendo pastillas, como misoprostol, en farmacias o vía formal e informal con proveedores de internet,⁶⁷ con el riesgo que ello puede significar para la mujer. El riesgo es mayor incluso en aquellos casos en que se opta por los abortos clandestinos como alternativa a la negativa o entorpecimiento en la entrega de servicios legales, con los resultados de muerte por todos conocidos.

Todo lo anterior se traduce en continuos obstáculos que impiden el pleno ejercicio del derecho fundamental a la salud de la mujer que se concretan en la imposibilidad de acceso y/ o en iguales condiciones a las prestaciones de la Ley IVE.

CONSIDERACIONES FINALES

El estudio de la temática abordada en el presente trabajo da cuenta que los fenómenos de la F-OC y la OS no son una realidad propia de Chile, sino compartida por los países con dispositivos normativos afines al nacional y que en general existe una conciencia del problema que plantea tanto para el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, como para la adecuada vigencia del derecho a la OC.

Ahora bien, el escenario de vicios y malas prácticas detectadas en la aplicación de la OC en la ley de aborto en Chile suscita inconvenientes en varios niveles, principalmente por la ambigüedad y falta de claridad en su regulación.

67. Stephanie Andrea Küng et al., "We Don't Want Problems...", 8.

Al cabo de nuestro estudio podemos concluir que la pobreza en el contenido normativo de la OC es el motivo fundamental por el cual en nuestro país y también a nivel comparado ha nacido progresivamente un uso indiscriminado de tal instituto en materia sanitaria hasta llegar a un abuso explícito del mismo, dando lugar al nacimiento de su falsa versión.

Asimismo, la obstrucción de servicios emerge ante la carencia de capacitaciones e información generalizada sobre la IVE, provocando que personas que no están habilitadas para impedir el otorgamiento del servicio, en los hechos lo hagan.

Con la certeza que el elemento medular de la OC es la convicción que la sostiene y que la falta de conocimiento habitual tanto sobre el aborto, como sobre la OC son el germen de la OS, estimamos que desde el plano normativo, los esfuerzos deben ir dirigidos en lograr, por una parte, un cambio que sea capaz de establecer exigencias jurídicas que le reconozcan a la OC su carácter excepcional, a través de la constitución de elementos que habilitan la acreditación de la convicción del reclamante y de requisitos claros y precisos destinados a su adecuado uso solo en los casos debidamente justificados.

En este sentido, una reglamentación que exija una mayor fundamentación de la convicción del reclamante -aunque simple- permitirá descartar toda otra clase de motivaciones que se alejan de aquello que conforma el haz valórico y constitutivo del sujeto, inhibiendo el nacimiento de la F.OC. Lo anterior tendrá una concreción real desde el momento en que el formulario que debe ser completado por el aspirante a objetor de conciencia, faculta explicar y fundamentar la exoneración a la regla general de la que será objeto.

Siguiendo en el plano normativo, es indispensable que haya variaciones que aseguren mayores -y en el caso que las haya, mejores- capacitaciones, formación, información e instrucción sobre el contenido de la ley IVE y sobre la OC en particular, lo que sin duda debe ir de la mano con una determinación estatal que habilite un aumento en la asignación de recursos destinados a este fin.

En este mismo sentido y al término de esta investigación es posible afirmar que las capacitaciones y/o cursos de formación a que hemos hecho referencia no solamente deben estar dirigidos al personal de salud directamente involucrado en la interrupción del embarazo, sino también al personal de carácter administrativo que, sin estar inmediatamente implicado en la IVE, tiene un papel fundamental a la hora de eliminar la obstrucción de servicios.

Con todo, la información e instrucción debiera extrapolarse también a las principales destinatarias de los servicios regulados, las mujeres y a la sociedad en su conjunto con el propósito de educar a la población en el contenido del derecho a la salud en su arista sexual y reproductiva.

Igualmente, y como se ha planteado a nivel comparado, resulta oportuno comenzar a esbozar una mayor y más intensa formación en temas relacionados con la IVE y la OC desde las aulas universitarias y centros de formación técnica con currículo sanitario, de modo que los futuros profesionales cuenten ya con profundos conocimientos y herramientas suficientes sobre estas materias con anterioridad a la presentación de un caso real de estas características.⁶⁸

Conjuntamente con lo anterior, para mitigar el impacto de la F-OC y de la OS es indefectible contar con una oportuna fiscalización, monitoreos continuos y supervisión adecuada en la aplicación de la OC en la Ley IVE, que posibilite detectar a tiempo el mal uso de la OC o la aparición la OS.

Por su parte, al igual como lo manifiesta la doctrina a propósito del gremio de enfermeras,⁶⁹ consideramos que la dotación de personal es esencial en clínicas y hospitales, por lo que es necesario llevar a cabo esfuerzos que garanticen un numero de staff suficiente y disponer de un sistema eficaz de proveedores no

68. Sobre el particular, Justyna Czekajewska en su trabajo "Attitudes of Polish physicians, nurses and pharmacists towards the ethical and legal aspects of the conscience clause" relevan la importancia de que los temas de conflicto de conciencia deban discutirse más en profundidad durante las clases de ética médica, bioética, filosofía médica y derecho médico. Justyna Czekajewska et al., "Attitudes of Polish Physicians,...".

69. Chung Mee Ko et al., "An Ethical Issue: Nurses' Conscientious Objection Regarding Induced Abortion in South Korea," *BMC Medical Ethics* 21 (2020), <https://doi.org/10.1186/s12910-020-00552-9>.

objetantes en todos los turnos para proporcionar servicio de aborto⁷⁰ que asegure la entrega de prestaciones previstas en la Ley IVE y evitar su obstrucción.

Finalmente, el camino a transitar para mejorar la aplicación e implementación de la Ley IVE en Chile es largo y la experiencia iberoamericana y de países más distantes bajo nuestra lupa es sumamente valiosa, pues nos sirve para poner luz sobre aquellas situaciones que no deben replicarse, al tiempo que amplía nuestra mirada sobre las medidas a poner en práctica para una mayor efectividad normativa. Del mismo modo, aspirar a un adecuado ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos garantizando una verdadera armonía en la convivencia entre la autonomía reproductiva de la mujer y el respeto del instituto de la OC debiese ser el objetivo buscado para así evitar el retroceso en la consagración de derechos cuya lucha ha costado décadas.

REFERENCIAS

Alveal-Álamos, Carolina, et al. "La objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo: Motivaciones que traspasan las creencias morales y religiosas en profesionales de la salud chilenos." *Revista Punto Género*, n.º 17 (junio 2022). <https://revistapuntogenero.uchile.cl/index.php/RPG/article/view/67663/70693> (consultado el 19 de febrero de 2025).

Araya, Betzabé. *La objeción de conciencia en el derecho positivo chileno*. 1ª ed. Santiago: Editorial Libromar, 2017.

Arlettaz, Fernando. "Libertad religiosa y objeción de conciencia en el derecho constitucional argentino." *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 10, n.º 1 (2012).

Asociación Médica Británica (BMA). *The Law and Ethics of Abortion*. Septiembre 2020 (actualizado en marzo 2023). <https://www.bma.org.uk/media/3307/bma-the-law-and-ethics-of-abortion-report-march-2023-final-web.pdf> (consultado el 19 de febrero de 2025).

Autorino, Tommaso, et al. "The Impact of Gynecologists' Conscientious Objection on Abortion Access." *Social Science Research* 87 (2020). <https://doi.org/10.1016/j.ssresearch.2020.102403> (consultado el 19 de febrero de 2025).

Beca, Juan, y Carmen Astete. "Objeción de conciencia en la práctica médica." *Revista Médica de Chile* 143 (2015). <https://www.researchgate.net/publication/283092740-Conscientious-objection-in-medical-practice> (consultado el 19 de febrero de 2025).

70. Stephanie Andrea Küng et al., "We Don't Want Problems...", 3.

Bertolino. "L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei." 1967. En *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, editado por Martínez-Torrón, 1998.

Botero, Sonia, Roosbelinda Cárdenas, y Nina Zamberlin. "¿De qué está hecha la objeción? Relatos de objetores de conciencia a servicios de aborto legal en Argentina, Uruguay y Colombia." *Revista Sexualidad, Salud y Sociedad* (Río de Janeiro, 2019).

Brock, Dan. "Conscientious Refusal by Physicians and Pharmacists: Who Is Obligated to Do What, and Why?" *Theoretical Medicine and Bioethics* 29 (2008): 194. <https://bioethics.pitt.edu/sites/default/files/Conscientious%20refusal.pdf> (consultado el 19 de febrero de 2025).

Chile. *Decreto con Fuerza de Ley N° 1*. 2000. Ministerio de Justicia.

Chile. *Decreto N° 67*. 2018. Ministerio de Salud.

Chile. *Ley 19.992*. 2004. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108237> (consultado el 22 de enero de 2025).

Chile. *Ley 21.030*. 2017. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1108237> (consultado el 22 de enero de 2025).

Colegio Médico de Chile (COLMED). *Código de Ética*. <https://www.colegiomedico.cl> (consultado el 22 de enero de 2025).

Colombia. Corte Constitucional. *Sentencia C-728*. 2009.

Corporación Humanas. *Informe "Objeción de Conciencia 2023"*. Diciembre 2023. <https://www.humanas.cl/wp-content/uploads/2024/01/INFORME-OBJECCION-DE-CONCIENCIA-2023.pdf> (consultado el 19 de febrero de 2025).

Corporación Humanas. *Informe "Objeción de conciencia en servicios públicos de salud: aumento de objetores de conciencia individuales obstaculiza el acceso al aborto en tres causales"*. 2019.

Czekajewska, Justyna, et al. "Attitudes of Polish Physicians, Nurses and Pharmacists Towards the Ethical and Legal Aspects of the Conscience Clause." *BMC Medical Ethics* 23 (2022). <https://doi.org/10.1186/s12910-022-00846-0> (consultado el 19 de febrero de 2025).

Godachevich, Mariano. "Una aproximación a la objeción de conciencia al servicio militar." *Revista Lecciones y Ensayos*, n.º 49 (1989).

González, Ana. "Objeción de conciencia, bioética y derechos humanos: una perspectiva desde Colombia." *Revista Bioética y Derecho* (2018).

Johnson, Brooke, et al. "Conscientious Objection to Provision of Legal Abortion Care." *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 123, supl. 3 (2013): S60–S62. [https://doi.org/10.1016/S0020-7292\(13\)60004-1](https://doi.org/10.1016/S0020-7292(13)60004-1).

Keogh, Louise Anne, et al. "Conscientious Objection to Abortion, the Law and Its Implementation in Victoria, Australia: Perspectives of Abortion Service Providers." *BMC Medical Ethics* 20, n.º 1 (2019). <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30700292/> (consultado el 19 de febrero de 2025).

Ko, Chung Mee, et al. "An Ethical Issue: Nurses' Conscientious Objection Regarding Induced Abortion in South Korea." *BMC Medical Ethics* 21 (2020). <https://doi.org/10.1186/s12910-020-00552-9> (consultado el 19 de febrero de 2025).

Küng, Stephanie Andrea, et al. "'We Don't Want Problems': Reasons for Denial of Legal Abortion Based on Conscientious Objection in Mexico and Bolivia." *Reproductive Health* 18, n.º 1 (2021). <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/33596952/> (consultado el 22 de febrero de 2025).

Montero, Adela, et al. "Prevalencia y características de objetores de conciencia a la Ley 21.030 en instituciones públicas." *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* 86, n.º 6 (2021). <https://dx.doi.org/10.24875/rechog.21000006> (consultado el 19 de febrero de 2025).

Montero, Adela. "Algunas consideraciones y reflexiones en torno al debate sobre el aborto y su despenalización por tres causales en Chile." En *Aborto en tres causales en Chile: lecturas del proceso de despenalización*. Chile: Centro de Derechos Humanos UDP, Facultad de Derecho, 1ª ed., 2019.

Muñoz Cordal, Gabriel. "¿Es defendible la objeción de conciencia institucional en el caso del aborto?" *Revista Ius et Praxis* 26, n.º 3 (2020).

Myskja, Bjørn, y Morten Magelssen. "Conscientious Objection to Intentional Killing: An Argument for Toleration." *BMC Medical Ethics* 19 (2018). <https://doi.org/10.1186/s12910-018-0323-0> (consultado el 19 de febrero de 2025).

Navarro Valls, Rafael, y Javier Martínez Torrón. *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

Oliver, Joan. *La objeción de conciencia al servicio militar*. Madrid: Editorial Civitas, 1993.

Ramón Michel, Agustina, y Sonia Ariza Navarrete. *Usos imprevistos y respuestas a la objeción de conciencia en el aborto legal*. Serie de documentos REDAAS n.º 10, 2019. <https://ssrn.com/abstract=3808357>.

Robledo, Paz. "Objeción de Conciencia: Entre libertades y derechos." *Revista Chilena de Salud Pública* 22, n.º 2 (2019). <https://revistasaludpublica.uchile.cl/index.php/RCSP/article/view/53249/55929> (consultado el 19 de febrero de 2025).

Self, Becky, et al. "The Missing Voices in the Conscientious Objection Debate: British Service Users' Experiences of Conscientious Objection to Abortion." *BMC Medical Ethics* (2023). <https://bmcmethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12910-023-00934-9> (consultado el 19 de febrero de 2025).

Torres Jeldres, Víctor. "La despenalización del aborto en tres causales bajo una perspectiva humanista cristiana." En *Aborto en tres causales en Chile: lecturas del proceso de despenalización*. Santiago: Centro de Derechos Humanos UDP, 2019.

Wicclair, Mark R. "Is Conscientious Objection Incompatible with a Physician's Professional Obligations?" *Theoretical Medicine and Bioethics* 29, n.º 3 (2008).

Received on 04/03/2025

Approved on 14/05/2025

AVANCES Y DESAFÍOS EN LA REGULACIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FRENTE A LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA:

una mirada hacia Latinoamérica y la Unión Europea¹

Romina Gallardo Duarte²

RESUMEN: Este trabajo se plantea analizar los avances y desafíos en materia de la regulación legal de la violencia obstétrica, a través del análisis comparado de legislación de América Latina y la Unión Europea, así como de algunas decisiones jurisdiccionales de organismos de protección de Derechos Humanos en ambas regiones. Asimismo, tiene como objetivo examinar la efectiva aplicación de la legislación y el derecho de acceso a la justicia en esta materia, especialmente de Uruguay, en base a la experiencia de praxis legal de la autora. Una de las conclusiones a las que se arriba, es que en la Unión Europea aún resta recorrer un largo camino para el reconocimiento legislativo de la violencia obstétrica. Mientras que en América Latina, y particularmente en Uruguay, la aplicación de las normas que reconocen la violencia obstétrica, así como el derecho de acceso a la justicia de mujeres víctimas de aquella, constituyen puntos críticos que merecen especial atención y ameritan un estudio más exhaustivo.

PALABRAS CLAVE: Violencia Obstétrica; América Latina; Unión Europea.

ADVANCES AND CHALLENGES IN THE REGULATION AND PROTECTION OF RIGHTS AGAINST OBSTETRIC VIOLENCE: A LOOK AT LATIN AMERICA AND THE EUROPEAN UNION.

ABSTRACT: This article analyzes the progress and challenges in the legal regulation of obstetric violence through a comparative analysis of legislation in Latin America and the European Union, as well as some jurisprudential opinions from human rights protection bodies in both regions. It also aims to examine the effective application of legislation and the right of access to justice in this area, especially in Uruguay, based on

1. R. G. Duarte, "Avances y desafíos en la regulación y protección de derechos frente a la violencia obstétrica: una mirada hacia Latinoamérica y la Unión Europea," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 108 et seq.
2. Doutora en Derecho y Ciencias Sociales. Recientemente ha culminado sus estudios de Maestría en Políticas Públicas y Feminismos. Su tesis, en curso, trata sobre el proceso de incorporación legislativa de la violencia obstétrica en Uruguay. Es docente asistente en la Facultad de Derecho y profesora adjunta en la Facultad de Odontología de la Universidad de la República. Su línea de investigación actual es la autonomía de las mujeres en la salud. <https://orcid.org/0000-0003-2909-9190>.

the author's experience in legal practice. One of the conclusions reached is that the European Union still has a long way to go toward the legislative recognition of obstetric violence. Meanwhile, in Latin America, and particularly in Uruguay, the application of regulations recognizing obstetric violence, as well as the right of access to justice for women victims of obstetric violence, are critical issues that deserve special attention and merit further study.

KEYWORDS: Obstetric Violence; Latin America; European Union.

ÍNDICE: Introducción; 1. Violencia obstétrica: estado de situación en América latina y la Unión Europea; 1.1. En la legislación; 1.2. En la jurisprudencia de los órganos de protección de Derechos Humanos; 2. La eficacia de la legislación sobre violencia obstétrica bajo la lupa; 3. Violencia obstétrica y acceso a la justicia; Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

La violencia obstétrica ha sido definida por múltiples autores/as en los últimos años desde distintas disciplinas en las Ciencias Sociales y Médicas. Una de las escasas definiciones provenientes del Derecho, es la que sostiene que la violencia obstétrica es "toda conducta, acción u omisión, realizada por personal de la salud que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, afecte el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales".³

Pese a que la discusión pública de este tipo de violencia ha cobrado protagonismo en la última década, señalándose desde estudios respaldados por la Organización Mundial de la Salud,⁴ que el maltrato en el parto es un problema generalizado en todo el mundo,⁵ esta forma de violencia aún permanece naturalizada a nivel social y especialmente entre los profesionales de la salud. Esto ha llevado, por un lado, a mantener o imponer algunas prácticas obstétricas,

3. Graciela Medina, "Violencia obstétrica", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 4 (2009): Thomson Reuters, Buenos Aires.

4. Mary Ellen Stanton, Aparajita Gogoi, "Dignity and Respect in Maternity Care", *BMJ Global Health* 5 (2022): 1.

5. Mistreatment of pregnant women, adolescent girls and persons, as well as newborns is a pervasive problem around the globe.

aunque sean nocivas hacia la mujer, y por otro, a la resistencia en asumir que ciertas estructuras y dinámicas violentas, tienen lugar en las salas de parto.⁶

Por otra parte, como ya hemos adelantado al comienzo, es posible afirmar que el campo de la violencia obstétrica ha sido escasamente explorado por el Derecho y abordado de forma reciente por la jurisprudencia en Derechos Humanos a nivel Interamericano y Europeo. Es por ello que este trabajo presenta, en un primer apartado, una breve descripción de la situación de algunos de los grupos en situación de vulnerabilidad⁷ en relación a la violencia obstétrica, una enumeración de los avances legislativos y de los desafíos que aún persisten en la materia, para el reconocimiento de la violencia obstétrica en Latinoamérica y la Unión Europea, así como los principales hitos a nivel de jurisprudencia de organismos de protección de Derechos Humanos en ambas regiones.

El segundo apartado estará centrado en examinar la efectiva aplicación de las normas aprobadas en la materia y en el análisis desde el punto de vista del derecho de acceso a la justicia de aquellas mujeres o personas con posibilidad de gestar, que sufren las consecuencias de este tipo de violencia, fundamentalmente en Uruguay, y desean presentar una queja, denuncia o accionar en la vía judicial.

1. VIOLENCIA OBSTÉTRICA: ESTADO DE SITUACIÓN EN AMÉRICA LATINA Y LA UNIÓN EUROPEA

Atender la problemática de la violencia obstétrica es un asunto impostergable en materia de protección de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en general, pero si observamos a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad como mujeres migrantes, afrodescendientes, privadas de libertad o diversidades sexogenéricas, la violencia obstétrica presenta particularidades que alertan sobre la inminente necesidad de abordar esta cuestión.

6. Romina Gallardo Duarte y María de la Paz Echetto, "Violencia obstétrica y acceso a la justicia", Revista de la Facultad de Derecho, número especial Perspectiva de Género y Derecho (2022): Montevideo.

7. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IDH), *Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad*, en *Manual General de Litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado* (San José: IDH, 2014).

Las reflexiones que tienen en cuenta la intersección entre los distintos estratos de discriminación o vulnerabilidades que sufren las mujeres y disidencias sexogenéricas, también se han trasladado al terreno de la violencia obstétrica. En ese sentido, se ha advertido, por ejemplo, que las mujeres que no cumplen con la heteronorma pueden ser susceptibles de sufrir más niveles de violencia obstétrica en los servicios de salud. De acuerdo a datos que arroja la Segunda Encuesta Nacional de Prevalencia sobre Violencia Basada en Género y Generaciones de Uruguay, entre las mujeres de 15 años y más que tuvieron algún parto, el 17,4% reporta haber vivido situaciones de violencia obstétrica durante el último parto o cesárea, lo cual representa aproximadamente 185.000 mujeres. Pero al incluir la dimensión de la orientación sexual en el análisis de las mujeres de 15 años o más que reportan haber vivido situaciones de violencia basada en género, durante el último parto o cesárea, es posible advertir diferencias significativas. En mujeres no heterosexuales alcanza un 39,4%, más del doble de la declarada por las mujeres heterosexuales, que corresponde a un 17,3%.⁸

En el caso de Brasil, donde más del 70% de los casos de violencia obstétrica está constituido por mujeres negras (cita), la discriminación de la cual es objeto esta población en la atención obstétrica, ha ameritado una denominación específica para dar cuenta del alcance de esta problemática, el llamado “racismo obstétrico” nota al pie.

Otro grupo poblacional cuyos derechos son extremadamente vulnerados en materia de embarazo, parto y lactancia son las mujeres en prisión. Según un estudio realizado en Argentina, muchas de las experiencias en el preparto, parto y posparto de las mujeres privadas de libertad son comunes con aquellas mujeres que no están privadas de libertad y que acuden a los mismos centros de salud. Sin embargo, también existen formas específicas de maltratos ejercidos por las instituciones penitenciarias y de salud, directamente vinculadas al hecho de que las mujeres en prisión se encuentran privadas de su libertad.⁹

8. Instituto Nacional de Estadísticas, *Segunda Encuesta Nacional de Prevalencia sobre Violencia basada en Género y Generaciones. Informe General de Resultados* (Montevideo: INE, 2019).

9. Por ejemplo, el uso de esposas mientras en el trabajo de parto, situación que también ocurre en Uruguay.

Por otra parte, el trabajo de Serena Brigidi, es un ejemplo de investigación especializada que ha abordado las intersecciones entre la violencia obstétrica y la migración en Europa.¹⁰

Habida cuenta del impacto de esta problemática, a continuación describiremos los avances legislativos para reconocer la violencia obstétrica en América Latina, así como los desafíos que aún persisten en la Unión Europea.

1.1 En la Legislación

En Latinoamérica existe una fructífera legislación que define a la violencia obstétrica como violencia de género o adopta una análoga denominación, la cual a continuación enumeramos en forma cronológica, desde la más antigua a la más reciente, en una enumeración que, si bien no pretende ser exhaustiva, presenta un panorama bastante completo al menos de la legislación a nivel nacional.

El primer país en definir incorporar legislativamente la violencia obstétrica fue Venezuela en el año 2007 en su Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, que en el artículo 15°, numeral 13°, define a la "violencia obstétrica" como: "la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres".¹¹

Es menester señalar, que, en el artículo siguiente, también define a la "Esterilización forzada" como otra forma de violencia de género contra las mujeres,

10. Romina Gallardo Duarte, Saraswathi Ku y Pooja Sharma, "Navigating 'Othering' in Birthing and Maternity Care Experiences: A Care-Ethical View Across Continents" (en prensa), en *Humanising Birth: Solving the Global Maternity Crisis* (Berlín: Springer Nature).

11. Venezuela, *Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, Ley N° 38.668, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 38.668, 19 de marzo de 2007.

lo que está estrechamente relacionado a la definición anterior.¹² Luego, en el artículo 52°, establece cuáles actos se consideran constitutivos de violencia obstétrica, de alguna manera aclarando la definición anteriormente propuesta.¹³

En el año 2009, Argentina sanciona la Ley N° 26.485, Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, definiendo también precozmente a la “violencia obstétrica” en el artículo 6°, literal e), como “aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley N° 25.929”.¹⁴ En esta Ley, Argentina también define a la “violencia contra la libertad reproductiva”, en un literal anterior.

En el caso de Bolivia, cuatro años más tarde, en la Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, sancionada en el año 2013, define a la “Violencia Contra los Derechos Reproductivos” en el Artículo 7°, num. 8, como: “la acción u omisión que impide, limita o vulnera el derecho de las mujeres a la información, orientación, atención integral y tratamiento durante el embarazo o pérdida, parto, puerperio y lactancia; a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de hijas e hijos; a ejercer su maternidad segura, y a elegir métodos anticonceptivos seguros”.¹⁵

Mereciendo también mencionar que en el numeral 9° del mismo artículo, se define a la “Violencia en Servicios de Salud”, como: “toda acción discriminadora, humillante y deshumanizada y que omite, niega o restringe el acceso a la atención eficaz e inmediata y a la información oportuna por parte del personal de salud, poniendo en riesgo la vida y la salud de las mujeres” (Artículo 7°, num. 9).

12. Actualmente la esterilización forzada se considera un acto catalogado como violencia gineco obstétrica.

13. En la reforma de dicha ley del año 2021, se incluyó la definición de Violencia Ginecológica.

14. Argentina, *Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales*, Ley N° 26.485, *Boletín Oficial de la República Argentina*, 14 de abril de 2009.

15. Bolivia, *Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia*, Ley N° 348, *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, 9 de marzo de 2013.

También en el año 2013, en la Ley N° 82, que adopta medidas de prevención y sanción contra la violencia hacia las mujeres, reforma el código penal para tipificar el femicidio y sancionar los hechos de violencia contra la mujer, Panamá define a la “Violencia Obstétrica” en el numeral 22, Artículo 4°, como “Aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato abusivo, deshumanizado, humillante o grosero”.¹⁶ Vale mencionar que en ese mismo artículo se define también a la “Violencia contra la libertad reproductiva” y a la “Violencia en los servicios de salud públicos y privados”, definiciones ambas que guardan relación con la de Violencia Obstétrica.

Respecto a Brasil, la situación presenta otras particularidades. Si bien este país en el año 2006, sancionó tempranamente la Ley Federal N° 11.340, cuyo ámbito es la violencia de género, y se conoce popularmente como “Lei Maria da Penha”, la misma se restringe fundamentalmente a la violencia doméstica. Por lo tanto, este país no cuenta con una ley nacional que defina a la Violencia Obstétrica. Más si en el año 2014, el diputado federal Jean Wyllys presentó el proyecto de ley N° 7633, que pretendía regular la violencia obstétrica en dicho país, proyecto que finalmente no prosperó. Pese a lo señalado, entre los años 2015 y 2024, dieciocho de sus veintiséis Estados, así como su Distrito Federal, han aprobado legislaciones estatales o municipales que reconocen la violencia obstétrica.¹⁷

El caso de México guarda similitudes con el de Brasil, ya que a pesar de que su Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del año 2007, no define explícitamente a la violencia obstétrica (aunque sí podría inferirse de otras definiciones allí establecidas), al menos 20 entidades federativas de la República mexicana ya consideran la violencia obstétrica dentro de su marco legal, presentando la particularidad de que algunos Estados como Guerrero,

16. Panamá, *Ley N° 82 de 24 de octubre de 2013, “Que adopta medidas de prevención contra la violencia en las mujeres y reforma el Código Penal”*, Gaceta Oficial de la República de Panamá, N° 27448, 24 de octubre de 2013.

17. Información gentilmente proporcionada por el equipo de REHUNA (Rede pela Humanização do Parto e Nascimento).

Chiapas, Veracruz y Quintana Roo han tipificado el delito de violencia obstétrica en sus ordenamientos jurídicos internos.

Otro país que también ha reconocido en su ordenamiento jurídico a la violencia obstétrica es Paraguay, a través de la Ley N° 5777 de Protección Integral a las Mujeres, Contra Toda Forma de Violencia, sancionada en el año 2016. La misma define a la violencia obstétrica en Artículo 6°, literal j, como: “la conducta ejercida por el personal de salud o las parteras empíricas sobre el cuerpo de las mujeres y de los procesos fisiológicos o patológicos presentes durante su embarazo, y las etapas relacionadas con la gestación y el parto. Es al mismo tiempo un trato deshumanizado que viola los derechos humanos de las mujeres”.¹⁸

También define a la Violencia contra los derechos reproductivos en el literal e), guardando la misma relación con la definición de violencia obstétrica.

Uruguay, definió a la violencia obstétrica en la Ley N° 19.580, Ley de Violencia Hacia las Mujeres Basada en Género, sancionada en el año 2017, que en su Artículo 6°, literal H), establece que la Violencia Obstétrica es: “Toda acción, omisión y patrón de conducta del personal de la salud en los procesos reproductivos de una mujer, que afecte su autonomía para decidir libremente sobre su cuerpo o abuso de técnicas y procedimientos invasivos”.¹⁹

Al año siguiente, Ecuador sanciona la Ley N° 175, Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres, que en el literal g, de su artículo 10° define los tipos de violencia, y entre ellas a la “Violencia gineco-obs-tétrica”, como:

toda acción u omisión que limite el derecho de las mujeres embarazadas o no, a recibir servicios de salud gineco-obstétricos. Se expresa a través del maltrato, de la imposición de prácticas culturales y científicas no consentidas o la violación del secreto profesional, el abuso de medicalización, y la no establecida en protocolos, guías o normas; las acciones que consideren los procesos naturales de embarazo, parto y posparto como patologías, la esterilización forzada, la pérdida de autonomía y capacidad para decidir libremente sobre sus cuerpos y su sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida y salud sexual y reproductiva de mujeres en toda su diversidad y a

18. Paraguay, Ley N° 5777/16 “De protección integral a las mujeres contra toda forma de violencia”, *Gaceta Oficial de la República del Paraguay*, 27 de diciembre de 2016.

19. Uruguay, Ley N° 19.580 de Violencia hacia las Mujeres Basada en Género, 22 de diciembre de 2017, *Diario Oficial de la República Oriental del Uruguay*, 22 de diciembre de 2017.

lo largo de su vida, cuando esta se realiza con prácticas invasivas o maltrato físico o psicológico.²⁰

La más reciente incorporación legislativa en relación a la violencia obstétrica en Latinoamérica, la constituye el caso de Chile, que en el año 2024 sancionó la Ley N° 21.675 que estatuye Medidas para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de las Mujeres, en Razón de su Género y define a la “Violencia gineco-obstétrica” en el Artículo 6°, literal 9), como: “todo maltrato o agresión psicológica, física o sexual, negación injustificada o abuso que suceda en el marco de la atención de la salud sexual y reproductiva de la mujer, especialmente durante la atención de la gestación, parto, puerperio, aborto o urgencia ginecológica”.²¹

La situación de Perú y Colombia merece una aclaración especial. En Perú, la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar del año 2015 y sus modificativas, no reconoce de manera explícita la violencia obstétrica, aunque sí señala en el artículo 5 que la violencia contra la mujer puede ser la que tenga lugar en los establecimientos de salud.²²

Colombia tampoco ha reconocido legalmente la violencia obstétrica, aunque cuenta con la Ley N° 2244 de Parto digno, respetado y humanizado” del año 2022, en la cual se consagran una serie de derechos en el embarazo, trabajo de parto, parto y posparto y se especifica en detalle las conductas obstétricas esperables y las no permitidas.

Ubicándonos ahora en la situación de la Unión Europea en relación al tema, podemos evidenciar que la legislación no ha acompañado las demandas sociales de reconocimiento legal de la violencia obstétrica. Pese al riguroso trabajo de

20. Ecuador, *Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres*, Ley N° 175, Registro Oficial Suplemento 175, 5 de febrero de 2018 (publicada el 31 de enero de 2018).

21. Chile, *Ley N° 21.675 que establece medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género*, 3 de junio de 2024, *Diario Oficial de la República de Chile*, 3 de junio de 2024.

22. Defensoría del Pueblo (Perú), *Violencia obstétrica en el Perú*, en *Adjuntía para los Derechos de la Mujer*, Serie Igualdad y No Violencia N° 013: Autonomía física (Lima: Defensoría del Pueblo, 2020).

organizaciones como el Parto es Nuestro o el Observatorio de Violencia Obstétrica, que se han ocupado de denunciar durante más de 20 años en el caso del primero, y de 10 años en el caso del segundo, las prácticas de violencia que tienen lugar en los paritorios de España, la inclusión de la violencia obstétrica en el ordenamiento jurídico español y del resto de Europa, aún se vislumbra como un horizonte lejano.

De acuerdo a un informe del año 2024, ningún Estado miembro había aprobado hasta el momento, una ley nacional que abordara y definiera directamente violencia obstétrica. Las autoras sí señalaban la existencia de una serie de propuestas legislativas nacionales en curso en cinco Estados miembros –Italia, Alemania, España, Francia y Portugal– pero subrayaban que las únicas disposiciones legales promulgadas sobre violencia obstétrica, fueron reportadas desde España a nivel regional.

Esta realidad de la Unión Europea cambió su curso muy recientemente, mediante la sanción por parte de Portugal,²³ de la Lei N° 33/2025 promulgada el 21 de marzo del 2025, que “Promove os direitos na gravidez e no parto” y en su artículo 2° define a la Violencia Obstétrica²⁴ como: “a ação física e verbal exercida pelos profissionais de saúde sobre o corpo e os procedimentos na área reprodutiva das mulheres ou de outras pessoas gestantes, que se expressa num tratamento desumanizado, num abuso da medicalização ou na patologização dos processos naturais, desrespeitando o regime de proteção na preconceção, na procriação medicamente assistida, na gravidez, no parto, no nascimento e no puerpério”.²⁵

En relación a España, se trata, por un lado, de la la Ley N° 17/2020 aprobada en Cataluña que modifica la Ley N° 5/2008, Ley del derecho de las Mujeres a

23. Portugal ya había sido pionero al promulgar en 2019 la Ley N° 110/2019, la única ley nacional específica sobre atención materna respetuosa en la Unión Europea, donde los derechos humanos en el parto se indican explícitamente

24. Desde OVO Portugal se han mostrado críticos a la definición incorporada, ya que entre otros aspectos, no es definida como un tipo de violencia de género, y queda bajo la órbita del Ministerio de Educación. OVO Portugal, *Comunicado OVO PT | Ley N° 33/2025*, 2 de abril de 2025, <https://ovoportugal.pt/blog/comunicado-ovo-pt-lei-332025>.

25. Portugal, *Lei n.º 33/2025*, 21 de marzo de 2025, *Diário da República*, 21 de marzo de 2025.

Erradicar la Violencia Machista, e incluye explícitamente la violencia obstétrica y la violación de los derechos sexuales y reproductivos como forma de violencia de género.²⁶

La misma establece en su artículo 4.d:

Violencia obstétrica y vulneración de derechos sexuales y reproductivos: consiste en impedir o dificultar el acceso a una información veraz, necesaria para la toma de decisiones autónomas e informadas. Puede afectar a los diferentes ámbitos de la salud física y mental, incluyendo la salud sexual y reproductiva, y puede impedir o dificultar a las mujeres tomar decisiones sobre sus prácticas y preferencias sexuales, y sobre su reproducción y las condiciones en que se lleva a cabo, de acuerdo con los supuestos incluidos en la legislación sectorial aplicable. Incluye la esterilización forzada, el embarazo forzado, el impedimento de aborto en los supuestos legalmente establecidos y la dificultad para acceder a los métodos anticonceptivos, a los métodos de prevención de infecciones de transmisión sexual y del VIH, y a los métodos de reproducción asistida, así como las prácticas ginecológicas y obstétricas que no respeten las decisiones, el cuerpo, la salud y los procesos emocionales de la mujer.²⁷

Además, la Ley Regional N° 1/2022, Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres de la Comunidad Autónoma del País Vasco, menciona la violencia obstétrica como una forma de violencia machista, en su artículo 50, y la Ley de Salud N° 10/2014, de la Comunidad Autónoma de Valencia, hace referencia a ello.²⁸

Mientras que la Ley N° 1/2022²⁹ (País Vasco) define en el artículo 50° numeral 2, qué entiende dicha norma por violencia machista y en el numeral 3 menciona las formas de violencia machista, incluida la violencia obstétrica, en la Ley N° 10/2014³⁰ (Valencia), se establece en el artículo 59 BIS, que en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, las mujeres tienen, entre otros derechos vinculados

26. Patrizia Quattrocchi, *Violencia obstétrica en la Unión Europea: análisis situacional y recomendaciones políticas* (Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2024), <https://data.europa.eu/doi/10.2838/44030>

27. Cataluña, *Ley N° 17/2020, del 22 de diciembre, de modificación de la Ley N° 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista*, *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8297, 23 de diciembre de 2020.

28. Patrizia Quattrocchi, *Violencia obstétrica en la Unión Europea*.

29. País Vasco, *Ley N° 1/2022, del 3 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres*, *Boletín Oficial del País Vasco*, núm. 50, 7 de marzo de 2022.

30. Comunidad Valenciana, *Ley N° 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana*, *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*, núm. 7436, 30 de diciembre de 2014.

al parto, el derecho a que se garanticen las medidas proclives a combatir la violencia obstétrica definida según la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Finalmente, este informe destaca que sólo uno país tiene una ley nacional específica sobre atención materna respetuosa, se trata de Portugal, que en el año 2019 promulgó la Ley N° 110/2019, en el que los derechos humanos en el parto se indican explícitamente, mientras que no existe legislación de este tipo en otros Estados miembros.

1.2 En la Jurisprudencia de los órganos de protección de Derechos Humanos

Como estudiamos en profundidad en un trabajo anterior, si bien el desarrollo del concepto de violencia obstétrica de forma explícita, es muy reciente en la jurisprudencia interamericana, existen antecedentes de gran importancia que están relacionados directamente al tema.

Esta manifestación de violencia aparece por primera vez en el ámbito de la CIDH en el caso I.V vs. Bolivia, aunque no es nombrada como tal. En este caso la Corte refiere a la especial relación de asimetría de poder que se evidencia entre médicos y pacientes, en razón del conocimiento profesional especializado y del control de la información que conservan los primeros, definición que será de trascendental importancia en posteriores fallos, por el rol definitorio que juega en la producción de violencia obstétrica.

En el año 2022, el tema es nuevamente tratado³¹ en la Opinión Consultiva N° 29, aunque tiene por objeto discutir la violencia obstétrica que sufren las mujeres privadas de libertad. Esta opinión consultiva es de gran valor al constituir la primera vez la Corte Interamericana aporta un concepto de violencia obstétrica, entendida como aquella que se ejerce contra las mujeres durante el embarazo, el parto y el posparto no solo representa una forma de violencia de género, sino que también constituye una violación de los derechos humanos.

31. El caso *Manuela vs El Salvador* del año 2021, merece también una mención ya que contiene algunos aspectos de violencia obstétrica, aunque el tema no es tratado de forma exclusiva ni se menciona explícitamente.

Destacando asimismo la Corte, la especial vulnerabilidad de esta población frente a la violencia obstétrica.

Luego, en *Britez Arce y otros vs. Argentina*, se desarrolla un poco más el concepto y se señalan algunos puntos importantes, entre ellos, la obligación de garantizar el acceso a la información precisa y oportuna, basada en evidencia científica, sin sesgos, estereotipos o discriminación, en todas las etapas del embarazo, posparto y lactancia o la obligación de brindar servicios de salud adecuados, especializados y diferenciados durante el embarazo, el parto y el posparto.

Finalmente, en el fallo *Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela*, la Corte desarrolló el concepto de violencia obstétrica y su alcance, así como las obligaciones de investigación a partir de su acaecimiento y de fiscalización de centros de salud privados.³²

En la Unión Europea, la situación respecto a las instancias de protección de Derechos Humanos también presenta una notoria disparidad en relación a América Latina, pese a los esfuerzos del movimiento de mujeres que intenta visibilizar que estas prácticas ocurren a lo largo y ancho de Europa. Ejemplo de ello es la llamada "Revolución de las Rosas", la cual consiste en que cada 25 de noviembre, día de la eliminación de la violencia contra las mujeres, se colocan rosas frente a los hospitales en los que las mujeres han sufrido abusos relacionados a la violencia gineco obstétrica. Este ha sido un movimiento generalizado en Europa desde el año 2011 y ha tenido gran éxito en Alemania.³³

En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podemos encontrar diversos dictámenes relacionados a la Violencia Obstétrica, como *Dubská y Krejová v. República Checa*, *Ternovsky v. Hungría*, *R.R. v. Austria* o *R.R. v. Polonia*,

32. Romina Gallardo Duarte, "La violencia obstétrica y sus estándares de protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Estudios sobre Género y Derecho* (Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad, 2024).

33. Carlotta Geremia, "Obstetric and Gynaecological Violence in Europe: When Healthcare Becomes Control," *Women against Violence Europe (WAVE)* (blog), 2024, <https://wave-network.org/obstetric-and-gynaecological-violence-in-europe-when-healthcare-becomes-control/#7ae86e83-1bae-4926-97a0-205e735378aa>.

aunque en ninguno el Tribunal se ha pronunciado de forma explícita utilizando dicha denominación.

Por otra parte, resoluciones no vinculantes, como la Resolución No. 2306 de 2019 sobre Violencia Obstétrica y Ginecológica, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y la Resolución del Parlamento Europeo del año 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión Europea, son trascendentes para reconocer este problema y solicitar reformas a nivel de los estados miembros; sin embargo, en concreto no ofrecen obligaciones exigibles.³⁴

El caso de España ha sido emblemático al recibir tres condenas del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU (CEDAW), aunque ninguna de las tres denunciantes ha sido compensada por el Estado español aún.

2. LA EFICACIA DE LA LEGISLACIÓN SOBRE VIOLENCIA OBSTÉTRICA BAJO LA LUPA

Partiendo de la importancia de reconocer este tipo de violencia y de incorporarla en los ordenamientos jurídicos nacionales, y habida cuenta de larga y abundante trayectoria del reconocimiento legal de la Violencia Obstétrica en Latinoamérica que describimos en el apartado anterior, cabe preguntarse si el mero reconocimiento legal aporta soluciones al problema de la violencia obstétrica o por el contrario genera nuevos escollos.

Tal como hemos sostenido previamente, si bien consideramos que el reconocimiento legislativo de la violencia obstétrica, podría constituir para algunas mujeres, una contribución significativa en el plano de lo simbólico,³⁵ desde una perspectiva jurídica, la eficacia normativa no es tal si, a pesar de que las potenciales víctimas de este tipo de violencia puedan nombrarla, no cuentan con las herramientas necesarias para su denuncia y protección adecuada.

34. Carlotta Geremia, "Obstetric and Gynaecological Violence in Europe".

35. Nos referimos al hecho de poder denominar que ese malestar vivido y a veces no identificado en palabras, fue efectivamente violencia obstétrica.

Como ya ha sido señalado en un trabajo preliminar, las dificultades para denuncia, judicialización y sanción de la violencia obstétrica, aún persisten.³⁶ Este punto ha sido señalado por el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) en el año 2014, al afirmar que: “[...] respecto a la aplicación de la ley que sanciona la violencia obstétrica, el Comité no recibió ninguna información sobre el número de sentencias judiciales o dictámenes por violencia obstétrica, lo que sugiere que existe una brecha entre las disposiciones normativas y su efectiva aplicación”.³⁷

Esta disparidad entre la legislación sobre violencia obstétrica y su aplicación, también fue advertida en el año 2022 cuando afirmamos que en Uruguay tampoco existían sentencias judiciales que utilizaran el término violencia obstétrica,³⁸ situación que a la fecha permanece incambiada, si consultamos la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial del Uruguay.

En el caso de Argentina, de acuerdo al Boletín de Jurisprudencia sobre Violencia Obstétrica del año 2022, del Ministerio Público de la Defensa, si bien se reconoce que el fenómeno de la violencia obstétrica ha comenzado a tener visibilidad en el contexto internacional, y en el ámbito nacional, se alerta que su tratamiento en los tribunales es incipiente y presenta varios desafíos.³⁹

Desde países como Chile, en donde el reconocimiento legal es muy reciente, como hemos ya descrito, se señala la existencia de escasa y reciente jurisprudencia nacional en el tema: “la noción de violencia obstétrica solo ha comenzado a discutirse de manera explícita en sentencias recientes de indemnización de perjuicios. La investigación realizada para este informe permitió identificar solo cinco casos que llegaron a los tribunales superiores en que la demanda recla-

36. Romina Gallardo Duarte y María de la Paz Echetto, “Violencia obstétrica y acceso a la justicia”, 16.

37. Organización de los Estados Americanos (OEA) y Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). *Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*. Washington, DC: OEA, 2014, 46.

38. Romina Gallardo Duarte y María de la Paz Echetto, “Violencia obstétrica y acceso a la justicia”, 16.

39. Ministerio Público de la Defensa (Argentina), *Boletín de Jurisprudencia: Violencia Obstétrica* (Buenos Aires: MPD, 2022).

ma o la sentencia se pronuncia expresamente sobre violencia obstétrica y, se advierten ciertas dudas respecto de la extensión y función de esta noción”.⁴⁰

Según un reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela, los Estados deben tomar las medidas necesarias para reconocer la violencia obstétrica como “una forma de violencia contra la mujer, regular su sanción, crear mecanismos de denuncia y llevar a cabo campañas de sensibilización para que las mujeres puedan conocer sus derechos, identificar esta forma de violencia y acceder a la justicia”.⁴¹

Tal y como apunta la Corte Interamericana, junto a la necesidad de que los Estados reconozcan legislativamente este tipo de violencia, es necesario que se desplieguen una serie de medidas para garantizar, entre otros aspectos, el conocimiento de estos nuevos derechos consagrados y su aplicación, ya que como bien señala Birgin, la sanción de las leyes no garantiza su conocimiento y menos aún su utilización.

Ante estas dificultades, la autora analiza la importancia de la difusión por parte de los gobiernos sobre la existencia de derechos que amparan a las mujeres víctimas de violencia, así como el arbitraje de recursos necesarios para brindar un servicio jurídico adecuado que permitan garantizar el acceso a la justicia.⁴²

Compartimos la importancia de la promoción de derechos a la hora de hacer efectiva la aplicación de las normas, y particularmente en este caso, una promoción de derechos que apunte no sólo a las personas destinatarias de estos derechos, sino a quienes deben cumplirlos,⁴³ como es el caso del personal de salud o los operadores jurídicos, una vez que estos asuntos ingresan en el sistema de justicia.

40. María Paz Gatica Rodríguez y María Agnes Salah Abusleme, *Informe en Derecho: Derecho privado patrimonial en perspectiva de género* (Santiago: Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, Corte Suprema, Poder Judicial de Chile, 2024), 23.

41. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 1 de septiembre de 2023, párr. 103.

42. Haydée Birgin, “Acceso a la justicia de las víctimas de violencia doméstica - Una agenda pendiente”, en *Discriminación y género* (Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa, 2011).

43. R. Gallardo y E. Troisi, “Impact of Birth Plans in Clinical Relationship and Decision Making Process of Women in Uruguay” (en prensa), *Birth: Issues in Perinatal Care*.

Advirtiéndose como uno de los desafíos para el tratamiento de la violencia obstétrica en el sistema de justicia, el hecho de que muchas prácticas médicas violentas son naturalizadas, lo cual puede deberse al contexto en el que ocurren, sujeto a una marcada relación asimétrica entre las mujeres y personas gestantes y los/las profesionales de la salud, cuya formación en el tema es limitada, contribuyendo dicha desigualdad a que muchas personas no reconozcan el maltrato y, su contracara, que es la posibilidad de reclamar por una mejor atención. Es imprescindible resaltar, que además de su naturalización, una dificultad que atañe a este tema desde el punto de vista jurídico, es que, si bien abarca aspectos de violencia de género y vulneración de derechos sexuales y reproductivos, también incluye de manera central, aspectos de la actuación profesional de los equipos de salud en centros hospitalarios. Por este motivo, si bien en la mayoría de los países que han legislado en la materia, se reconoce la violencia obstétrica en las leyes integrales de violencia, para accionar en la vía judicial, se recurre a la figura de la responsabilidad civil.

Esto conlleva a que aún cuando no se denominen como tal, para el caso de Uruguay, en la jurisdicción civil se pueden encontrar una infinidad de sentencias que refieren a claras situaciones de violencia obstétrica⁴⁴, cuestión que también señalan, al sostener que los tribunales de Chile han tenido numerosas oportunidades de resolver demandas de indemnización de los perjuicios derivados de conductas de personal sanitario que, aunque no se le suele denominar expresamente como violencia obstétrica, se ajustan a las descripciones de tal conducta.⁴⁵

De allí la vital importancia de formación y deliberación jurídica en relación a estos temas, teniendo en cuenta la casi nula existencia de profesionales del Derecho versados en la materia, y la ausencia en las facultades, de unidades curriculares que aborden la cuestión o que permitan reflexionar sobre los alcances que puede tener esta práctica.⁴⁶

44. Romina Gallardo Duarte y María de la Paz Echetto, "Violencia obstétrica y acceso a la justicia".

45. María Paz Gatica Rodríguez y María Agnes Salah Abusleme, *Informe en Derecho*, 23.

46. Ministerio Público de la Defensa, *Boletín de Jurisprudencia*, 5.

3. VIOLENCIA OBSTÉTRICA Y ACCESO A LA JUSTICIA

Otro aspecto importante de abordar en relación a la legislación sobre violencia obstétrica que también se relaciona con la aplicación de dichas normas, es el derecho al efectivo acceso a la justicia de las mujeres que sufren situaciones que podrían encuadrar legalmente en dichas dinámicas y que pretenden denunciarlas. Al menos en Uruguay, ya hemos advertido que las dificultades que las mujeres enfrentan a la hora de denunciar, son diversas.

Una posible vía para ejercer denuncias de violencia obstétrica en Uruguay, es la vía administrativa, a través de un proceso administrativo ante el Ministerio de Salud Pública, lo cual implica un buen número de obstáculos, para comenzar, una marcada desigualdad en el patrocinio legal al cual pueden acceder la gran mayoría de las usuarias del sistema de salud y el que cuentan los corporativos médicos.⁴⁷

En lo que atañe al proceso de denuncia, no existe un procedimiento específico para denunciar la violencia obstétrica. Las denuncias por violencia obstétrica se tramitan ante el Ministerio de Salud Pública, junto a cualquier tipo de denuncia por parte de la población usuaria del Sistema Integrado de Salud, junto a otras insatisfacciones, sugerencias o inclusive, agradecimientos, esto de acuerdo a lo establecido por el Decreto N° 192/019 del año 2019. Tampoco cuenta el Ministerio de Salud con herramientas destinadas a diferenciar las denuncias de violencia obstétrica ya presentadas de otras denuncias, lo cual impide visibilizar la magnitud del problema.⁴⁸

Además de la falta de especificidad en la reglamentación del proceso administrativo de denuncia, no existen plazos específicos para que la autoridad competente emita un dictamen, por lo cual los expedientes pueden permanecer en evaluación técnica, a la espera de una resolución, entre tres y cuatro años como mínimo, cuestión que ha sido señalada por Birgin (2011) como uno de los principales obstáculos para el efectivo ejercicio de acceso a la justicia.

47. Gallardo Duarte, Romina, R., y L. Giudice. "Desafíos de la conceptualización jurídica de la violencia obstétrica en Uruguay y sus derivaciones prácticas". En prensa. *Revista Ius Género*.

48. Gallardo Duarte y Giudice, "Desafíos de la conceptualización jurídica".

Ello además, termina por afectar una de las garantías del debido proceso que es la existencia de un plazo razonable, y en concreto, el derecho de acceso a la justicia administrativa, ya que como ha señalado la Corte Interamericana para el caso de los procesos judiciales, el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales.

También hemos advertido que puede existir un vínculo laboral entre los profesionales que asesoran al Ministerio en estos casos y las instituciones médicas denunciadas, extremo que ya hemos podido corroborar en la práctica.⁴⁹

Otro de los problemas que surgen en estos procesos administrativos, y que también apunta a quienes forman parte de la cartera ministerial, es que quienes intervienen en estas denuncias son en general autoridades con formación médica gineco-obstétrica que integran el Área de Salud Sexual y Salud Reproductiva (programa del Ministerio al cual se dirigen este tipo de casos), o bien funcionarios que se valen de informes elaborados por un médico legista. Entendemos que este punto es significativo, si tenemos en cuenta que el reconocimiento de la violencia obstétrica es aún resistido por los profesionales médicos en Uruguay, en especial en el ambiente de la gineco-obstetricia.⁵⁰

Otra barrera a la hora de denunciar la violencia obstétrica en Uruguay, son las carencias de formación en el tema y la falta de perspectiva de género en el estudio de los casos por parte de los funcionarios y autoridades que investigan estas denuncias, lo cual se puede inferir de las respuestas del Ministerio a las denuncias presentadas.⁵¹

Esto se deduce de la reproducción de prejuicios hacia a las víctimas que surge en los expedientes, que en definitiva habla de la pobre sensibilidad en

49. Romina Gallardo Duarte y María de la Paz Echeto, "Violencia obstétrica y acceso a la justicia", 15.

50. Romina Gallardo Duarte y María de la Paz Echeto, "Violencia obstétrica y acceso a la justicia", 16.

51. Romina Gallardo Duarte y María de la Paz Echeto, "Violencia obstétrica y acceso a la justicia", 16.

la temática violencia de género. Facio explica lo que implica la ausencia de un análisis con perspectiva de género en el acceso a la justicia: "...cuando no hacemos un esfuerzo consciente por utilizar una perspectiva de género, es decir, una perspectiva que incluya a ambos géneros y las desigualdades de poder que hay entre ellos y dentro de ellos, lo que hacemos es utilizar la perspectiva androcéntrica que es la que pasa por una no perspectiva. Por eso, cuando no se ha hecho un diagnóstico de género de cualquier situación humana, lo que se ha hecho es un diagnóstico androcéntrico. Es decir, uno que no nos muestra toda la realidad y que además está sesgado hacia los hombres."⁵²

Por último, de acuerdo a Birgin, otro de los principales obstáculos para el efectivo ejercicio de acceso a la justicia es la falta de información sobre los derechos y los procesos e instituciones disponibles para su ejercicio.⁵³ Este obstáculo también ha sido identificado para el caso de Uruguay, cuando señalamos que se evidencia entre las mujeres uruguayas que han sufrido violencia obstétrica, un desconocimiento de los mecanismos de denuncia, así como una falta de información acerca de sus derechos en el embarazo, parto y puerperio y de las prácticas clínicas recomendadas actualmente.⁵⁴

CONSIDERACIONES FINALES

De lo expuesto en este trabajo podemos concluir que mientras en la Unión Europa aún resta recorrer un largo camino para el reconocimiento legislativo de la violencia obstétrica, en América Latina y particularmente en Uruguay, la aplicación de las normas que reconocen la violencia obstétrica y el derecho de acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia, constituye un punto crítico que merece especial atención y amerita profundización.

El mero hecho de reconocer en la norma un derecho o prohibir una determinada conducta, no parece ser suficiente en términos de eficacia, sobre todo si

52. Alda Facio, "Con los lentes del género se ve otra justicia", *El Otro Derecho*, n.º 28 (julio de 2002): 89, ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

53. Haydée Birgin, "Acceso a la justicia de las víctimas de violencia doméstica", 125.

54. Romina Gallardo Duarte y María de la Paz Echeto, "Violencia obstétrica y acceso a la justicia".

se trata de asuntos de violencia de género, que involucran conductas basadas en dinámicas de poder fuertemente enraizadas y validadas socialmente, como sucede mayoritariamente en el ámbito de la salud.

A partir de lo examinado, para sumar al análisis jurídico, un aporte en términos de política pública, se proponen las siguientes recomendaciones:

a) Adecuar la normativa actual en relación a las denuncias que impliquen violaciones de derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, generando mecanismos específicos de denuncia, así como de sanción y/o reparación.

b) Capacitar al funcionariado que interviene en estos procesos, tanto a nivel administrativo como judicial, en temas como Derechos Humanos, Violencia basada en Género, Derechos Sexuales y Reproductivos, entre otras temáticas conexas.

c) Fortalecer los ámbitos de contralor legales, tendientes a fiscalizar el funcionamiento interno de los organismos estatales, para garantizar en este caso, que este tipo de denuncias sean recibidas y se investiguen en un plazo razonable.

d) Implementar políticas públicas que tiendan a la promoción de derechos a nivel, nacional, departamental, local y rural, en las temáticas, salud sexual y reproductiva, parto humanizado, violencia gineco obstétrica, mecanismos de denuncia, etc., a nivel de usuarias del sistema salud así como de personal de salud.

REFERENCIAS

Argentina. *Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales*. Ley N° 26.485. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 14 de abril de 2009.

Birgin, Haydée. "Acceso a la justicia de las víctimas de violencia doméstica - Una agenda pendiente -". En *Discriminación y género*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa, 2011.

Bolivia. *Ley Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia*. Ley N° 348. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*, 9 de marzo de 2013.

Cataluña. *Ley 17/2020, del 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista*. *Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8297, 23 de diciembre de 2020.

Chile. 2024. *Ley N° 21.675 que establece medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género*. 3 de junio. *Diario Oficial de la República de Chile*, 3 de junio.

Comunidad Valenciana. *Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana*. *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*, núm. 7436, 30 de diciembre de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). 2023. *Caso Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 1 de septiembre.

Defensoría del Pueblo (Perú). *Violencia obstétrica en el Perú*. En *Adjuntía para los Derechos de la Mujer*, Serie Igualdad y No Violencia N° 013: Autonomía física. Lima: Defensoría del Pueblo, 2020.

Ecuador. 2018. *Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres*. Ley N° 175. Registro Oficial Suplemento 175, 5 de febrero (publicada el 31 de enero).

Facio, Alda. "Con los lentes del género se ve otra justicia". *El Otro Derecho*, n.º 28 (julio de 2002): ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

Gallardo Duarte, Romina, R., y L. Giudice. En prensa. "Desafíos de la conceptualización jurídica de la violencia obstétrica en Uruguay y sus derivaciones prácticas". *Revista Ius Género*.

Gallardo Duarte, Romina, Saraswathi Ku y Pooja Sharma. "Navigating 'Othering' in Birthing and Maternity Care Experiences: A Care-Ethical View Across Continents". En *Humanising Birth: Solving the Global Maternity Crisis*. Berlín: Springer Nature. (En prensa).

Gallardo Duarte, Romina, y María de la Paz Echetto. "Violencia obstétrica y acceso a la justicia". *Revista de la Facultad de Derecho*, número especial Perspectiva de Género y Derecho (2022). Montevideo.

Gallardo Duarte, Romina. "La violencia obstétrica y sus estándares de protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En *Estudios sobre Género y Derecho*. Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad, 2024.

Gallardo, R., y E. Troisi. "Impact of Birth Plans in Clinical Relationship and Decision Making Process of Women in Uruguay". En prensa. *Birth: Issues in Perinatal Care*.

Gatica Rodríguez, María Paz, y María Agnes Salah Abusleme. *Informe en Derecho: Derecho privado patrimonial en perspectiva de género*. Santiago: Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, Corte Suprema, Poder Judicial de Chile, 2024.

Geremia, Carlotta. "Obstetric and Gynaecological Violence in Europe: When Healthcare Becomes Control." *Women against Violence Europe (WAVE)* (blog). 2024. <https://wave-network.org/obstetric-and-gynaecological-violence-in-europe-when-healthcare-becomes-control/#7ae86e83-1bae-4926-97a0-205e735378aa>.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IDH). *Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad*. En *Manual General de Litigio en el Sistema Interamericano con enfoque diferenciado*. San José: IDH, 2014.

Instituto Nacional de Estadísticas. *Segunda Encuesta Nacional de Prevalencia sobre Violencia basada en Género y Generaciones. Informe General de Resultados*. Montevideo: INE, 2019.

Medina, Graciela. "Violencia obstétrica". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 4 (2009). Thomson Reuters, Buenos Aires.

Ministerio Público de la Defensa (Argentina). *Boletín de Jurisprudencia: Violencia Obstétrica*. Buenos Aires: MPD, 2022.

Organización de los Estados Americanos (OEA) y Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI). 2014. *Segundo Informe de Seguimiento a la Implementación de las Recomendaciones del Comité de Expertas del MESECVI*. Washington, DC: OEA.

OVO Portugal. *Comunicado OVO PT | Ley 33/2025*. 2 de abril de 2025. <https://ovoportugal.pt/blog/comunicado-ovo-pt-lei-332025>.

País Vasco. *Ley 1/2022, del 3 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres*. *Boletín Oficial del País Vasco*, núm. 50, 7 de marzo de 2022.

Panamá. *Ley N° 82 de 24 de octubre de 2013, "Que adopta medidas de prevención contra la violencia en las mujeres y reforma el Código Penal"*. *Gaceta Oficial de la República de Panamá*, N° 27448, 24 de octubre de 2013.

Paraguay. *Ley N° 5777/16 "De protección integral a las mujeres contra toda forma de violencia"*. *Gaceta Oficial de la República del Paraguay*, 27 de diciembre de 2016.

Portugal. *Lei n.º 33/2025*. 21 de marzo de 2025. *Diário da República*, 21 de marzo de 2025.

Quattrocchi, Patrizia. *Violencia obstétrica en la Unión Europea: análisis situacional y recomendaciones políticas*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2024. <https://data.europa.eu/doi/10.2838/440301>.

Stanton, Mary Ellen, y Aparajita Gogoi. "Dignity and Respect in Maternity Care". *BMJ Global Health* 5 (2022): 1.

Uruguay. 2017. *Ley N° 19.580 de Violencia hacia las Mujeres Basada en Género*. 22 de diciembre. *Diario Oficial de la República Oriental del Uruguay*, 22 de diciembre.

Venezuela. *Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*. Ley N° 38.668. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 38.668, 19 de marzo de 2007.

Received on 09/03/2025

Approved on 20/05/2025

LA PROSTITUCIÓN Y LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LAS NIÑAS:

análisis del informe de la relatora especial sobre la violencia
contra las mujeres y las niñas, con énfasis en la situación de la
Unión Europea y Mercosur¹

Pablo Guerra²

RESUMEN: En este artículo analizaremos el texto y el contexto del Informe de la relatora especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, titulado "La prostitución y la violencia contra las mujeres y las niñas". Lo haremos, tomando como referencia la división de aguas que opera respecto al fenómeno prostitucional y el diverso tratamiento llevado adelante tanto en la Unión Europea como en el MERCOSUR. Esta división opera tanto en el ámbito de la sociedad civil como en el ámbito de las políticas públicas, enfrentando fundamentalmente los modelos prohibicionista, abolicionista, alegal, reglamentarista y laboralista. Se concluye que el Informe, de orientación abolicionista, se enmarca en las actuales disputas entre los diferentes modelos que se expresan con mayor nitidez en los países de la Unión Europea, en tanto en el Mercosur predominan las posiciones alegales, con la excepción de Uruguay, único país en la región que reglamenta la prostitución.

PALABRAS CLAVE: Prostitución; violencia; género.

PROSTITUTION AND VIOLENCE AGAINST WOMEN AND GIRLS: ANALYSIS OF THE REPORT OF THE SPECIAL RAPPORTEUR ON VIOLENCE AGAINST WOMEN AND GIRLS, WITH EMPHASIS ON THE SITUATION IN THE EUROPEAN UNION AND MERCOSUR

ABSTRACT: In this article we will analyze the text and context of the Report of the Special Rapporteur on violence against women and girls of the UN Human Rights Council, entitled "Prostitution and violence against women and girls". We will do so, taking as a reference the watershed that operates with respect to the prostitution phenomenon and the different treatment carried out both in the European Union and in MERCOSUR. This division operates both in the field of civil society and in the field of public policies, fundamentally confronting the prohibitionist, abolitionist, alegal, regulatory and labor models. It is concluded that the Report, with an abolitionist orientation, is framed within

1. P. Guerra, "La prostitución y la violencia contra las mujeres y las niñas análisis del informe de la relatora especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, con énfasis en la situación de la Unión Europea y Mercosur," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 131 et seq.
2. Dr. Pablo Guerra. Sociólogo. Profesor Titular del Instituto de Sociología Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de la República (Montevideo – Uruguay). Investigador Activo del Sistema Nacional de Investigadores. <https://orcid.org/0000-0002-2586-7175>.

the current disputes between the different models that are expressed most clearly in the countries of the European Union, while in Mercosur, "alegal" positions predominate, with the exception of Uruguay (the only country in the region that regulates prostitution).

KEYWORDS: Prostitution; violence; gender.

ÍNDICE: Introducción; 1. El contexto; 1.1 Contexto del Informe A/HRC/56/48; 1.2 Los diferentes modelos de discusión; 1.3 Análisis comparado Unión Europea -Mercosur; 2. El texto por analizar; 3. Reacciones; Consideraciones Finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

El pasado 7 de mayo de 2024, fue presentado al 56 período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (18 de junio al 12 de julio de 2024) el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias, Reem Alsalem, titulado "La prostitución y la violencia contra las mujeres y las niñas".

En este artículo analizaremos el contenido del Informe, así como el contexto en el que se origina, poniendo énfasis en el tratamiento diverso que este tema ha merecido a nivel comparado entre los países del MERCOSUR y de la Unión Europea, atendiendo a la polarización generada entre salidas de corte abolicionistas y otras de corte reglamentaristas.

Para ello, basaremos nuestro método en el análisis de documentos, partiendo del citado Informe, así como otros documentos fundamentalmente normativos (Unión Europea y Mercosur) así como referidos al objeto de estudio, proponiendo una síntesis con los cinco modelos que predominan en el mundo.

1. EL CONTEXTO

1.1 Contexto del Informe A/HRC/56/48

Reem Alsalem (El Cairo, 1976) es una consultora y experta en derechos humanos, egresada de la Universidad de El Cairo como Magister en Relaciones Internacionales (2001) obteniendo luego una nueva Maestría esta vez por la Universidad de Oxford en Derechos Humanos (2003). Luego de varios años trabajando en la UNHCR en materia de refugiados, se convierte en 2016 en

relatora especial sobre violencia contra las mujeres y las niñas de las Naciones Unidas. Es de destacar que este rol forma parte de los “Procedimientos especiales” del Consejo de Derechos Humanos, esto es, el mayor órgano de expertos independientes del sistema de derechos humanos de la ONU. Estos expertos en procedimientos especiales trabajan de forma honoraria, prestando sus servicios para asesorar e informar en determinados campos temáticos. Actualmente son 46 esos campos temáticos. Uno de ellos, por ejemplo, refiere al campo temático de la trata de personas. Respecto al que nos interesa, el campo temático se denomina “Relator Especial violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias” con origen en 1994 mediante la Resolución 1994/45.

El Informe de la titular actual del mandato, por lo tanto, se enmarca en sus funciones como relatora, de acuerdo con la resolución 50/7. Respecto al Informe que analizaremos (informe A/HRC/56/48), se concentra en el papel que la prostitución cumple como generadora de violencia y se presenta al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, un organismo intergubernamental dentro del sistema de las Naciones Unidas compuesto por 47 Estados responsables de la promoción y protección de todos los derechos humanos en todo el mundo. Para su armado, se abrió un período de tiempo para enviar materiales como insumo para el trabajo, aunque como luego veremos, algunos autores y actores interesados en mostrar una posición diferente a la que predominó en el Documento señalarán que no se tuvieron en cuenta otros puntos de vista.

1.2 Los diferentes modelos en discusión

Forma también parte del contexto, hacer mención del estado del debate entre las posturas abolicionistas, como las que se expresan en el Informe, y otras posturas de tipo reglamentaristas y laboristas, que también se expresan en políticas públicas de diferentes países e influyen en un derecho internacional de los derechos humanos que aún no ha llegado a unanimidades o acuerdos respecto a cómo posicionarse frente a los dilemas de los mercados del sexo.

Efectivamente, ¿debemos referirnos a prostitución, a explotación sexual o a trabajo sexual? Numerosos actores sociales y públicos en las últimas décadas se han enfrentado a la hora de responder a esta pregunta, reactualizando una discusión de larga data. Nótese que hace algo más de cien años, partidarios de la regulación (vía control policial y políticas higienistas) se enfrentaban en el discurso a las corrientes abolicionistas; tanto como hoy lo hacen dentro de los feminismos, partidarias del feminismo radical y partidarias del feminismo liberal. La pregunta antes formulada alude a un debate muy actual sobre las denominaciones, que se posiciona en el ámbito público a partir de los años 1990s a raíz del desarrollo que han tenido ciertos actores organizados de trabajadoras sexuales que reclaman sean consideradas en tanto trabajadoras y por consecuencia, con acceso a todos los derechos laborales. También han contribuido a esta visión, las acciones llevadas adelante por ciertas esferas de la OMS y OIT, partidarias de instalar un término más neutral para referirse a las personas que ofrecen servicios sexuales en el mercado, toda vez que términos como “meretriz” o “prostituta” son percibidos como despectivos. Una alta cuota de polarización vuelve a ponerse en escena cuando desde posiciones contrarias se defiende la idea que, en los actuales contextos culturales, la prostitución es una actividad que esconde una relación de poder netamente patriarcalista y que en todos los casos remite más bien a un modelo de explotación sexual.

Por un lado, entonces, aparece el discurso “pro-trabajo sexual” bajo el argumento de que la prostitución presenta características que poco se diferencian de cualquier otro oficio. Así se expresan muchos colectivos surgidos sobre finales del S. XX y que organizan a las trabajadoras del sexo. A manera de ejemplo, una asociación de trabajadoras sexuales de España afirma que

Dentro de un marco de derechos y poder de decisión, las trabajadoras sexuales definimos a nuestra actividad como un trabajo, más allá de las eternas discusiones con grupos de moralistas, algunas organizaciones de mujeres que se ven estimuladas por un imperativo moral de salvar a mujeres inocentes (poniéndonos en el papel de víctimas y amputándonos el derecho de hablar por nosotras mismas).³

3. CEPSJU, “Trabajo sexual y prostitución desde la mirada de las trabajadoras sexuales organizadas,” **Boletín Rostro de Mujer** (2006), www.cepesju.org/mat_new/boletines_revis/

En América Latina, el colectivo más organizado lo constituye la Red de Mujeres Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe (RedTraSex), colectivo que surge en San José de Costa Rica, en 1997. Al decir de Elena Reynaga, su presidenta:

Los Estados deben adoptar leyes que reconozcan nuestra actividad de trabajadoras sexuales como una actividad lícita y generar políticas públicas para generar mejores condiciones de trabajo para nosotras. El mundo dice que nuestro trabajo es indigno. Nosotras decimos que el trabajo siempre es digno, pero son indignas las malas condiciones en que hoy estamos sumergidas las trabajadoras sexuales en la región.⁴

Por otro lado, se ubican aquellos actores que analizando la forma en que opera la prostitución, el marco en que se desarrolla, y las consecuencias que acarrea, terminan sentenciando lo contrario, esto es, que la prostitución no puede ser considerada un trabajo, al menos no un trabajo como cualquier otro.

No puede ser considerado como un trabajo algo que implica y genera violencia, vejación, desprotección, desprecio y marginalización. Es una explotación. Es la traducción de una estructura social sexista y patriarcal. Es una forma de dominación del hombre sobre la mujer. Es la sumisión de la sexualidad del sexo femenino al masculino. Es un reflejo y un síntoma de la desigualdad entre los sexos.⁵

En América Latina, fueron varios los actores sociales que defendieron estas posturas. Se trata de organizaciones o redes que surgen para luchar contra la trata de personas desde un marco de tipo abolicionista. En Argentina, por ejemplo, destacó el papel de la Asamblea Raquel Liberman (ARL) nucleando a diversos colectivos feministas.⁶

Mientras que a las primeras dos citas las ubicamos en la corriente denominada “paradigma del empoderamiento” que enfatiza en la normalización del mercado

boletin_rm_portug1.pdf.

4. “CIDH, Comunicado de Prensa. CIDH celebra primera audiencia sobre los derechos de las trabajadoras sexuales en América,” OEA, publicado 23 de marzo, 2017, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/036.asp>.
5. Pilar Martínez, “Simposio Internacional sobre Prostitución y Tráfico de Mujeres con fines de Explotación Sexual,” *Dirección General de la Mujer: Consejería de Servicios Sociales*, no. 38 (2000), <https://salutsexual.sidastudi.org/es/registro/a53b7fb35a00b518015a4b8fdf11016d>.
6. Sobre el papel de la ARL, Cfr. Eva Taberne, “Tirar del nudo: Feminismos y prostitución en la Ciudad de Buenos Aires (1990-2003)” (Tesis de Maestría en Estudios Latinoamericanos, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación [FHCE], 2024).

sexual y apuesta a los beneficios que la regulación puede traer para quienes se dedican a esta actividad, la tercera es propia del “paradigma de la opresión” que pone énfasis en la naturaleza explotadora de este tipo de transacción.⁷

Estas polémicas, generadas desde las diferentes visiones en la sociedad civil,⁸ tienen también su correlato en las políticas públicas. Para comprender la complejidad acerca de cómo las políticas públicas dan cuenta de este polémico fenómeno, un primer punto de partida es preguntarnos si la prostitución se prohíbe o no se prohíbe. Este recorte da lugar entonces a la primera expresión presente en el escenario internacional: el prohibicionismo. La prostitución en los inicios de la modernidad era vista como una lacra y un vicio social que debía erradicarse poniendo foco en primer lugar en la mujer (prostituta). En un segundo momento, ya en el marco del debate prohibicionismo versus abolicionismo, se va cambiando el enfoque, de manera que la figura que se lleva el protagonismo a la hora de ser perseguida es la del proxeneta, rufián y tratante. A manera de ejemplo, el Parlamento Británico sanciona una Ley en 1863 que castiga con látigo al proxeneta. En 1899, por su lado, tiene lugar en Londres el primer congreso internacional sobre trata de blancas (la denominación trata de personas comienza a instalarse sobre mitad del S. XX). El mundo se dividiría desde entonces entre partidarios de continuar el prohibicionismo, partidarios de regular el ejercicio de la prostitución y las perspectivas feministas abolicionistas sobre cuya base se erige el abolicionismo contemporáneo que parte del paradigma de la opresión, evitando toda criminalización hacia la mujer y dirigiendo sus batallas hacia la demanda (el cliente). Son tiempos en los que comienza a asomar la discusión entre partidarios del trabajo sexual y partidarios de comprender este fenómeno como expresión de violencias en el marco del patriarcalismo. El hito de esta perspectiva abolicionista contemporánea es la ley de prohibición de compra de servicios sexuales de Suecia (Sextköpslag, de 1999). Nótese que

7. Ciertamente, no todas las posiciones tendieron a la polarización. Desde fines del S. XX se pueden observar discursos desde los feminismos que tendieron puentes. Véase por ejemplo Dora Barrancos, *Feminismo, trata y nuevos tratos* (Mora, 2008).

8. A nivel internacional, destaca el intercambio entre la *Coalition Against Trafficking in Women* (CATW) y la *Global Alliance Against Trafficking in Women* (GAATW).

los países que siguen el denominado “modelo nórdico”⁹ prohíben la compra de actos sexuales, pero desde un enfoque de género que evita la persecución a la persona prostituida, instalando políticas para su apoyo.¹⁰

En un segundo bloque podemos incluir a aquellos países en los que la prostitución no está prohibida. Que no esté prohibida, no significa que esté explícitamente permitida, por lo que aquí debemos distinguir entre aquellos estados en los que se regula el ejercicio prostitucional y aquellos que han optado por evitar cualquier tipo de normativa. Estos últimos son países en los que la prostitución suele convivir con normas que persiguen el proxenetismo y la trata de personas, dependiendo entonces de diversas circunstancias socioculturales, si tiene o no una expresión manifiesta en las calles, zonas, burdeles, etc. Como veremos luego, esta suerte de alegalidad caracterizaría a algunos de los países del MERCOSUR.

La presencia de regulaciones para permitir el funcionamiento de “casas de tolerancia” y zonas específicas para el ejercicio de la prostitución ha estado presente a lo largo del S. XX, instalando en tal sentido un primer modelo regulacionista que haría hincapié en el control sanitario y policial de las personas que ejercen la prostitución. Un nuevo paso se da a comienzos de este milenio, cuando surge el modelo “laboralista” y que tiene en la reforma holandesa del 2000 su principal hito. Mientras que éste se caracteriza por aplicar al mercado del sexo las mismas normas laborales comúnmente aplicadas en los mercados de trabajo, otras experiencias reglamentaristas prefieren solamente regular la prostitución autónoma, caso de lo que ocurre en Uruguay. El modelo laboralista, en ese sentido, implica una flexibilización de la penalización al proxeneta, ya que se excluye de tal figura penal, al prestador de servicios (propietario de un

9. Esta denominación es algo equivocada. Dos países de la región (Dinamarca e Islandia) no forman parte de este modelo. Y otros tres países no nórdicos, se suman al modelo: Canadá, Irlanda y Francia.

10. Luego del hito legislativo en Suecia, otros siete países siguieron este modelo. Una variante es la persecución que en Noruega también se realiza a quien compra sexo en el exterior: aproximadamente el 80% de los suecos que compran sexo lo hacen fuera de sus fronteras. Ver “Sexköpslagen – från kontroversiell lag till internationell modell”, Jamställdhets Myndigheten, última actualización 11 de junio de 2024, 2021, <https://jamstalldhetsmyndigheten.se/aktuellt/nyheter/sexkopslagen-fran-kontroversiell-lag-till-internationell-modell/>.

negocio de prostitución). Así, por ejemplo, Alemania debió suprimir el delito de incitación a la prostitución (§180a, apartado 1, número 2, Código Penal) para habilitar contratos de trabajos a los propietarios de burdeles.¹¹

El siguiente cuadro sintetiza los diferentes modelos actuales:

Cuadro 1: cinco principales modelos de intervención pública sobre prostitución

Estatus legal de la prostitución	SE PROHIBE	SE PROHIBE	NO SE PROHIBE	NO SE PROHIBE	NO SE PROHIBE
¿A quién se persigue?	Todos los involucrados	Cliente y proxeneta	Proxeneta, algunos tipos de prostitución	Proxeneta	Flexibilización delito del proxenetismo
¿Existen normas específicas?	SI	SI	NO	SI	SI
Mirada política	Conservadurismo puritanismo	Feminismo radical	Sin mirada hegemónica	Pragmatismo	Feminismo liberal
Modelo	Prohibicionista	Abolicionista	Alegal	Reglamentarista	Laboralista
Ejemplo	Estados Unidos, China	Países escandinavos	Brasil	Uruguay	Países Bajos, Alemania

Fuente: elaboración propia

1.3 Análisis comparado Unión Europea – Mercosur

Respecto a la situación en la Unión Europea, destacan dos aspectos. El primero refiere al diverso tratamiento de este fenómeno entre sus diversos Estados, coexistiendo en la región enfoques de intervención muy disímiles. El segundo aspecto para resaltar es que más allá de esta heterogeneidad de políticas, el Parlamento Europeo cada vez que discutió el tema, hizo prevalecer una posición mayoritaria de corte abolicionista. En efecto, en su Resolución de

11. Decía el artículo suprimido por la Ley de 2002: "Estimulo a la prostitución (1) Quien mantenga o dirija profesionalmente un establecimiento en el que personas se dediquen a la prostitución y en el cual 1. esas personas sean mantenidas en dependencia personal o económica, o 2. se fomente el ejercicio de la prostitución por medio de medidas que extralimiten el simple otorgamiento de vivienda, alojamiento o residencia y las prestaciones accesorias relacionadas usualmente con esto, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa". Claudia López Díaz, trad., Código Penal Alemán traducido al español (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999).

26 de febrero de 2014 sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género, el Parlamento se posicionó resaltando que la prostitución y la explotación sexual “son violaciones de la dignidad humana, contravienen principios de derechos humanos como la igualdad de género y, por lo tanto, son contrarias a los principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.¹² Más adelante, en su Resolución de 5 de julio de 2022, sobre la pobreza de las mujeres en Europa, vuelve a definir a la prostitución como una forma grave de violencia y explotación:

Considera que la prostitución es una forma grave de violencia y explotación que afecta mayoritariamente a las mujeres y los niños; pide a los Estados miembros que adopten medidas específicas para luchar contra las causas económicas, sociales y culturales de la prostitución, de modo que las mujeres en situación de pobreza y exclusión social no sean víctimas de dicha explotación; pide a los Estados miembros que adopten medidas específicas para ayudar a las personas prostituidas en su reinserción social y profesional.¹³

Más recientemente regresó la discusión a su Parlamento, mediante el “Informe sobre la regulación en la Unión: repercusiones transfronterizas e impacto en la igualdad de género y los derechos de las mujeres”,¹⁴ dando cuenta expresa de la asimetría de sus legislaciones. Por un lado, una serie de países como Austria, Alemania y los Países Bajos, “han llegado a la conclusión de que resultaría más beneficioso para los derechos de las personas en situación de prostitución crear un marco jurídico que legalizara todas las facetas de la prostitución”. Por otro lado, países como Suecia, España, Francia e Irlanda “han decidido en cambio proteger los derechos de las mujeres que se encuentran en esa situación optando por despenalizar a las personas en situación de prostitución y criminalizar a los compradores” aplicando el modelo nórdico.

12. Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género (2013/2103(INI)), p. 5, n. 1.

13. Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la pobreza de las mujeres en Europa (2021/2170(INI)), p. 11, n. 29.

14. Comisión de Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género, Informe sobre la regulación de la prostitución en la Unión: repercusiones transfronterizas e impacto en la igualdad de género y los derechos de las mujeres A9-0240/2023, Parlamento Europeo, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0240_ES.html#_section2.

En el MERCOSUR, por su parte, la situación es también heterogénea, aunque no presenta los niveles de polarización que se exhiben en la Unión Europea. Uruguay es el país que se inscribe más puramente en el modelo regulacionista, una suerte de modelo mixto o de transición, en la que convive la persecución del proxenetismo y de la trata de personas con la legalidad del trabajo sexual, legislado por la Ley 17.515 del 2002. En Argentina, si bien la prostitución no forma parte de su Código Penal, las Provincias aplican diversas fórmulas de persecución, de manera que se manejan en un limbo jurídico que admite cierta licitud en la medida en que se realice de forma privada.¹⁵ A manera de ejemplo, en la ciudad de Buenos Aires, el Art. 96 del Código Contravencional¹⁶ dice:

Artículo 96 - Oferta y demanda de sexo en los espacios públicos -. Quien ofrece o demanda en forma ostensible servicios de carácter sexual en los espacios públicos no autorizados o fuera de las condiciones en que fuera autorizada la actividad, es sancionado/a con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública o multa de doscientos (\$ 200) a cuatrocientos (\$ 400) pesos. En ningún caso procede la contravención en base a apariencia, vestimenta o modales.¹⁷

En Brasil, por su parte, la prostitución también se mueve en zonas grises. Si bien en 2002 el Ministerio de Trabajo incluyó la categoría de "trabajadora sexual", no hay legislación que la regule y los prostíbulos están perseguidos. Sigue entonces un modelo de tipo alega, en el que no existe legislación específica sobre la prostitución, aunque sí la hay respecto a la persecución del proxenetismo, desde el Código Penal de 1890. Debemos destacar que previo a la disputa de la Copa Mundial de fútbol en 2014, se presentaron propuestas legislativas para regular la prostitución.¹⁸

En Paraguay, tal como sucede en Brasil, la prostitución tampoco es ilegal, careciendo el país de regulación específica, en tanto también se persigue el proxenetismo y la trata de personas.

15. En 2011, por ejemplo, bajo la Presidencia de Cristina Fernández de Kirchner, se firmó el decreto 936 que prohíbe la publicación de avisos con oferta sexual (conocidos como "rubro 59").

16. Ciudad de Buenos Aires, Código Contravencional de la Ciudad, Boletín Oficial, 24 de octubre de 2004, disponible en SAJJ - Código Contravencional de la Ciudad.

17. Ciudad de Buenos Aires, Código Contravencional.

18. Véase, por ejemplo "Brazilian bill legalizes and regulates prostitution," Sexuality Policy Watch, publicado en 30 Sep. 2013, <https://sxpolitics.org/around-the-world-306/8505>.

A diferencia de la Unión Europea, el debate y tratamiento de este tema no ha sido protagónico en el parlamento regional. Efectivamente, el Parlasur, constituido en diciembre de 2006 como sustituto de la Comisión Parlamentaria Conjunta no ha generado desde entonces ninguna instancia para analizar esta problemática. Otras institucionalidades regionales extra-Mercosur sí lo han hecho, caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁹ que en 2017 celebró una primera audiencia sobre los derechos para las trabajadoras sexuales (161 período de sesiones de la CIDH) en la que se escucharon las posiciones lideradas por RedTraSex. En el Mercosur sí se han discutido temas afines, caso de la trata de personas o la explotación sexual infantil, destacando en tal sentido el Primer Congreso Internacional del MERCOSUR y Estados Asociados sobre trata de Personas y Pornografía Infantil, que entre sus recomendaciones propuso “políticas públicas para desalentar la demanda de prostitutas”.²⁰ Con posterioridad al evento, la XXIII reunión de ministros del Interior del Mercosur, toma conocimiento de las Recomendaciones, que “comparten en su totalidad”.²¹ Finalmente, en el plano de la Trata de Personas con fines de explotación sexual, el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur, publicó en 2016 el “Relevamiento de Instrumentos del MERCOSUR en materia de trata de personas”. Este documento aborda diversos tratamientos en la región, pero todos ellos refieren al campo de la trata de personas y de la explotación sexual infantil.

2. EL TEXTO POR ANALIZAR

El Informe de la relatora especial tiene una extensión de 21 páginas y está organizado en 8 capítulos. Presenta 170 notas a pie de página, incluyendo allí las referencias bibliográficas y normativas citadas. Los dos primeros capítulos son introductorios.

19. La CIDH es un órgano creado en 1959 perteneciente a la Organización de Estados Americanos con sede en Washington, integrada por siete miembros independientes.

20. ACNUR, Conclusiones y recomendaciones del I Congreso Internacional del Mercosur y Estados Asociados sobre Trata de Personas y Pornografía Infantil, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6442.pdf?view=1>.

21. MERCOSUR, XXIII Reunión de Ministros del Interior, Acta 01/08, https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/9308_RMI_2008_ACTA01_ES.pdf.

El tercer capítulo se titula “Terminología y definiciones” y refiere a una temática que reconoce polémica en el sentido que la terminología usada difiere con otras expresiones de las Naciones Unidas.²² Comienza este capítulo señalando que en el derecho internacional no hay una definición sobre prostitución. Informa, sin embargo, a maneras de excepción, al Parlamento de la Unión Europea con su resolución de 14 de septiembre de 2023 “sobre la regulación de la prostitución en la Unión Europea, sus implicaciones transfronterizas y su impacto en la igualdad de género y los derechos de la mujer”, aunque sin citar explícitamente su texto, por lo que resulta pertinente en este artículo, hacer referencia al mismo. En efecto, en dicha Resolución, el Parlamento refiere a dos conceptos: “prostitución” y “personas/mujeres en situación de prostitución” a la que luego define como “la adquisición de un acto sexual, que puede definirse como la solicitud, aceptación u obtención de un acto sexual de una persona en situación de prostitución a cambio de una remuneración, la promesa de una remuneración, la provisión de un beneficio en especie o la promesa de tal beneficio” (Parlamento de la Unión Europea, 2023: 2). Nótese que esta Resolución es afín a la corriente denominada “abolicionista” por lo que no hace referencia al “trabajo sexual” como categoría analítica.

Siguiendo con el Informe, la autora explicita inmediatamente su punto de vista: la prostitución es entendida como una forma de violencia hacia las mujeres:

La terminología utilizada en el presente informe se basa en la comprensión de la prostitución como un sistema de violencia⁴, que reduce a mujeres y niñas a mercancías. Se trata de un sistema de desigualdad y discriminación basado en el sexo y otros motivos interrelacionados, que afecta a la capacidad de la mujer para alcanzar la igualdad.²³

22. Por ejemplo, la autora se refiere a niños prostituidos y niñas prostituidas. Esta expresión, si bien dice que es recomendada por el Comité de los Derechos del Niño, ha sido sustituida por otras fuentes, por expresiones como “explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes”. A manera de contrapunto Cfr. Instituto Interamericano de Niños, Niñas y Adolescentes, *Terminología asociada a ESNNA desde la perspectiva de los derechos* (Washington: OEA, 2021), <https://www.iin.oea.org/pdf-iin/publicaciones/2021/escnna/Terminolog%C3%ADa%20asociada%20a%20la%20Explotaci%C3%B3n%20Sexual%20de%20Ni%C3%B1as,%20Ni%C3%B1os%20y%20Adolescentes.pdf>.

23. Reem Alsalem, *La prostitución y la violencia contra las mujeres y las niñas: Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias* (Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 2024).

También se refiere al “sistema de prostitución” en el sentido que la prostitución está “intrínsecamente vinculada a diferentes formas de violencia contra las mujeres y las niñas y de que constituye una forma de violencia en sí misma” (N. 4), anotando que la pornografía debe entenderse como “prostitución filmada”.

En nuevo paso conceptual, explicita que no usará en su Informe los términos de “trabajo sexual” y “trabajadora sexual”. Maneja como razones un argumento formal (no está reconocido en el derecho internacional) y otro más sustantivo:

el término describe erróneamente la prostitución como una actividad tan digna como cualquier otro trabajo, ya que no tiene en cuenta las graves violaciones de los derechos humanos que caracterizan el sistema de la prostitución y entraña una manipulación psicológica respecto a las víctimas y sus experiencias.²⁴

Preferirá, como es habitual en el lenguaje abolicionista, el término de “víctimas de la prostitución”, que se encuentra, además, contenido en el Convenio de 1949.²⁵

El Capítulo IV se titula “La violencia contra las mujeres y las niñas como forma, causa y consecuencia de la prostitución”. Ahonda en las causas de la prostitución, citando las normas patriarcales exacerbadas por la globalización, en el que “todo se puede comprar y vender” ((N.7) así como un largo listado de problemas sociales concretos funcionales al objeto estudiado. Luego se refiere al nexo entre violencia y prostitución, citando múltiples informes al respecto. Acto seguido, reflexiona sobre la repercusión en materia de igualdad de género, señalando que “la prostitución se nutre de la sexualización y la racialización de la pobreza” (N. 17) y en materia de exacerbación del racismo.

El capítulo V se titula “Autores de actos de violencia”. En primer lugar cita a los compradores de actos sexuales, responsables no solo en términos individuales sino también colectivos, al crear “demanda de un sistema inherentemente violento construido sobre la subordinación sexual de mujeres y niñas” (N. 26). En segundo término, se refiere a diferentes figuras del proxenetismo, esto es,

24. Alsalem, *La prostitución y la violencia*.

25. Convenio de las Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, Nueva York, 1949, art. 16.

terceros que se benefician de la prostitución ajena, aludiendo incluso al “Estado proxeneta” (N. 26).

El Capítulo VI mientras tanto, se titula “Modelos jurídicos y de políticas sobre la prostitución”. La autora distingue en el mundo cuatro grandes enfoques. El primero de ellos es el prohibicionista (EUA, China, Rusia), al que califica como discriminatorio por sus efectos en las mujeres y niñas prostituidas. El segundo modelo lo define como “reglamentarista” poniendo en el mismo sitio a países como Alemania, Austria o Suiza, junto a Uruguay, señalando que “en estos países, el Estado legaliza, organiza, regula y se beneficia de la prostitución ajena y de todos los establecimientos de comercio sexual mediante leyes administrativas o territoriales” (N. 29).²⁶ El tercer enfoque, muy cercano al anterior, lo denomina de “despenalización” y caracterizaría a países como Bélgica y Nueva Zelanda. Finalmente se refiere al enfoque abolicionista o nórdico, caracterizado por despenalizar a las personas prostituidas a la par que se persigue a compradores y por supuesto, a los proxenetas.

El Capítulo VII, finalmente, se titula “Normas internacionales de derechos humanos aplicables”, analizando el marco jurídico internacional y ciertas instituciones en el caso de la “irrelevancia del consentimiento” (N. 50).

El Capítulo final (VIII) es el de las Conclusiones. Allí se pone énfasis en la prostitución como un sistema de explotación de los varones hacia las mujeres, que además ha crecido de la mano de las TICs. Alerta a que los Estados no se conviertan en proxenetas, “aboliendo las leyes que permiten, toleran o condonan la violencia y la explotación en el sistema de la prostitución y la pornografía” (N. 54).

Respecto a las recomendaciones, la lista es larga, incluyendo aspectos como los siguientes: “Abordar la prostitución desde un enfoque basado en los dere-

26. Como se dijo anteriormente, el modelo uruguayo no es comparable con el modelo alemán. En Uruguay el trabajo sexual convive con las normas que persiguen el proxenetismo (Ley 8080) y la explotación sexual por la vía de la trata de personas (Ley 19.643). Si bien hubo intentos en Uruguay por flexibilizar las normas penales que persiguen al proxenetismo, la acción colectiva del movimiento feminista detuvo tal posibilidad. Por contrapartida, es evidente que en Uruguay persiste un “proxenetismo velado” que pone en interrogantes la autonomía que se reclama para el ejercicio del trabajo sexual. En Alemania, desde 2002 se habilita el trabajo sexual en relación de dependencia, aunque con la reforma de 2017 (*Prostituiertenschutzgesetz*) rige el derecho de autodeterminación sexual mediante la llamada «prohibición de órdenes».

chos”; “adoptar estrictamente una legislación basada en los artículos 1 y 2 del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, el artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 3 del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños”; “abordar la cibertrata transfronteriza”; “Reconocer la prostitución con sus variantes conexas, como la pornografía, como un sistema de explotación y violencia”; “Adoptar el marco jurídico abolicionista y sus cinco pilares, a saber, despenalizar a las mujeres que ejercen la prostitución; proporcionar apoyo integral y vías de salida; criminalizar la compra de actos sexuales; criminalizar todas las formas de proxenetismo; y poner en marcha campañas de sensibilización para los compradores de actos sexuales”; “Trabajar para acabar con la demanda de compra de actos sexuales”; “Ordenar por ley la prestación de servicios integrales adaptados a las víctimas de la prostitución”; “Junto con las organizaciones internacionales, utilizar terminología y lenguaje basados en los derechos humanos para describir la prostitución”; “Despenalizar a todas las mujeres y niñas que ejercen la prostitución y ofrecerles reconocimiento como víctimas”; “Abstenerse de añadir condiciones a la criminalización del proxenetismo”; evitar “una disociación perjudicial y artificial entre la llamada prostitución “forzada” asimilada a la trata y la llamada prostitución “libre” asimilada al “trabajo sexual”; etc.

3. REACCIONES

Las reacciones desde posturas pro-trabajo sexual no se hicieron esperar. Es el caso del artículo titulado *The (mis)use of evidence in contested rights: Commentary on the UN Special Rapporteur on violence against women and girls’ report on “prostitution and violence”*. En este artículo, sus autores/as tildan al Informe como “preocupante” (*troubling*) al hacer un mal uso de la evidencia; al reflejar incorrectamente el trabajo de otros expertos de la ONU, especialmente sobre la responsabilidad del Estado en materia de derechos; al no presentar

hechos con precisión; e ignorar las voces disidentes, como las de las trabajadoras sexuales de todos los géneros e identidades. Desde esta postura, se debe evitar la criminalización del trabajo sexual ya que, según estos autores, bajo estas circunstancias hay evidencia de aumento de las violencias contra estos colectivos, así como limitaciones para el acceso a ciertos derechos. A nivel de interpretación de documentos internacionales, entienden que el Protocolo de Palermo (2000) que apunta al campo temático de la trata de personas, sustituye la Convención de 1949, que define a la prostitución como incompatible con la dignidad y el valor de la persona humana. Entre otros asuntos, además, critica del Informe, el no hacer distingo entre cierta prostitución autónoma y el fenómeno de la trata con fines de explotación sexual.

Estas expresiones críticas, forman parte de un corpus teórico y de activismo más amplio y que con anterioridad fue plasmado en documentos por parte de Amnesty International, opuesta a la criminalización de la prostitución y a favor de la denominación “trabajo sexual” en un documento fechado en 2014;²⁷ o del Programa de las Naciones Unidas, ONUSIDA recomendando en 2012 la despenalización tanto de la compra como de la venta de actos sexuales,²⁸ etc. Estas y otras manifestaciones contrarias al enfoque abolicionista, son expresión de la división que opera en el seno de organismos multilaterales, organizaciones de la sociedad civil y también dentro de los feminismos.

CONSIDERACIONES FINALES

Claramente no hemos pretendido en este artículo exponer las posiciones personales sobre el tema o adherir a tal o cual corriente, sino dar cuenta de cómo las posturas establecidas a nivel legislativo y de políticas públicas referidas al tratamiento del sistema prostitucional, están muy afectadas por la matriz teórica o conceptual que divide aguas entre partidarios del enfoque abolicionista

27. Amnist, International. *Summary: proposed policy on sex work*, 2014, <https://www.amnesty.se/upload/files/2014/04/02/Summary%20of%20proposed%20policy%20on%20sex%20work.pdf>

28. UNAIDS, *UNAIDS Guidance Note on HIV and Sex Work* (Géneva: UNAIDS, 2012), https://www.unaids.org/sites/default/files/sub_landing/files/JC2306_UNAIDS-guidance-note-HIV-sex-work_en.pdf.

y partidarios del enfoque reglamentarista. El texto analizado en esta ocasión, publicado en mayo de 2024 por la relatora especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, pone énfasis justamente en las expresiones de violencia de género enquistadas en los mercados del sexo, algo que se reconoce de manera casi consensuada por parte de los analistas. Lo hace, no obstante, desde un paradigma abolicionista, lo que le ha valido críticas desde las posturas favorables a legislar regulando la prostitución para favorecer los derechos de las personas que ejercen el trabajo sexual. O, dicho en otras palabras, el Informe es contundente acerca de la violencia que opera en los mercados del sexo, pero las aguas se dividen a la hora de encontrar una solución: mientras que el Informe analizado aboga por un modelo abolicionista, sus detractores abogan por regular el mercado.

La situación en los países de la Unión Europea y del Mercosur, no está exenta de esta fuerte polarización. En Europa, por ejemplo, conviven diferentes modelos que exhiben profundas diferencias a la hora de tratar este complejo fenómeno. Por un lado, el modelo conocido como "nórdico", que parte de las premisas abolicionistas y persigue tanto al proxeneta como al cliente. Por otro lado, el modelo laboralista, que debió flexibilizar la penalización de la figura del proxeneta para habilitar las relaciones laborales en burdeles y otros ámbitos de encuentro entre demanda y oferta de servicios sexuales. En el Mercosur, las diferencias en el tratamiento no están marcadas a fondo. Predomina el modelo que hemos catalogado como alegal (en el sentido de no regulado ni prohibido en términos generales). La excepción es Uruguay, que cuenta con una Ley que regula el trabajo sexual (Ley 17515 del año 2002). Aun así, a diferencia de lo que se señala en el Informe de la relatora especial, el modelo uruguayo no es comparable al modelo alemán. Mientras que Alemania debió modificar su Código Penal para habilitar los contratos de trabajo entre trabajadoras sexuales y propietarios de prostíbulos, en Uruguay se mantuvo la vieja legislación que persigue al proxenetismo (Ley 8080 del 1927) a lo que se suma nueva legislación sobre trata de personas con características que permiten la persecución de la

explotación sexual (Ley 19643 del 2018). Por lo tanto, no es admisible en Uruguay la relación laboral en los prostíbulos, aunque por la vía de un proxenetismo velado, la dependencia laboral es manifiesta en muchas ocasiones.

REFERENCIAS

ACNUR. Conclusiones y recomendaciones del I Congreso Internacional del Mercosur y Estados Asociados sobre Trata de Personas y Pornografía Infantil. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6442.pdf?view=1>.

Alsalem, Reem *La prostitución y la violencia contra las mujeres y las niñas: Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias*. Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 2024.

Amnesty International. *Summary: Proposed Policy on Sex Work*. 2014. <https://www.amnesty.se/upload/files/2014/04/02/Summary%20of%20proposed%20policy%20on%20sex%20work.pdf>.

CEPSJU. "Trabajo sexual y prostitución desde la mirada de las trabajadoras sexuales organizadas." *Boletín Rostro de Mujer* (2006). Accedido en 06 de noviembre de 2024. www.cepsju.org/mat_new/boletines_revis/boletin_rm_portug1.pdf.

CIDH, "Comunicado de Prensa. CIDH celebra primera audiencia sobre los derechos de las trabajadoras sexuales en América," publicado 23 de marzo, 2017, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/036.asp>.

Ciudad de Buenos Aires. Código Contravencional de la Ciudad. Boletín Oficial, 24 de octubre de 2004. Disponible en SAIJ - Código Contravencional de la Ciudad.

Comisión de Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género, Informe sobre la regulación de la prostitución en la Unión: repercusiones transfronterizas e impacto en la igualdad de género y los derechos de las mujeres A9-0240/2023, Parlamento Europeo, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0240_ES.html#_section2.

Convenio de las Naciones Unidas para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, Nueva York, 1949.

Dora Barrancos, *Feminismo, trata y nuevos tratos*. Mora, 2008.

Instituto Interamericano de Niños, Niñas y Adolescentes. *Terminología asociada a ESNNA desde la perspectiva de los derechos*. Washington: OEA, 2021. <https://www.iin.oea.org/pdf-iin/publicaciones/2021/escnna/Terminolog%C3%ADa%20asociada%20a%20la%20Explotaci%C3%B3n%20Sexual%20de%20Ni%C3%B1as,%20Ni%C3%B1os%20y%20Adolescentes.pdf>.

Jamstalldhets Myndigheten. "Sextköpslagen – från kontroversiell lag till internationell modell." Última actualización 11 de junio de 2024, 2021, <https://jamstalldhetsmyndigheten.se/aktuellt/nyheter/sextkopslagen-fran-kontroversiell-lag-till-internationell-modell/>.

López Díaz, Claudia, trad. Código Penal Alemán traducido al español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

Martínez, Pilar. "Simposio Internacional sobre Prostitución y Tráfico de Mujeres con fines de Explotación Sexual," *Dirección General de la Mujer : Consejería de Servicios Sociales*, no. 38 (2000), <https://salutsexual.sidastudi.org/es/registro/a53b7fb35a00b518015a4b8fdf11016d>.

MERCOSUR. XXIII Reunión de Ministros del Interior, Acta 01/08. https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreuniones/9308_RMI_2008_ACTA01_ES.pdf.

Parlamento Europeo. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2022, sobre la pobreza de las mujeres en Europa (2021/2170(INI)). 2022.

Parlamento Europeo. Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género (2013/2103(INI)). 2014.

Sexuality Policy Watch . "Brazilian bill legalizes and regulates prostitution." Publicado en 30 Sep. 2013, <https://sxpolitics.org/around-the-world-306/8505>.

Taberne, Eva. Tirar del nudo: Feminismos y prostitución en la Ciudad de Buenos Aires (1990-2003). Tesis de Maestría en Estudios Latinoamericanos, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación (FHCE), 2024.

UNAIDS. *UNAIDS Guidance Note on HIV and Sex Work*. Ginebra: UNAIDS, 2012. https://www.unaids.org/sites/default/files/sub_landing/files/JC2306_UNAIDS-guidance-note-HIV-sex-work_en.pdf.

Received on 31/01/2025

Approved on 26/02/2025

BARRERAS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ARGENTINA¹

Celeste Carla Dimeglio²

RESUMEN: Este trabajo analiza las múltiples barreras que enfrentan las personas con discapacidad para acceder a la justicia en Argentina, a pesar de contar con un marco jurídico progresista y la adhesión a instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). El objetivo principal es identificar y evaluar los obstáculos físicos, comunicacionales, actitudinales y procedimentales que limitan el ejercicio pleno del derecho a la justicia en condiciones de igualdad. La metodología utilizada es de tipo cualitativa y documental, basada en el análisis del marco legal argentino, informes de organismos civiles y fuentes normativas. Además, se adopta una perspectiva interseccional que considera cómo el género, la pobreza y la pertenencia a comunidades vulneradas profundizan la exclusión. Entre los principales hallazgos se encuentran la falta de accesibilidad en edificios judiciales, la escasa capacitación del personal judicial en materia de discapacidad, la carencia de intérpretes y materiales accesibles, y la persistencia de prácticas que sustituyen la voluntad de la persona, en lugar de fomentar sistemas de apoyo respetuosos de su autonomía. Se dedica una especial atención a las mujeres con discapacidad, quienes enfrentan una discriminación múltiple dentro del sistema judicial. Las consideraciones finales subrayan la urgencia de implementar medidas coordinadas entre el Estado, el poder judicial y la sociedad civil. Estas deben contemplar reformas estructurales, formación continua, generación de datos desagregados y políticas inclusivas. Solo mediante este enfoque integral será posible garantizar un acceso real y efectivo a la justicia para todas las personas con discapacidad, conforme a los principios de igualdad, autonomía y dignidad.

PALABRAS CLAVE: Acceso a la justicia; barreras; personas con discapacidad.

1. C. C. Dimeglio, "Barreras en el acceso a la justicia para las personas con discapacidad en Argentina," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 150 et seq.
2. Abogada por la Universidad del Salvador. Agente del Ministerio Público Fiscal de CABA, Argentina. Presidenta de la Asociación Civil por la Plena Inclusión y Equidad. Primer Representante Suplente del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, de la OEA. Miembro del Observatorio de Educación Inclusiva, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la USAL. Coordinadora de la Comisión de Discapacidad de la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación. Diplomado Digital de Liderazgo en Inclusión Social y Acceso a Derechos, dictado por la Escuela de Gobierno de la OEA. <https://orcid.org/0009-0000-8240-4014>.

BARRIERS IN ACCESS TO JUSTICE FOR PERSONS WITH DISABILITIES IN ARGENTINA

ABSTRACT: This paper analyzes the multiple barriers faced by persons with disabilities in accessing justice in Argentina, despite the existence of a progressive legal framework and the country's adherence to international instruments such as the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). The main objective is to identify and assess the physical, communicational, attitudinal, and procedural obstacles that limit the full exercise of the right to justice on equal terms. The methodology employed is qualitative and documentary, based on an analysis of Argentine legal frameworks, civil society reports, and normative sources. The study also adopts an intersectional perspective, considering how factors such as gender, poverty, and membership in marginalized communities exacerbate discrimination. Among the most relevant findings are the inaccessibility of judicial buildings, insufficient training of justice system personnel in disability perspectives, lack of interpreters and accessible materials, and the persistence of practices that replace the will of persons with disabilities instead of fostering supportive systems that respect their autonomy. Special attention is given to the situation of women with disabilities, who face multiple and compounded forms of discrimination within the justice system. The final considerations emphasize the urgent need to implement coordinated measures among the State, the judiciary, and civil society. These include structural reforms, ongoing professional training, collection of disaggregated data, and the development of inclusive public policies. Only through such an integrated approach will it be possible to ensure real and effective access to justice for persons with disabilities, in line with the principles of equality, autonomy, and human dignity.

KEY WORDS: Access to justice; barriers; persons with disabilities.

ÍNDICE: Introducción; 1. Marco jurídico de la cuestión; 2. Detección de barreras en el acceso a la justicia para personas con discapacidad; 2.1 Principales barreras que enfrentan las mujeres con discapacidad en el acceso a la justicia; 3. Apoyo en la Legislación Argentina; Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia es un pilar fundamental de cualquier sociedad democrática y justa, que garantiza la protección de los derechos individuales y colectivos. Reconocido como un derecho fundamental a nivel internacional y nacional, es vital para el avance y la protección de los derechos humanos. Sin embargo, las personas con discapacidad a menudo encuentran numerosos obstáculos que dificultan su capacidad de acceder a los sistemas de justicia en igualdad de condiciones con los demás.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la Agenda 2030 con el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16: Paz, Justicia e Instituciones Sólidas, pretende promover

sociedades pacíficas e inclusivas, facilitar el acceso a la justicia para toda la población y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles. Las personas de todo el mundo deben vivir libres del miedo a cualquier forma de violencia y sentirse seguras en su día a día, sea cual sea su origen étnico, religión u orientación sexual, incluidas las personas con discapacidad.

Las circunstancias de Argentina, como en el resto de los países de la región, reflejan esta realidad. A pesar de los avances en materia de legislación y políticas públicas introducidas en las últimas décadas, aún persisten importantes desafíos que impiden a las personas con discapacidad ejercer plenamente sus derechos. Estos impedimentos pueden ser físicos, comunicacionales, actitudinales o procesales, y afectan no solo a los usuarios del sistema de justicia sino también a los profesionales que operan en él.

El derecho al acceso a la justicia es un principio básico establecido por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ratificada por Argentina mediante la Ley N.º 26.378. Este derecho implica que las personas con discapacidad (PcD) deben poder ejercer sus derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación, accediendo a la justicia en todos sus niveles, incluidos los procedimientos administrativos y judiciales.

Por otra parte, la noción de "acceso a la justicia" incluida en la Convención es amplia y exhaustiva y puede ser analizada —tomando la clasificación efectuada por Francisco Bariffi—, al menos, en tres dimensiones diferentes: legal, físico y comunicacional. En la dimensión legal, los Estados Parte deben garantizar a las personas con discapacidad acceso permanente y efectivo a los procesos judiciales por derecho propio, tanto como participantes directos como indirectos. En el plano físico, los Estados Parte deben asegurarse de que todos los edificios y las sedes judiciales sean accesibles para las personas con discapacidad. Por último, en el plano comunicacional, los Estados Parte deben garantizar que toda la información relevante que se brinde a las personas con discapacidad, sea oral o escrita, esté disponible en formatos comunicacionales alternativos, tales

como la lengua de señas, Braille, o en un formato fácil de leer y comprender, así como el acceso digital.

A pesar de la implementación de esta normativa que promueve la igualdad y la no discriminación, así como de diversas políticas públicas, las personas con discapacidad en Argentina aún enfrentan importantes dificultades para acceder a la justicia. Entre los principales desafíos se encuentran la falta de accesibilidad en los juzgados, la escasa provisión de ajustes procesales y la insuficiente capacitación del personal del sistema judicial para garantizar un tratamiento adecuado a las personas con discapacidad. Estos obstáculos no solo dificultan el acceso a la justicia, sino que también disuaden a las personas con discapacidad de procurar la protección de sus derechos, reforzando así una cultura de exclusión y vulneración de derechos.

El presente artículo tiene como objetivo examinar los avances y obstáculos en la promulgación de acciones inclusivas, con especial atención al marco legal argentino y los desafíos actuales para eliminar las medidas barreras que impiden la participación efectiva de las personas con discapacidad en el sistema judicial. Se examinará el marco normativo, las políticas públicas, las prácticas institucionales y los factores sociales que influyen en el acceso a la justicia.

Se hace foco en la invisibilización de las personas con discapacidad para el sistema de justicia. Dicha barrera actitudinal se centra en la falta de capacitación que reciben los agentes tanto por la falta de oferta, como por la falta de motivación propia para conocer más sobre la perspectiva de discapacidad.

En Argentina, el principal problema de acceso a la justicia de las personas con discapacidad radica en las múltiples barreras a nivel físico, comunicacional y procesal. Entre otras, esto incluye la falta de accesibilidad dentro de los tribunales y la baja incidencia de ajustes razonables en los procesos judiciales, así como la escasa capacitación de los operadores de justicia. Como resultado, las personas con discapacidad no pueden ejercer plenamente su derecho a la justicia en igualdad de condiciones que los demás.

El presente artículo tiene como objetivo identificar y analizar las principales barreras que enfrentan las personas con discapacidad en su acceso a la justicia en Argentina. Para ello, se realizará un análisis del marco jurídico vigente, se detectarán las barreras existentes.

La importancia de este informe radica en la necesidad de garantizar que todas las personas, independientemente de su condición, puedan acceder a la justicia de manera equitativa y efectiva. Solo a través de un enfoque inclusivo y respetuoso de la diversidad se podrá avanzar hacia una sociedad más justa y equitativa.

1. MARCO JURÍDICO DE LA CUESTIÓN

El marco jurídico argentino se fundamenta en varios instrumentos nacionales e internacionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) - Este tratado establece el derecho al acceso a la justicia y obliga a los Estados a eliminar cualquier forma de discriminación; La Ley Nacional N° 26.378 - Aprobada en 2008, esta ley incorpora la CDPD al ordenamiento jurídico argentino, garantizando así derechos específicos para las personas con discapacidad; Ley N° 27.044 - Esta ley otorga jerarquía constitucional a la CDPD, asegurando su cumplimiento y promoviendo políticas públicas que faciliten el acceso a la justicia; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad - Aprobada por Argentina mediante la Ley N° 25.280, esta convención complementa la CDPD al prohibir toda forma de discriminación basada en la discapacidad. Aunque no incorpora derechos específicos como lo hace la CDPD, establece un marco normativo orientado hacia la inclusión y el respeto a los derechos humanos; Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad.

A nivel nacional, la ley marco en materia de discapacidad es la Ley N° 22.431 de 1981, complementada por la Ley N° 24.901 de 1997 sobre prestaciones básicas

en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad y el sistema de certificación de la discapacidad.

Además, el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado en 2015, introduce principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad. De forma previa, corresponde remarcar que el artículo 32 del CCCN dispone que, con respecto a los actos sobre los cuales el juez puede disponer la restricción de la capacidad de la persona protegida, se debe designar el sistema de apoyo o apoyos.

A nivel nacional, existen diversas leyes que complementan el marco internacional, como la Ley N.º 26.657 sobre Salud Mental, que establece derechos de atención integral respetuosa de la dignidad de las personas con discapacidad. También, el Programa Nacional de Asistencia a las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia ofrece servicios de apoyo, pero enfrenta desafíos en su implementación debido a la falta de recursos suficientes.

El marco jurídico argentino proporciona una base sólida para el reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, para que estos derechos se materialicen efectivamente en el acceso a la justicia, es fundamental implementar medidas concretas que eliminen las barreras existentes y promuevan un entorno inclusivo y accesible.

Guías y Protocolos: La creación de programas como ADAJUS busca fortalecer el cumplimiento de estos derechos mediante asistencia técnica y capacitación a operadores judiciales y fuerzas de seguridad.

2. DETECCIÓN DE BARRERAS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La detección de barreras en el acceso a la justicia para personas con discapacidad es un paso fundamental para garantizar que este grupo acceda a sus

derechos en condiciones de igualdad. Las barreras que enfrentan las personas con discapacidad pueden clasificarse en tipos principales:

Barreras Físicas: La falta de accesibilidad en edificios judiciales es uno de los mayores obstáculos. Muchos tribunales y oficinas no están adaptados para personas con movilidad reducida, impidiendo el libre acceso y participación. Falta de rampas, ascensores y baños accesibles en los juzgados. Es dable destacar, que mientras los lugares estén organizados y contruidos de forma que sean inaccesibles para las personas con discapacidad, se está denegando el derecho al acceso a la justicia de manera efectiva.

La indiferencia por la infraestructura inadecuada para las personas con discapacidad como la elevada altura de los mostradores de Mesa de Entradas puede constituir una barrera para aquellas personas usuarias de silla de ruedas o de baja talla al momento de consultar los expedientes y demás actos procesales propios de la procuración. Lo mismo produce la falta de confidencialidad en los lugares en los que se recibe o en los cuales la persona con discapacidad realiza sus consultas.

La ausencia de ajustes razonables para personas con discapacidad visual, auditiva o intelectual, como intérpretes de lengua de señas o materiales en formato accesible, limita su capacidad para participar de manera efectiva en los procesos judiciales y causa barreras comunicacionales.

La ausencia de intérpretes de lengua de señas o sistemas de Braille para personas con discapacidad visual o auditiva, así como el lenguaje jurídico complejo y poco claro, dificulta la comprensión de los procesos judiciales.

El modo y/o procedimiento inadecuado para brindar información a las personas con discapacidad y comunicarse con ellas produce la violación de derechos o a la posible existencia de nulidades procesales.

Por ejemplo, en causas relativas a la determinación de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad mental, intelectual, psicosocial, auditiva u otra, se ha advertido en ocasiones que, a su inicio, no se informa a la persona con discapacidad sobre su existencia o naturaleza del procedimiento y, durante

la prosecución de la causa se omite brindar información clara respecto a su alcance y efectos.

En relación con las personas con discapacidad psicosocial, se ha advertido desconocimiento por quienes han enfrentado internaciones prolongadas sobre su derecho a contar con un abogado defensor que represente sus intereses ante el juez y su equipo interdisciplinario. Ante ello, muchas internaciones transcurren sin que la persona con discapacidad psicosocial se haya vinculado con abogado alguno, ni suponga que ello constituye una vulneración de sus derechos.

El desconocimiento de las personas con discapacidad sobre sus derechos y el sistema judicial en general, los prejuicios y falta de capacitación entre algunos operadores judiciales sobre la discapacidad genera barreras de conocimiento y actitudinales: Existe un alcance limitado de servicios de asistencia, ajustes razonables y patrocinio jurídico gratuito para las personas con discapacidad durante los procesos judiciales.

Estigmas y prejuicios son producidos por la discriminación y los estereotipos negativos sobre las personas con discapacidad que pueden influir en la forma en que son tratadas en el sistema de justicia. El trato despersonalizado por parte de las personas que operan en el sistema de justicia, genera situaciones en las que las personas con discapacidad sensorial, intelectual y psicosocial no pueden identificar a la persona que la atendió o le proporcionó información. Esa falta de contacto personal de las personas que operan en el sistema de justicia con las PcD genera que no se realice un seguimiento personalizado del caso, aplicando modelos generales de actuación. En este marco, en algunas peticiones de las PcD se resuelve sin tener presente la voluntad de la persona o, en ocasiones, resolviendo aún más allá de ella.

Encontramos también indiferencia respecto de la adopción de ajustes razonables para el desarrollo de las audiencias/entrevistas o actos en condiciones de igualdad y ante la situación de discapacidad para la fijación del horario de la audiencia y respecto de la inadecuación o inaccesibilidad de la sala de audiencias o lugar de la comparecencia.

Muchas veces el llamado a viva voz, en el pasillo de ingreso al organismo, presuponiendo que todas las personas se hallan en idéntica situación y pueden comprender lo que se está informando, constituye un obstáculo para la persona con discapacidad.

También se reconocen barreras cognitivas dadas por la complejidad del lenguaje legal y la falta de recursos para explicar los procedimientos de manera clara y sencilla.

Otras barreras son procedimentales. La falta de ajustes de procedimiento, como la adaptación de las formalidades del proceso judicial para las personas con discapacidad, es otra barrera significativa. Esto incluye la ausencia de formación adecuada para jueces y operadores judiciales sobre la correcta implementación de estos ajustes. La falta de capacitación sobre la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad y la perspectiva de discapacidad y los ajustes de procedimiento adecuados conducen a sentencias que restringen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Las disposiciones legales que permiten la privación de libertad de las personas con discapacidad sin un debido proceso violan sus derechos.

También hay una falta de datos desagregados. La información sobre el número de personas con discapacidad en situación de privación de libertad es insuficiente, lo que dificulta la toma de decisiones basada en evidencia.

Respecto a las notificaciones judiciales se observa la omisión de un formato adecuado que asegure que la persona con discapacidad tome conocimiento de su contenido en condiciones de igualdad. Las notificaciones no resultan claras en su lenguaje. Asimismo, se observa la falta de notificación personal al interesado.

Se advierte que en los casos de las internaciones involuntarias de personas con discapacidad psicosocial o de residencia institucionalizada de personas con otras discapacidades, las cédulas de notificación personales no siempre son entregadas directamente a la persona interesada, sino que se dejan en la institución, sin constatar que la persona involucrada la reciba personalmente. Inclusive, en los casos en que esta notificación se realiza de manera personal, se

advierte que las personas con discapacidad psicosocial, intelectual o auditiva pueden no comprender lo que se les está notificando, lo que dependerá de la mediación utilizada.

La adopción de resoluciones que afectan derechos fundamentales de las personas con discapacidad, sin tener contacto previo con ellas, constituye un obstáculo para las ellas. A modo de ejemplo, se ha advertido que, al inicio de los procesos sobre capacidad jurídica, se ha procedido a la inhabilitación de los bienes, antes de mantener contacto con la persona con discapacidad.

En muchas oportunidades se advierte que ante pedidos por parte de las personas con discapacidad (psicosocial, intelectual, sensorial y física) se exigen todos los recaudos formales propios del proceso, sin considerar la aplicación de ajustes razonables previo a darle trámite a las peticiones efectuadas. Se advierte, en el caso de las medidas que implican una internación involuntaria o privación de la libertad para las personas con discapacidad —psicosocial, intelectual y auditiva—, que los organismos judiciales en muchas oportunidades no actúan con la debida urgencia para adoptar las medidas y garantías establecidas por ley. Se advierte, en la mayoría de los casos, escasa presencia de las personas que operan en el sistema de justicia, en las instituciones donde se encuentran alojadas/internadas personas con algunas discapacidades. Se advierte una resistencia por parte de las personas que operan en el sistema de justicia para poner en práctica la normativa que establece limitaciones a la discrecionalidad judicial para restringir la capacidad jurídica y para aplicar el modelo de toma de decisiones con apoyo establecido en la Convención.

Se ha advertido que, en ocasiones, cuando una persona con discapacidad psicosocial, intelectual o auditiva es declarada inimputable en un proceso penal, no se aplica procedimiento alguno en el que se respeten las garantías del debido proceso y se le priva inmediatamente de la libertad mediante la imposición de medidas de seguridad sin determinación temporal de la restricción, y sin acreditar, si quiera, su vinculación con el hecho.

Es usual que, si la persona pudiese tener discapacidad, los operadores buscan reducir la investigación al juicio de inimputabilidad, sin analizar previamente si el hecho realmente ocurrió, si la persona participó en su ejecución y si la conducta fue, además, típica y antijurídica. Ello reviste trascendencia y gravedad cuando se impone como consecuencia del juicio de inimputabilidad, una medida de seguridad restrictiva de la libertad, privándose a la persona con discapacidad de su derecho a plantear, por ejemplo, su participación en el hecho o el haber actuado en legítima defensa y de obtener una absolución sin consecuencias. En correlato con lo manifestado precedentemente, suele ocurrir que los operadores también restan importancia al análisis de la capacidad procesal para estar en juicio. Por ello es preciso remover las prácticas prejuiciosas y estereotipadas (tanto de los cuerpos periciales como de las personas que operan en el sistema judicial) que asocian un diagnóstico médico en el campo de la salud mental con la presunción de que esa persona no puede conocer y comprender la criminalidad del acto.

Según el Informe alternativo sobre el cumplimiento de la Convención de las Personas con Discapacidad presentado por la sociedad civil (<https://redi.org.ar/informes-para-naciones-unidas>) las barreras que identifican en los artículos 12, 13 y 14 son:

Artículo 12: "Igual reconocimiento como persona ante la ley".

Si bien se registran algunos avances normativos, dichas reformas legales no respetan plenamente los estándares establecidos por el Comité. El Código Civil y Comercial de la Nación incorpora la figura de los sistemas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, pero se mantienen en algunos casos la figura de la curatela. En los procesos de determinación de la capacidad jurídica sigue teniendo un enorme peso el diagnóstico de la persona y no existen protocolos de valoración de apoyos que promuevan un trabajo respetuoso del derecho a la capacidad jurídica. Cabe agregar que muchos de estos procesos judiciales no se vinculan con la designación de apoyos de confianza para actos jurídicos

concretos, sino en la enumeración de derechos que son restringidos y que no siempre tienen correlación con la vida de las personas.

Por otra parte, persiste la inexistencia de salvaguardias en las sentencias judiciales, por lo que no se garantizan mecanismos ágiles para que las personas puedan denunciar que sus apoyos no están respetando sus deseos y preferencias. Nada impide que en la práctica los apoyos sustituyan la voluntad de las personas.

Si bien se avanzó en la revisión periódica de las sentencias de declaración de insania o inhabilitación dictadas según el régimen anterior, en muchos casos las nuevas sentencias siguen fundándose conceptualmente en el modelo de curatela. (...)

Artículo 13: "Acceso a la justicia"

El acceso a la justicia de las PcD se ve afectado por la ausencia de suficientes servicios de asesoramiento, asistencia y patrocinio jurídico gratuito. Asimismo, los pocos que hay exhiben falencia. Se destaca la distancia en la que se encuentran; la falta de infraestructura e información accesible; realizan un asesoramiento preliminar sin poder representar en juicio; exigen el requisito de pobreza extrema como condición para asistir a las PcD; no cuentan con personal formado en el modelo social de la discapacidad. En muchos casos, las PcD son derivadas de un organismo a otro sin respuestas y son las organizaciones de la sociedad civil las que intentan sustituir la inacción de los entes públicos. Aunado a ello, se verifica la inexistencia de accesibilidad para personas sordas mediante facilitadores de comunicación e intérpretes de lengua de señas. Tampoco se conoce que se haya avanzado el registro único de intérpretes de lengua de señas, mencionado en el Informe País.

El Programa ADAJUS del Ministerio de Justicia de DDHH³ sigue sin contar con los recursos suficientes para facilitar el acceso a la justicia, a pesar de las mejoras no comprobadas a las que alude el Informe País.

3. Es el programa del Ministerio de Justicia que se encarga de velar que se cumplan en el ámbito judicial los derechos de las personas con discapacidad. Un equipo interdisciplinario interviene en diferentes situaciones como auxiliar de la Justicia. Acceso a la Justicia de las personas con

En el plano normativo, si bien el Código Civil y Comercial de la Nación ⁴incorpora la figura de los ajustes de procedimiento en los procesos de determinación de la capacidad jurídica, no se han llevado a cabo reformas procesales a nivel provincial que garanticen los ajustes de procedimientos e incorporen los estándares de la Convención. También mantienen la posibilidad de suspender los procesos judiciales si se considera que la persona tiene una incapacidad sobreviniente. La consecuencia de ello no solo repercute en el derecho de la persona a ser juzgada en un plazo razonable con los ajustes de procedimiento que se requieran, sino también que la persona puede ser privada de su libertad con fundamentos basados en la peligrosidad, bajo medidas de seguridad.

Cabe decir que, en algunas instituciones y organismo locales se están realizando capacitaciones para lograr obtener una atención adecuada a las personas con discapacidad. Sin embargo, es un proceso demasiado lento que requiere de mayor celeridad y transversalidad para allanar las barreras existentes.

Artículo 14: "Libertad y Seguridad de la Persona"

La legislación penal y procesal del país no cumple con los estándares referidos en la Convención. El artículo 34 inc. 1 del Código Penal⁵ continúa permitiendo la privación de la libertad de las personas con discapacidad acusadas de un delito sobre la base del criterio de peligrosidad. En ese sentido, el Código Penal habilita el dictado de medidas de seguridad contra las personas con discapacidad que han sido declaradas inimputables, las cuales se dictan sin un tiempo determinado y sin asegurar las garantías mínimas del debido proceso penal.

La legislación procesal penal prevé otras figuras problemáticas que habilitan la privación de la libertad de personas con discapacidad justificadas en el criterio de peligrosidad. Además, el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos

discapacidad. Formato de lectura fácil por Claudio Marcelo Alderete, 5 de Noviembre de 2015, www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF150818.

4. Argentina, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ley N° 26.994 (Texto ordenado 2023), arts. 32 y 43, Infoleg, consultado el 10 de febrero de 2025, <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>.
5. Argentina, *Código Penal de la Nación* Ley 11.179 (Texto actualizado 1984), art. 34, InfoLEG, consultado el 15 d febrero de 2025. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

Aires en su art. 63 ⁶regula la figura de la incapacidad sobreviniente al proceso y permite su suspensión y la internación fundada en el criterio de peligrosidad. En este caso estamos frente a personas que probablemente no sean declaradas inimputables, pero pueden recibir una respuesta judicial con consecuencias similares. En virtud de estos institutos, en las unidades penitenciarias que alojan personas con discapacidad intelectual o psicosocial no solo hay personas declaradas inimputables a las que se les aplica una medida de seguridad sino también personas con otras figuras o situaciones procesales fundadas en el criterio de peligrosidad.

2.1 Principales barreras que enfrentan las mujeres con discapacidad en el acceso a la justicia

Las mujeres con discapacidad enfrentan diferentes barreras arquitectónicas, barreras comunicacionales y barreras actitudinales, que en muchas ocasiones se traducen en la vulneración del derecho al acceso a la justicia. Dichas barreras emergen cuando:

a) Las mujeres con discapacidad buscan información o quieren aprender cómo funciona el sistema de justicia. La información sobre derechos humanos, el sistema legal, y la manera en que se pueden reivindicar dichos derechos raramente se encuentran diseñadas con perspectiva de género, ni se encuentran disponibles en formato accesible para mujeres con discapacidad.

b) Las organizaciones de personas con discapacidad defienden los derechos relativos a la discapacidad. El lema “nada sobre nosotros y nosotras sin nosotros y nosotras”, que se encuentra reflejado expresamente en la CDPD, no logra plasmarse en los procedimientos, políticas y leyes relativas al acceso a la justicia en lo que se refiere a las mujeres con discapacidad. Ello como consecuencia de la falta de medidas que garanticen la participación del colectivo en estos

6. Artículo 63 del Código Procesal Penal de Buenos Aires – Comentado”, *Leyes-ar.com*, 21 de abril de 2015, consultado el 16 de febrero de 2025, https://leyes-ar.com/codigo_procesal_penal_buenos_aires/63.htm.

procesos, como así también la falta de enfoque de género en aquellos pocos casos en que las asociaciones acceden a dicha participación.

c) Enfrentan barreras como justiciables de manera individual. Disponibilidad, asequibilidad y adaptabilidad son los tres principales desafíos para la obtención de asistencia legal que deben enfrentar las personas en situación de vulnerabilidad. Una cuarta barrera en este caso es la falta de conocimiento por parte de los y las profesionales del derecho respecto del modo de trabajar con clientes con discapacidad, y la falta de conocimiento respecto de las cuestiones legales que enfrentan las mujeres con discapacidad (generalmente en las facultades de derecho no se tiene presente de manera transversal las cuestiones de género, ni se capacita a los y las estudiantes respecto del Derecho de la Discapacidad ni tampoco sobre el modo de tratar a clientes con discapacidad). Sumado a ello, el componente de la pobreza, que es bastante común a mujeres con discapacidad, impide el acceso a la justicia porque no pueden afrontar los gastos que ello implica. De este modo, el acceso a la justicia desaparece si no hay acceso a una asistencia legal gratuita.

d) Actúan en calidad de abogadas. Si bien es cierto que no se cuenta con muchas abogadas con discapacidad debido a la exclusión histórica que ha sufrido este colectivo en el ámbito educativo y mucho más el universitario (falta de accesibilidad, de ajustes razonables en razón de género y de discapacidad, entre otras circunstancias); este camino de discriminación y exclusión se mantiene a la hora del ejercicio de la profesión.

e) Se encuentran privadas de libertad. Ni las cárceles ni el resto del sistema penitenciario se encuentran accesibles ni se adoptan los ajustes razonables que requiere la condición de género y de discapacidad, a fin de garantizar que las mujeres con discapacidad no sean discriminadas dentro del sistema penal.

f) Son víctimas de un crimen. Los pocos datos con los que se cuenta no dejan duda de que las mujeres no solo se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad como víctimas de crímenes, sino que una vez que ello sucede el sistema policial y de justicia está lejos de remediar dicha situación. Inaccesi-

bilidad, falta de capacitación para tratar a mujeres víctimas con discapacidad, falta de perspectiva de género, falta de disponibilidad de intérprete de lengua de señas, de medios alternativos de comunicación y un largo etcétera, demuestran una situación de clara discriminación y de doble victimización manifiesta.

g) Son víctimas de violencia de género o de abusos. Las mujeres con discapacidad tienen mayor predisposición a sufrir violencia de género y abusos, y mayores dificultades para acceder a la información y para denunciar dichas situaciones. Esa dificultad o imposibilidad no se debe solo a barreras arquitectónicas y/o comunicacionales, sino también a razones psicológicas, porque en muchas ocasiones la persona que maltrata es quien ejerce el papel de cuidadora y/o asistente. El sistema de recepción de este tipo de denuncias debe encontrarse preparado para incluir esta especificidad, y las herramientas que brinde deben incluir la perspectiva de discapacidad. Esto incluye, entre muchas otras cuestiones, que las casas de acogida de víctimas de este tipo de violencia sean accesibles tanto desde el aspecto arquitectónico como desde el comunicacional y el actitudinal referido a la capacitación de personal.

h) Las sentencias judiciales que recién ahora tienen en cuenta la perspectiva de género, pero no así el modelo social de discapacidad e ignoran el contenido de los derechos reconocidos en la CDPD y la CEDM. En este caso, las disposiciones que expresan dichas sentencias son barreras actitudinales muy fuertes, que terminan dejando obsoleto lo previamente adquirido al momento del compromiso de otras instancias estatales en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, es importante destacar que las obligaciones asumidas a través de un Tratado internacional de derechos humanos son autoejecutables y si no pueden ser aplicadas de manera instantánea, los Estados deben adoptar las medidas legales o de otro carácter —y entre esas medidas de otro carácter están las sentencias judiciales— que permitan trasladar a la realidad dichos compromisos.

3. APOYO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Respecto a la capacidad jurídica, "Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN). La capacidad jurídica de forma previa, corresponde remarcar que el artículo 32 del CCCN⁷ dispone que, con respecto a los actos sobre los cuales el juez puede disponer la restricción de la capacidad de la persona protegida, se debe designar el sistema de apoyo o apoyos necesarios, "especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona." Asimismo, "el o los apoyos designados deben promover a la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida" y, por otra parte, el art. 33 del Código de fondo establece quiénes son los sujetos legitimados para solicitar la determinación de la capacidad civil de una persona.

Ello se condice con las disposiciones previstas en los artículos 2, 5, 12 incs. 2° y 4° de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), incorporada a nuestro sistema por la Ley N° 26.378.

El reconocido jurista argentino Lorenzetti, ha señalado que

teniendo en cuenta el propósito que justifica la existencia y el diseño de las medidas de apoyo, la función será fundamentalmente de asistencia. Dicha asistencia podrá tener diversos grados. En casos excepcionales, la función de apoyo podrá ser de representación para algún acto determinado (cfr. art. 101, inc.), esto deberá estar debidamente justificado, y establecidas las salvaguardias para que dicha representación sea ejercida de conformidad con las reglas generales previstas en este Código (cfr. art. 31) y que el acto refleje y favorezca las decisiones que respondan a los deseos, preferencias y narrativa de la vida de la persona.⁸

Es así como el juez debe garantizar a la persona el acceso al apoyo que pueda requerir para facilitarle la toma de decisiones relativas a su persona, el ejercicio de derechos personales, la administración de sus bienes y la celebración de

7. Artículo 32 del Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado", *LeyFácil*, comentario publicado el 21 de abril de 2015, consultado el 16 de febrero 2025, <https://leyfacil.com.ar/codigo-civil-y-comercial/articulo-32/>.

8. Ricardo Luis Lorenzetti (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. I (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014), 150.

actos jurídicos en general. El artículo 43 del CCCN⁹ prevé un sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad y un sistema de apoyo para la toma de decisiones (SATD).

Conforme dicha norma “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.”¹⁰

La prestación de apoyo es un mecanismo integral perfilado por la CDPD para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de las personas, “en todos los aspectos de la vida” (art. 12 inc. 2° CDPD). El sistema de apoyo debe ser diseñado a partir de las necesidades y circunstancias concretas de la persona (crf. Art. 12). Puede ser individual o colectivo. Así, puede conformarse a través de un asistente personal, un familiar o red de familiares, un allegado o red de allegados, una asociación, una institución oficial, o cualquier otra opción que pueda propiciar al objeto de su función, que no es otra que la promoción de la autonomía y la protección y el ejercicio de sus derechos.

El Código da un paso más y crea directamente la figura de apoyo con las funciones asignadas.

Si bien los sistemas de apoyo pueden conformarse a través de diferentes modalidades (asesoramiento, interpretación, contención, codecisión, o incluso, en casos excepcionales, representación) el elemento trascendental del modelo de apoyos radica en su filosofía subyacente, que se materializa en el interés jurídico protegido, esto es: la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona. El foco se centra en procurar dotar a la persona de las herramientas

9. Artículo 43 del Código Civil y Comercial - Comentado”, *Leyes-ar.com*, 24 de abril de 2015, consultado el 17 de febrero de 2025, https://leyes-ar.com/codigo_civil_y_comercial/43.htm.

10. Artículo 43 del Código Civil y Comercial - Comentado”, *Leyes-ar.com*.

y los apoyos necesarios para que ella misma pueda tomar la decisión y ejercer sus derechos desde parámetros propios.¹¹

Las medidas de apoyo podrán ser diferentes según las necesidades de la persona para el tipo de acto o actos a celebrar y/o los derechos implicados.

Así, puede establecerse que para la celebración de determinados actos jurídicos se requiera que el apoyo exprese haber asistido a la persona para la comprensión de las consecuencias o implicancias de dicho acto para su vida (voluntad integradora); que el apoyo pueda asistir a la persona en la manifestación de su voluntad o intención; que la persona de apoyo asiente o complemente la voluntad de la persona con capacidad restringida; o, excepcionalmente, que el apoyo realice una acción de representación de la persona para un acto puntualmente determinado o en un momento determinado (cfr. art. 101 inc. c), en cuyo caso la representación no deberá ser sustitutiva. Es decir, en algunos casos el apoyo sólo asiste a la persona para que pueda realizarse el acto, en otros debe necesariamente participar en la conformación del acto jurídico (lo integra), en otros más incluso puede participar en calidad de codecisor, y en otros, los menos, en calidad de representante, pero sin perder de vista su función y propósito.

CONSIDERACIONES FINALES

El análisis del acceso a la justicia para las personas con discapacidad en Argentina revela un panorama complejo, donde a pesar de contar con un marco jurídico robusto y progresista, persisten múltiples barreras que limitan la efectividad de los derechos consagrados. La ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la incorporación de sus principios en la legislación nacional son pasos significativos hacia la inclusión, pero su implementación efectiva sigue siendo un desafío.

Las barreras físicas, comunicacionales, de conocimiento y actitudinales y procedimentales identificadas en este informe subrayan la necesidad urgente

11. Patricia Cuenca Gómez, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español," *Revista Derechos y Libertades*, no. 24, Época II (enero 2014): 221-25.

de adoptar medidas concretas que faciliten el acceso a la justicia. Es fundamental que los edificios judiciales sean accesibles, que se ofrezcan recursos adecuados para la comunicación y que se fomente una cultura de respeto y dignidad hacia las personas con discapacidad dentro del sistema judicial. La capacitación continua de los operadores judiciales es esencial para garantizar que comprendan y apliquen correctamente las normativas vigentes.

Además, es crucial promover la sensibilización en la sociedad en general sobre los derechos de las personas con discapacidad, así como fomentar su participación activa en los procesos judiciales. Esto no solo contribuirá a una justicia más equitativa, sino que también fortalecerá el tejido social al reconocer y valorar la diversidad.

Es imperativo armonizar la legislación con la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, garantizar la accesibilidad información, capacitar adecuadamente a los operadores de justicia, implementar servicios de asistencia y ajustes razonables, y recolectar datos desagregados para una mejor comprensión y abordaje de las necesidades de las personas con discapacidad en el sistema de justicia.

El Estado parte debe adoptar medidas urgentes, a través de políticas públicas concretas, para eliminar estas barreras y asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, de acuerdo con los principios de la Convención y los estándares internacionales de derechos humanos.

Se suma además un nuevo elemento a considerar, la interseccionalidad entre la discapacidad y el género, la raza, la clase, entre otras identidades; como condiciones que se superponen y que en ocasiones constituyen un mayor prejuicio, como ser una persona de pueblos originarios y con discapacidad intelectual, una mujer sorda o un migrante ciego. Asimismo, el tema de la interseccionalidad representa un gran desafío para nuestros países. La toma de conciencia y la capacitación es la primera medida para la eliminación de barreras actitudinales. Para ello, se requiere de una reforma institucional de fondo, que supone

asegurar que la investigación y el análisis legal incluyan el enfoque de género y de discapacidad conforme los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en especial, la CDPD y la CEDM). Que se revise la legislación a través de dicha mirada. Que se eliminen las prácticas, las políticas, las regulaciones y la legislación discriminatoria que, de manera directa o indirecta, intencionada o no, restrinja o impida que las mujeres con discapacidad actúen en calidad de testigos, jurados, abogadas, juezas.

Que se capacite a profesionales y auxiliares de la justicia. Que se incluya de manera transversal la perspectiva de discapacidad y de género en los programas de formación, capacitación y desarrollo profesional judicial y también policial y penitenciario.

Contamos con las normas necesarias, los programas, el compromiso de quienes integran el sistema de justicia. Probablemente, el mayor desafío sea la articulación de las acciones y programas ya existentes, para fundir ambas perspectivas, la de género y la de discapacidad. Estas reflexiones aspiran a poner el acento en la imperiosa necesidad de incluir ambas miradas

El acceso a la justicia es un derecho que debe ser garantizado para todas las personas, sin excepción. Para lograrlo, es imperativo que se implementen políticas públicas efectivas y se realicen esfuerzos coordinados entre el Estado, la sociedad civil y las organizaciones que trabajan en defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Solo así se podrá construir un sistema judicial verdaderamente inclusivo y accesible, donde cada individuo pueda ejercer sus derechos en igualdad de condiciones.

En el Código Civil y Comercial de la Nación se entiende que la discapacidad que una persona pueda tener no trae aparejada necesariamente una restricción a su capacidad jurídica, sino simplemente puede verse limitada en cuanto a cuestiones que tienen más que ver con lo social. Así, el Código de fondo se ajusta a los principios de la Convención sobre las Personas con Discapacidad en relación deja establecida la presunción de capacidad de todas las personas, incluyendo a quienes estuviesen internadas en algún centro especializado.

Para concluir, debemos señalar que para respetar verdaderamente el derecho es imprescindible entender que fue menester crear una Convención específica sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad, y no sólo dejar englobado el derecho de los susodichos en convenciones anteriores que tocaban el tema, pero no con la profundidad que tiene una convención propia para el caso. Por lo que podemos entender que, si fue necesaria la creación de una Convención específica para las Personas con Discapacidad, es necesario también el establecimiento de espacios de Apoyo para las personas con Discapacidad, que se sumen a los espacios que protegen los derechos de los más vulnerables.

Por ello, consideramos que la sociedad debe adaptarse a un nuevo cambio de paradigma respecto de la discapacidad, hacer que la sociedad se adapte y no que las personas con discapacidad deban ser sustituidas en su voluntad.

REFERENCIAS

Argentina. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Ley N° 26.994 (Texto ordenado 2023). InfoLEG. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>.

Argentina. *Código de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires*. Ley N° 451 (Texto actualizado 2023). InfoLEG. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

Artículo 32 del Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado. *LeyFácil*. <https://leyfacil.com.ar/codigo-civil-y-comercial/articulo-32/>.

Artículo 43 del Código Civil y Comercial – Comentado. *Leyes-ar.com*. https://leyes-ar.com/codigo_civil_y_comercial/43.htm.

Artículo 63 del Código Procesal Penal de Buenos Aires – Comentado. *Leyes-ar.com*. https://leyes-ar.com/codigo_procesal_penal_buenos_aires/63.htm.

Lorenzetti, Ricardo Luis, dir. 2014. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Vol. 1. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Cuenca Gómez, Patricia. "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español." *Revista Derechos y Libertades*, no. 24, Época II (enero 2014): 221-25.

Received on 16/03/2025

Approved on 18/05/2025

LA ACCESIBILIDAD URBANA PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

una arquitectura inteligente como derecho humano a la movilidad¹

Angel Oscar Piazza²

RESUMEN: Este artículo pretende abordar la importancia de la accesibilidad urbana para las personas con discapacidad. El poder desplazarse en la vía pública con seguridad y libertad, evitando accidentes, costos adicionales y demoras. Es fundamental la posibilidad de acceder a escuelas, centros de salud, espectáculos deportivos, parques públicos, espacios al aire libre, etc. La igualdad entre los seres humanos y la no discriminación incluye la chance de tomar un transporte público (bus, taxi, tren, metro, etc.) hacia un lugar de trabajo o simplemente recorrer el espacio de carácter público o privado. Visitar a los seres queridos es un derecho humano. Se analizan cifras que nos dan cuenta de la magnitud porcentual de las personas con discapacidad en la población mundial. Con simples comparaciones, se advierte que, en el año 2050, un creciente número de personas con discapacidad deberán ser tomadas en cuenta al momento de diseñar las ciudades, sus aceras, sus caminos, puentes, entradas y salidas de edificios, centros comerciales, edificios de la Administración Pública y tantos otros ejemplos. La prioridad en la accesibilidad no debe agotarse en la instalación de rampas o ascensores, sino en pensar el desplazamiento para todos los tipos de discapacidad que existen, sea motriz, visual, auditiva, visceral o intelectual o mental. Con el foco puesto en lo que podría modificarse para que una ciudad cosmopolita como es, Buenos Aires (Capital Federal), asociada también a la cultura y la educación, sea un ejemplo de buenas prácticas en materia de accesibilidad urbana e idiosincrasia de las futuras generaciones. Para el siguiente trabajo se utilizó como metodología la recopilación de datos de fuentes oficiales tanto locales (fuentes argentinas) como internacionales. Se comparó con la normativa local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y se tomó nota de los obstáculos en el ámbito urbano. El autor es padre de una persona con discapacidad y como abogado, discapacidad y accesibilidad.

PALABRAS CLAVE: Accesibilidad urbana; personas con discapacidad; Ciudad Autónoma de Buenos Aires

1. A. O. Piazza, "La accesibilidad urbana para las personas con discapacidad: una arquitectura inteligente como derecho humano a la movilidad," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 172 et seq.
2. Abogado pela Universidad de Buenos Aires, matriculado en el Colegio Público de la Abogacía de la Ciudad de Buenos Aires. Cuenta con experiencia profesional en el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Docente en la Universidad del Salvador (USAL) desde 2005 hasta la actualidad. Posee un posgrado en la Procuración de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y especialización en Abogacía Estatal, Local y Federal. Actualmente cursa una Maestría en Ciencias de la Legislación. <https://orcid.org/0009-0001-1434-6964>.

THE URBAN ACCESSIBILITY FOR PEOPLE WITH DISABILITIES: AN INTELLIGENT ARCHITECTURE AS A HUMAN RIGHT TO MOBILITY

ABSTRACT: This article aims to address the importance of urban accessibility for people with disability or handicapped. Being able to navigate safely on public roads, avoiding accidents, additional costs, and delays, is essential for accessing schools, health centers, sporting events, stadiums, etc. Equality and non-discrimination include the opportunity to take public transportation (by bus, taxi, train, metro, etc.) to work or simply to walk in public or private spaces. Figures are analyzed that show the percentage of people with disabilities in the global population. Amazing figures. Simple comparisons show us that by 2050, a growing number of people with disabilities will need to be taken into account when designing cities, their sidewalks and roads, bridges, building entrances and exits, shopping centers, public administration facilities, and many other examples. The priority for accessibility should not be limited to the installation of ramps or elevators, but rather to considering mobility for all types of disabilities, whether they are of any kind: motor, visual, auditory, visceral, intellectual, or mental. With a focus on what could be changed to make a cosmopolitan city like Buenos Aires, also associated with culture and education, a model of good practices in urban accessibility.

KEYWORDS: Urban accessibility; people with disabilities; City of Buenos Aires.

ÍNDICE: Introducción; 1. La cuestión en la República Argentina; 2. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2.1 Accesibilidad al entorno urbano; 2.2 ¿Qué necesita una persona con discapacidad en la Ciudad de Buenos Aires? 2.3 El Código de Edificación de la Ciudad; 3. Las cuestiones pendientes; Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

El mundo tiene una población estimada cercana a los 8100 millones de personas. Y se estima que el 15% al menos tiene algún tipo de discapacidad. La cifra por lo tanto asciende a más de 1200 millones de personas.³ De ese porcentaje, aproximadamente el 80% vive en países en vías de desarrollo. Es decir, 960 millones de personas.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), estimó en el año 2023, que 1 de cada 6 personas en todo el mundo sufre algún tipo de discapacidad importante.⁴ Otros cálculos, incluso ubican ese porcentaje, en el 16 por ciento.

3. Naciones Unidas, "Población," sitio web oficial de las Naciones Unidas, consultado el 28.05.2025, <https://www.un.org/es/global-issues/population>.

4. Organización Mundial de la Salud (OMS), "Discapacidad y salud," hoja informativa, sitio web de la OMS, consultado el 28.05.2025, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>.

La población global estimada para el año 2050 es de 9700 millones, con lo cual, el 16 por ciento, sería equivalente 1552 millones de personas con discapacidad. Es decir, que, en 25 años, tras una generación ya podría visualizarse esta proyección.

El número de personas con discapacidad en 2050, equivaldría a la población actual de Europa (448 millones⁵ con el 75% viviendo en ciudades grandes, más pequeñas y suburbanas), los Estados Unidos de América (341 millones⁶), América Latina y el Caribe (663 millones)⁷ y Japón (124 millones)⁸. La suma totaliza 1576 millones de personas para el período 2024.

¿Cuántos continentes hay en el mundo? No hay consenso universal, dependiendo del país de enseñanza. Para estas líneas, podemos suponer que hay siete, África, América del Norte, América Del Sur,⁹ Antártida, Asia, Europa y Oceanía.

En base a dichos cálculos tendríamos casi tres continentes y un país relevante de Asia, cuya población actual tendría algún tipo de discapacidad, dentro de 25 años.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, tiene cinco miembros permanentes: China (1425 millones), Francia (68.5 millones), Federación de Rusia (145 millones), el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (69 millones) y los Estados Unidos de América (341 millones).

Por ende, para llegar a la cifra de personas con discapacidad proyectada para el año 2050, de 1552 millones aproximadamente, podríamos sumar China, más Francia y el Reino Unido de Gran Bretaña a Irlanda del Norte (1562,50). O

5. Unión Europea, "Datos y cifras de la Unión Europea," sitio web oficial de la Unión Europea, consultado el 28.05.2025, <https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/facts-and-figures-european-union/es>.
6. Oficina del Censo de los Estados Unidos, "Año Nuevo, Nueva Población: Estimaciones de la Población para 2024," artículo en línea, consultado el 27.05.2025 <https://www.census.gov/library/stories/2024/12/new-year-population.html>.
7. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), "El crecimiento poblacional de América Latina y el Caribe cae por debajo de las expectativas: la población total alcanzará su máximo en 2058," comunicado de prensa, consultado el 26.05.2025, <https://www.cepal.org/es/comunicados/crecimiento-poblacional-america-latina-caribe-cae-debajo-expectativas-la-poblacion-total>.
8. Banco Mundial, "Población total - Japón" (indicador SP.POP.TOTL), base de datos en línea, consultado el 26.05.2025 <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL?locations=JP>.
9. En algunas concepciones geográficas, América del Norte y del Sur, son un sólo continente.

sumar cuatro de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad y multiplicar el total por 2.5 veces.

La idea de realizar estos cálculos teóricos basados en cifras poblacionales es para que tomemos conciencia, que la discapacidad no es una rareza. Es una realidad y que involucra a millones de personas, que así visualizado es diferente el escenario.

El proceso de urbanización se fortalece, por ende, es razonable deducir que la mayor parte de las personas con discapacidad estarán habitando en los centros urbanos. En las ciudades se concentra la administración central de los servicios de salud y sanitarios, así como la mayor oferta educativa y laboral.

Es importante recordar, que cualquier persona puede pertenecer a este grupo colectivo, sin previo aviso. Sin importar, si la discapacidad sea de nacimiento o adquirida durante el transcurso de la vida.

No es posible desechar la chance que, a consecuencia de accidentes, enfermedades, infecciones o desastres naturales, como inundaciones, tornados, incendios urbanos o forestales, explosiones, actos violentos de cualquier naturaleza, o incluso conflictos bélicos, la discapacidad sea una realidad.

Las fuerzas de seguridad y policiales, así como los equipos de salvamento y rescate deben estar especialmente entrenados para enfrentarse a emergencias que incluyan personas con discapacidad.

Es probable, que algunas personas vulnerables ante una emergencia no respondan con la espontaneidad, rapidez mental y templanza esperada. Para ello, deben prepararse los equipos y coordinar la asistencia, que demandará pericia profesional, empatía humana y vocación de servicio por el prójimo.

1. LA CUESTIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

La Constitución Nacional Argentina, en su última reforma en el año 1994, en su artículo 75, inc. 23, establece que entre las atribuciones del Congreso, está la de "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos

reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

La República Argentina por Ley Nacional N° 26.378 (2008) aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo conforme Resolución de la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006. La Convención es hoy operativa como cualquier otra norma y por ende, susceptible de reclamarse su cumplimiento ante los tribunales y el Estado argentino.

El artículo 1° de la Ley Nacional N° 27.044 (2014) otorgó jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por ende, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es parte de la Constitución Nacional argentina y cualquier habitante puede exigir el cumplimiento de sus términos a las autoridades.

2. LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

2.1 Accesibilidad al entorno urbano

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, habitan 3.000.000 de personas en forma permanente y otras tantas, transitan a diario. La Ciudad, es el Distrito Federal, Capital de la República Argentina.

Según cifras oficiales, en un estudio del año 2018, se publicó que en la Ciudad de Buenos Aires habita, al menos, una persona con discapacidad cada 6. Es decir, podría afirmarse que unas 16 personas, de cada 100, que residen en hogares de la Ciudad habita una persona con algún tipo de discapacidad.¹⁰

2.2 ¿Qué necesita una persona con discapacidad en la Ciudad de Buenos Aires?

10. Dirección General de Estadística y Censos, *Población con discapacidad. Indicadores sociodemográficos de la Ciudad de Buenos Aires. Año 2019* (Buenos Aires: Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022), consultado el 20.05.2025, https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2022/05/poblacion_discapacidad_I3_2019.pdf.

Al igual que en otras urbes, la accesibilidad urbana es un tema a tratar en la agenda del desarrollo urbano. No sólo la vivienda, sino todo el entorno. Una accesibilidad inteligente, le permitirá a la persona con discapacidad ingresar, moverse y salir sin obstáculos de espacios públicos y privados, acceder a los medios de transporte y ser autónomo. Para aquellos casos donde la discapacidad no es simplemente motriz, sino intelectual o mental, también la accesibilidad urbana permitirá el acceso directo a centros médicos, hospitales, edificios administrativos o educativos, incluso recreativos.

El Código Civil y Comercial de la Nación, que rige en la Ciudad y en el país, hace referencia a la propiedad horizontal. Lo que, en otros países, se conoce como condominios. La Ciudad de Buenos Aires, es por amplio margen, el lugar con más edificios construidos y habitados de la Argentina. En una superficie de 200 km², se concentran decenas de miles de viviendas de propiedad horizontal.

El Código Civil y Comercial de la Nación, norma de fondo uniforme, menciona a la discapacidad en varias oportunidades. El C.C.C.N. en su Libro Primero, Parte General, Título I, Sección Tercera, en "Restricciones a la capacidad", el Parágrafo 5°, cuando hace referencia a los "Inhabilitados", se hace referencia a las PcD. En su Artículo 48, al referirse a los "Pródigos", hace la primera mención y una definición. El artículo referenciado establece que "Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.

Algunas de las viviendas cumplen con la normativa del Código de Edificación facilitando el acceso, el desplazamiento y la salida de las personas con discapacidad. Otras, no. Por falta de conservación, una concepción de diseño antigua o por falta de adecuaciones concretas a las normas legales.

El artículo 2041 del Código Civil y Comercial de la Nación, establece que “las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas con discapacidad. Sean estas fijas o móviles, externas a la unidad funcional, y las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros, son comunes. Es decir, el costo de su construcción está a cargo de la comunidad consorcial y no pueden alegarse sobre estos sectores, derechos de propiedad exclusivos”.¹¹

¿Qué significa esto? Por ejemplo, que una rampa de acceso para personas con sillas de ruedas o dificultades motrices es de instalación obligatoria y el costo es a cargo del Consorcio de Propietarios. Los edificios más recientemente construidos conforme el Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires, desde el inicio cuentan con rampas con pendientes de inclinación suficiente, que permiten el acceso y egreso franco a los mismos, para sillas de ruedas, personas con elementos de apoyos, etc. Sí la rampa no fuera posible, existen alternativas que cumplen la misma función, como elevadores o salvaescaleras, etc.

Es por ello, que, para las obras en contravención al Código de Edificación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hay una flexibilidad particular para aquellas “obras que se realicen en partes comunes de edificios sometidos a condominio o propiedad horizontal, y en edificios públicos, con el fin de dar cumplimiento a condiciones de accesibilidad”.¹²

El Código de Edificación establece las “condiciones básicas de acceso universal” garantizan que todas las personas pueden utilizar un edificio, visitarlo, acceder a sus servicios y prestaciones, independientemente de sus capacidades. Las exigencias mínimas contemplan los espacios de ingreso y/o egreso a los locales de los edificios y las dimensiones de los mismos.

Sin perjuicio de las dimensiones exigibles, algunos elementos y espacios requerirán, además, medios de acceso alternativos o bien la adopción de medidas adicionales que aseguren el acceso universal. “Son espacios o construcciones que configuran acceso, los siguientes: a. Entradas y Pasos; b. Escaleras Princi-

11. Argentina, *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ley N° 26.994 (Buenos Aires: Boletín Oficial, 2014), art. 2041.

12. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires*, Ley N° 2.958 (Texto Ordenado por Decreto N° 1.375/2018), *Boletín Oficial* (2018).

pales; c. Escaleras Secundarias; d. Escaleras Rampadas; e. Rampas; f. Puertas; g. Ascensores.”¹³

La negativa a adecuar la construcción o edificio de viviendas, puede ser reclamada ante los tribunales. También está prohibida la negativa a alquilar a una persona con discapacidad a causa de aquella o de su permanencia.

En las encuestas del Instituto de Estadísticas y Censos de la CABA, se incluyó la pregunta en el punto 5.2 Identificación de personas con discapacidad si la persona ¿Tiene dificultad para caminar o subir escaleras? (DD8). Si es así, es probable que deba utilizar un bastón blanco o verde (regulados por la Ley Nacional N° 25682 del Año 2002), una silla de ruedas a tracción humana o motorizada con radio de giro o un salvaescaleras (elevador que permite a la silla subir los escalones). La Ley N° 962 CABA (2003), inició el camino de la accesibilidad, incluyendo la obligación de la colocación de rampas de acceso. Hoy, reemplazada por el Código de Edificación vigente. Debe destacarse que “todos los locales deben ser accesibles”, sin excepciones. La accesibilidad permite el ejercicio de la libertad.

Debemos recordar que el “bastón”, sirve a la orientación, la movilidad, la detección, prevención y desvío ante un obstáculo, así como al resto, advertir que se trata de una persona con discapacidad visual. El 15 de octubre se conmemora el Día Mundial del Bastón Blanco, como símbolo de movilidad, independencia y de igualdad de oportunidades.

La Ley Nacional N° 24.314 (1994) ya hace referencia a la “accesibilidad”, en el sentido que es la posibilidad de las personas con movilidad reducida de gozar de las adecuadas condiciones de seguridad y autonomía como elemento primordial para el desarrollo de las actividades de la vida diaria sin restricciones derivadas del ámbito físico urbano, arquitectónico o del transporte. para su integración y equiparación de oportunidades. No poder acceder, obstaculiza también el derecho al trabajo individual.

13. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires*. Art. 3.4.1.

La Ley N° 962 (2002) C.A.B.A. llamada de "accesibilidad", fue sancionada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y modificó el Código de Edificación local. Dicha norma fue el comienzo y el Código de Edificación recepcionó sus principios en cumplimiento de la Constitución.

¿Qué tipos de bastón hay en Argentina? Cualquier persona no vidente puede usar el bastón blanco, aquellas con baja visión el verde y las que tienen sordera, el blanco y rojo. La ley argentina lo considera elemento y/o instrumento de apoyo.¹⁴ Y el seguro social debe cubrir su suministro, el transporte público aceptar que la persona con discapacidad acceda con dichos apoyos técnicos.

El artículo 20 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que los Estados Partes harán todo lo necesario para facilitar la movilidad y la autonomía.

Una silla de ruedas a tracción humana o con motor, precisa un radio de giro multidireccional y eso debe estar contemplado en los códigos de construcción. El espacio debe permitir la convivencia y la permanencia. Así como llegado el caso, el ancho de los pasillos y los desniveles permiten la evacuación inmediata en caso de una emergencia. Un incendio, una inundación o una situación de violencia, no admite demoras en el abandono del lugar hacia otro más seguro.

Otra cuestión, son los ruidos molestos, que pueden afectar a las personas con discapacidad y especialmente con sensibilidad auditiva, sean niños, adultos, ancianos o animales en general. Los ruidos excesivos podrían afectar incluso a los perros guía o de servicio de las personas ciegas, que los utilizan para su vida diaria.

En una ciudad con una densidad de población intensa, como es la de Buenos Aires, debe atenderse a la contaminación sonora y visual. La molestia a las personas con discapacidad, abarca también a adultos de edad avanzada.

La Ley Nacional N° 22.431 (1981) previó que todo edificio público a construirse debe tener obligatoriamente acceso para sillas de ruedas.

14. Argentina, Ley 25.682: *Régimen especial para la inclusión de personas con discapacidad como beneficiarias del sistema de seguridad social* (Buenos Aires: Boletín Oficial, 2002).

La Ley local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, N° 3872 (2011) estableció que deberá instalarse una placa identificatoria en Sistema Braille en el ingreso de todos los edificios públicos. También puede observarse dichas placas en el ingreso al sistema de subterráneos, en las barandas de acceso. Las Terminales también deben contar con ella, aunque en la vorágine de puertas de entrada y salida, se pierden de vista y no se ven a primera vista.

El Código de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, penaliza la obstrucción de rampas para discapacitados o en lugares reservados para vehículos de personas con discapacidad. La sanción equivale a multas económicas y quita de puntos del conductor del vehículo, que luego lo afecta al momento de renovar la licencia. Puede incluso hasta perderla por acumulación de quita de puntos en la jurisdicción local.

En caso de siniestros, incendios, inundaciones u otros desastres naturales es importante la chance de autoevacuarse lo más rápidamente posible. Para ello, deben existir todas las entradas y salidas, libres y operables.

La imprevisión de la emergencia o su magnitud, hace que sea posible que la persona con discapacidad se encuentre sola y le sea dificultoso o imposible requerir auxilio externo. No debemos olvidar, que los músculos o sistemas cognitivos de reacción, podrían estar eventualmente afectados y el tiempo de reacción ser superior al promedio.

En el caso de una emergencia, el tiempo apremiará y la reacción de una persona con discapacidad de cualquier tipo, debe ser facilitada por los medios de salida libre de obstáculos y el personal capacitado para la asistencia especial. Eso permitirá a la persona en situación de estrés, pánico o parálisis momentánea salir del lugar y a los cuerpos de bomberos y emergencias calmar a la persona. De forma tal, que en un período más corto de tiempo finalice la operación y los equipos queden liberados para continuar su labor.

2.3 El Código de Edificación de la Ciudad

El Código define a la accesibilidad urbana como “Es aquella que, en condiciones dignas, posibilita a personas con movilidad reducida en general, y con discapacidad en particular, ingresar, permanecer, egresar y desarrollar actividades en edificios y en ámbitos urbanos y utilizar los medios de transporte y comunicación”.¹⁵

Puede advertirse que hace referencia a condiciones de dignidad de la persona humana, evidenciando la necesidad de respeto. No es meramente un acto de eficiencia, es también un acto que debe hacerse con consideración. Es una acción a ejecutarse con respeto a su condición humana. Es decir, más allá de su condición física o mental, se reconoce el derecho a la vida y al ser humano.

Se hace una diferencia con la visitabilidad, en el sentido que “Posibilidad de las personas con discapacidad o con circunstancias discapacitantes de franquear la entrada, acceder a algunos locales y usar un servicio de salubridad en un edificio. La visitabilidad es un grado restringido de accesibilidad”,¹⁶ así lo define el Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires.

¿Qué es un volumen libre de riesgos? Es un espacio de circulación cubierto o descubierto apto para las personas con discapacidad o con circunstancias discapacitantes, donde los solados no presentan irregularidades ni elementos que lo invadan, previniendo así la generación de accidentes.

La discapacidad no necesariamente es permanente, una circunstancia discapacitante es temporal y es reversible. Una madre con un niño pequeño en brazos, ya tiene su movilidad y autonomía restringida porque debe cuidarlo.

Los módulos de estacionamiento vehicular en garajes comerciales para personas con discapacidad, deben ser los lugares disponibles más cercanos a la entrada. El concepto es facilitar el ingreso y egreso de sus ocupantes.

Son admisibles tolerancias constructivas en las dimensiones de los locales y de los edificios en general, atendiendo a que la actividad constructiva puede

15. Accesibilidad, Vitruvio / Red Vitruvio, consultado el 28 de mayo de 2025.

16. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires*.

revestir imprecisiones durante la ejecución de las obras. Ningún desvío en las dimensiones mínimas establecidas en este Código debe afectar las condiciones de seguridad, accesibilidad, ni ambientales para sus ocupantes.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, exige la adecuación del derecho interno de los Estados Partes y como tal, la Ciudad de Buenos Aires, debe hacerlo. Y en tal sentido, se han ido modificando los códigos constructivos y el Código de Faltas sanciona con multas diversas conductas. Por ejemplo, estacionar en lugares reservados para personas con discapacidad, falta de higiene en los baños para personas con discapacidad situados dentro de las tiendas comerciales.

El Código de Faltas también penaliza a aquel que “impidiere o dificultare de cualquier modo el ingreso y/o permanencia a todo espacio público o de acceso público a las personas con discapacidad, o que usen sillas de ruedas o aparatos ortopédicos, o que se desplacen con perros de asistencia”.¹⁷

Así como también al “responsable de un vehículo afectado al servicio de taxis, transporte de escolares, remises o transporte público de pasajeros que se niegue al traslado de las personas con discapacidad, o que utilicen sillas de ruedas o aparatos ortopédicos, o que se desplacen con perros de asistencia debidamente identificados como tales”.¹⁸

Otra conducta punible, es para el organizador de un espectáculo público, no informar sobre la accesibilidad y permanencia para personas con discapacidad motora en el lugar.

El deporte más popular en la Argentina, se sabe que es el fútbol. En la Ciudad de Buenos Aires, hay 18 estadios de fútbol en 200 km².¹⁹ El Código de Edificación establece normas de seguridad mínimas, que deben ser verificadas por los inspectores antes de cada cotejo deportivo.

17. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Código de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ley N° 451 (Buenos Aires: Boletín Oficial, 2000), art. 4.1.10.

18. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Código de Faltas*, art. 4.1.10.

19. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, “Hitos del fútbol,” sitio web oficial, consultado el 19.05.2025, <https://buenosaires.gob.ar/cultura/patrimonio/hitos-del-futbol>.

Con el transcurso de los años, la Responsabilidad Social de los clubes deportivos ha ido dándole mayor importancia al tema de la accesibilidad, creando incluso espacios especiales para, por ejemplo, las personas con Trastorno del Espectro Autista (TEA). Un ejemplo de ello, es el club de fútbol argentino, River Plate, que, en el nuevo Estadio, el más grande de la Argentina, con capacidad para más de 85.000 personas, estableció un espacio especial para personas con discapacidad. De esta forma, las personas con Autismo (TEA) puede observar un partido de fútbol profesional.

El acceso es seguro a través de las instalaciones reformadas del club, que por las dimensiones de su Estadio permite a los simpatizantes trasladarse de un lado al otro sin problemas.

Los Centros de Educación y Tratamiento para Personas con Discapacidad, deberán facilitar el acceso al estrado a través del salón de actos o por detrás del escenario a personas con discapacidad motriz e instalarán un sistema de sonorización asistido para las personas hipoacúsicas. Asimismo, se preverán disposiciones especiales, para los casos en que se oscurezca la sala, el intérprete de lengua de señas permanezca iluminado.

¿Qué sucede con el contenedor de la obra obstruye el paso en la vereda? El art. 4.4.6.1 del C.E. establece la colocación del contenedor sobre la vereda deberá garantizar el paso mínimo de circulación peatonal para personas con discapacidad de 1,50 metros. Caso contrario podrá contactarse con el 147.

En la Ciudad, muchos locales comerciales y algunas hamburgueserías famosas han establecido espacios y horarios especiales, para que las personas puedan asistir con mayor comodidad.

La Ley 6755 (2024) establece que en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la obligatoriedad de la capacitación en la temática de discapacidad para todas las personas que se desempeñan en la función pública.

La discapacidad, comprende a las personas con deficiencias permanentes, mentales, físicas (sensoriales, motoras, viscerales o patológicas) y casos asociados, juntamente con las personas afectadas por circunstancias discapacitantes

como los factores cronológicos (los ancianos y los niños menores de nueve años) y antropométricos (la obesidad, el enanismo, el gigantismo), y situaciones transitorias (el embarazo, llevar bultos pesados o niños pequeños en los brazos o en cochecito).

En el ámbito escolar, es fundamental la accesibilidad para que las personas puedan ejercer su derecho constitucional a aprender, trabajar y educarse con equidad.

La accesibilidad debe abarcar desde la salida de la persona con discapacidad, en todo su recorrido terrestre, subiendo y bajando calles, escaleras, puentes y lugares de estacionamiento, etc., hasta llegar a la escuela o universidad.

Es importante que las personas con discapacidad visual, puedan circular con seguridad, solas o junto a los perros guía, que son una compañía fundamental y muy valiosos. Para ello, las aceras no deberían tener imperfecciones o roturas que dificulten el tránsito, especialmente en días de lluvia.

El Código de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sanciona a la persona responsable "de un vehículo afectado al servicio de taxis, transporte de escolares, remises o transporte público de pasajeros que se niegue al traslado de las personas con discapacidad, o que utilicen sill as de ruedas o aparatos ortopédicos, o que se desplacen con perros de asistencia debidamente identificados como tales, y/o que cobrare o pretendiese cobrar diferencias dinerarias por su traslado".²⁰

Ante las dificultades en el entorno urbano una persona con discapacidad, bien puede optar por el transporte público o de taxis y sería más que un acto de injusticia, una tarifa diferencial en más.

Una gran cantidad de personas con discapacidad sufre discriminación y cuestiones conexas, como dificultades para obtener empleo, rechazos, prejuizgamientos y sería aún peor, agregarle un sobreprecio adicional.

20. Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Código de Faltas*, art. 4.1.10. consultado 18.05.2025

3. LAS CUESTIONES PENDIENTES

La accesibilidad, como opuesto a una muralla defensiva, implica que cualquier persona pueda desplazarse sin realizar complejas maniobras, sea por sí mismo o con ayuda de terceros. No adecuar el entorno urbano, es sinónimo de segregación negativa.

Algunos ejemplos de falta de accesibilidad son:

- a) falta de rampas en los accesos a los edificios antiguos, que no preveían la accesibilidad y no se adecuaron;
- b) veredas sin mantenimiento;
- c) falta de señalización en tipo de caracteres, tamaño y luminosidad de fácil lectura, para incluso personas que no hablan español;
- d) rampas en las esquinas deterioradas;
- e) ascensores que no cumplen las medidas mínimas para las personas con discapacidad (y no giran las sillas de ruedas) o que hay sólo escaleras;
- f) falta de rampas para acceder desde la plataforma a los vehículos de transporte (ómnibus, trenes, subterráneos) a diferentes alturas. O falta de bahías o entradas para facilitar el acceso de vehículos en Escuelas especiales;
- g) proliferación de pinchos metálicos, rejas, macetones y esferas de cemento ubicados en sitios que obstaculizan la libre circulación, siendo una arquitectura hostil para cualquier persona en general y en algunos casos para las personas con discapacidad;
- h) falta de empatía con las personas con discapacidad visual, no liberando el paso de obstáculos o previendo la chance de accidentes, por descuidos evitables;
- i) falta de control de los plazos de cumplimiento de la incorporación de unidades de transporte accesibles y para la adecuación de las instalaciones edilicias, incluyendo señalización sonora;
- j) falta de conocimiento de cómo actuar con personas con perros guía o de servicio. Debe mejorarse la accesibilidad al transporte público;

Podemos concluir que, la discapacidad sí bien está presente en la Constitución Nacional argentina y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tiene cuestiones pendientes de resolverse.

Las leyes están aprobadas por el Congreso Nacional o la Legislatura local, pero su cumplimiento efectivo y fácil reclamo es una cuestión pendiente de abordaje.

En algunas ocasiones se convoca a las Organizaciones No Gubernamentales (NGO en inglés) para integrar a los funcionarios que toman decisiones, con la sociedad civil y las universidades para la integración y mejoras urbanísticas de las Personas con Discapacidad.

La accesibilidad debe poder integrar el sistema educativo y el transporte, tanto en áreas urbanas (incluyendo espacios verdes y públicos) como rurales, con infraestructuras inteligentes y costos de conexión reducidos. Las tecnologías de la información deben facilitar la comunicación ágil entre los distintos grupos. Puede ser útil para las personas con discapacidad por sí mismas o con sus cuidadores que deben resolver rápidamente todo durante su desplazamiento urbano.

Las barreras arquitectónicas, denotan una falta de empatía social hacia la temática de la discapacidad. Es construir para el 84% de la población, no para todos, porque el 16% quedará excluido. El costo económico de construir para todos, es totalmente marginal y no genera cambios significativos con una política de diseño universal bien planificada.

En la Argentina, es posible emprender acciones de amparo colectivas o quejas al Ombudsman, pero la presión más fuerte es de las Organizaciones No Gubernamentales. Dichas asociaciones civiles señalan a los legisladores sus preocupaciones y la necesidad de cambios legislativos, para mejorar el sistema. Se señalan los errores, malas experiencias y frustraciones de los actores sociales afectados, buscando la mejora del sistema en general.

La Ley Nacional 24.314 (1994) ya hace referencia a la "accesibilidad", en el sentido que es la posibilidad de las personas con movilidad reducida de gozar de las adecuadas condiciones de seguridad y autonomía como elemento primordial para el desarrollo de las actividades de la vida diaria sin restricciones derivadas

del ámbito físico urbano, arquitectónico o del transporte. para su integración y equiparación de oportunidades.

A modo de ejemplo se cita, el caso de Fundación ACCESO YA c/ Spazio de Café S.A. s/Amparo. El quid de la cuestión, aquí fue la instalación de una rampa de acceso a la cafetería.

También, el citado ordenamiento local establece exigencias mínimas de accesibilidad universal como requisito para la integración de todos los ciudadanos, sin perjuicio de sus características funcionales. Las condiciones básicas de acceso universal garantizan que todas las personas pueden utilizar un edificio, visitarlo, acceder a sus servicios y prestaciones, independientemente de sus capacidades. Las exigencias mínimas contemplan los espacios de ingreso y/o egreso a los locales de los edificios y las dimensiones de los mismos. Sin perjuicio de las dimensiones exigibles, algunos elementos y espacios requerirán, además, medios de acceso alternativos o bien la adopción de medidas adicionales que aseguren el acceso universal (Conf. artículo 3.4.1 del C.E.).

Otro ejemplo, ha sido la sentencia judicial de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "J" del 4-abr-2017, en autos caratulados F. M. M. c/ Consorcio de Propietarios S. de B. 2369 s/ daños y perjuicios.

Aquí se planteó la indemnización por el daño moral padecido por una persona que no podía abrir las puertas de su edificio por la existencia de un brazo tensor debe disminuirse en virtud de la artrosis reumatoidea que padecía la actora, dado que, según los informes del perito experto, sus padecimientos psicológicos son anteriores a la demora en realizar las reformas solicitadas y por ello la reparación debe estar limitada exclusivamente por la demora en que se incurrió para llevar a cabo las reformas dispuestas oportunamente.

¿El consorcio de copropietarios está legitimado para ser demandado por discriminación? La asamblea nada decidió frente al pedido concreto formulado por la actora, así como al administrador tampoco adoptó medidas tendientes a resolver el conflicto, lo que muestra la desaprensión frente a una situación como la planteada.

Y en el último caso, aquí bajo análisis, se observa en autos, Clementoni, Ana María c/Consortio de Propietarios José Mármol 755, s/Amparo, los siguientes hechos.

La actora, que tiene un cuadro severo de discapacidad motora, mediante la presente que el demandado realice todas las medidas necesarias para garantizarle la accesibilidad adecuada al inmueble dado que en su conformación actual resulta una barrera arquitectónica para ello; en su defecto, que proceda a la adquisición de autoelevadora. Finalmente, la persona con discapacidad obtuvo una sentencia judicial favorable a su reclamo.

La construcción de accesos por rampas o señalética de alto contraste y gran tamaño o en Sistema Braille, dejar espacios para la circulación de perros-guía o el paso franco de una silla de ruedas, no siempre es comprendido culturalmente.

El poder descender con una silla de ruedas de la vereda de la acera a la calzada por los rebajes de los garajes a falta de rampas en las esquinas en buen estado, es un peligro para la propia persona con discapacidad y el tráfico. Pero es la única opción, sí el entorno urbano dificulta el desplazamiento. Lo mismo puede suceder con una madre empujando un carrito con un bebé dentro y un niño o niña pequeña de la mano, debiéndose mirar al frente, atrás y asir de la mano a otra persona. Las calles en mal estado, pueden ocasionar accidentes a cualquier persona, pero más para no videntes, con baches, hundimientos, desniveles, roturas, alcantarillas sin tapas, bocas de tormenta o empalizadas mal construidas, raíces que elevan las baldosas, canteros no permitidos alrededor de los árboles, superficies resbaladizas, todos elementos que dañan ruedas, traban bastones y llevan a resbalones sí la superficie no tiene características antideslizantes, que pueden derivar en una discapacidad permanente e imprevista.

Se advierte que no hay plena conciencia, que un resbalón en un día lluvioso sobre una acera en mal estado, puede significar la pérdida del sustento económico, sí la persona accidentada pierde su capacidad de generación de recursos a consecuencia del hecho.

La llamada arquitectura hostil, pretendidamente para evitar la ocupación del espacio público, como grandes macetones de hormigón, rejas, cerramientos, carteles publicitarios, bancos de material, también son elementos a esquivar por peatones, con o sin bastón y sillas de ruedas o andadores, personas con botas ortopédicas o mayores con problemas de disminución de la visión, fatiga, displasia de cadera o un desplazamiento más lento de una persona recién operada o anciana.

El desarrollo de una persona con discapacidad, en el entorno urbano en igualdad de condiciones y con oportunidades de educarse, trabajar y tener una familia está también influenciado por la capacidad de desplazarse por el terreno, asistir a actividades recreativas o de formación, etc. sin vallas adicionales, que con planificación pueden ser resueltas por los arquitectos, ingenieros o funcionarios que trabajando con organizaciones civiles conocedoras de cada temática pueden aportar ideas para una convivencia ordenada.

Las modificaciones del entorno urbano para hacerlo más entendible y amigable para las personas con discapacidad es para todos los tipos. Una persona con Autismo o Síndrome de Down, necesitan tanto la accesibilidad como el resto.

Consideraciones finales

Al tomar nota que en tan sólo un cuarto de siglo, las personas con algún tipo de discapacidad superarán, según las proyecciones actuales, los 1.500 millones de personas en todo el mundo, es evidente que esta temática es de una actualidad inminente.

Lo que ocurre en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puede replicarse en otras latitudes. La República Argentina es un país formado por inmigrantes de las más diversas nacionalidades y es receptor continuo de visitantes. Lo cual hace que la Ciudad sea cosmopolita y requiera que el desplazamiento de personas sea fluido.

La posibilidad de vivir, trabajar, educarse, formar un hogar, dar clases, tener un comercio, dictar clases, asistir a actividades recreativas, culturales, deportivas,

etc., debe ser real. La accesibilidad como tal es un derecho humano concreto y cotidiano.

Es importante que las personas con discapacidad, puedan hacer todas estas actividades en igualdad de condiciones, que el resto de la población. Ya sea que quieran realizarlas solas, moverse por su cuenta, con apoyos o con amigos, familiares, compañeros de trabajo o con sus parejas. Hace algunos años, observé como una pareja de personas no videntes, asistía a un hospital público con sus hijos, que no tenían dicha discapacidad y gestionaban el uso del espacio urbano y el cuidado de sus hijos simultáneamente. La facilitación de dichas acciones humanas debe ser una política de Estado y un valor agregado distintivo para la Ciudad.

El abordaje de las personas con discapacidad en situaciones de emergencia, facilitará a los equipos de rescate y apoyo la tarea, optimizando los tiempos de respuesta. Y por lógica, la fluidez en las acciones fortalecerá las chances de un rescate exitoso del mayor número de personas en el menor tiempo posible.

En pocas palabras, las murallas culturales a través de la educación pueden modificarse, pero también ésta hará que las construcciones urbanas sean de acceso universal.

La vida es movimiento y evolución. Cambiar el escenario urbano es siempre posible moviéndose hacia la empatía, la investigación y la voluntad de mejorar el acceso para que todos compartamos el espacio en común.

REFERENCIAS

Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley N° 26.994. Buenos Aires: Boletín Oficial, 2014.

Argentina. Ley 25.682: Régimen especial para la inclusión de personas con discapacidad como beneficiarias del sistema de seguridad social. Buenos Aires: Boletín Oficial, 2002.

Banco Mundial. "Población total - Japón" (indicador SP.POP.TOTL). Base de datos en línea. <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL?locations=JP>, consultado el 20.05.2025.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). "El crecimiento poblacional de América Latina y el Caribe cae por debajo de las expectativas: la

población total alcanzará su máximo en 2058." Comunicado de prensa. <https://www.cepal.org/es/comunicados/crecimiento-poblacional-america-latina-caribe-cae-debajo-expectativas-la-poblacion-total>, consultado el 20.05.2025.

Dirección General de Estadística y Censos. Población con discapacidad. Indicadores sociodemográficos de la Ciudad de Buenos Aires. Año 2019. Buenos Aires: Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2022. https://www.estadisticaciudad.gob.ar/eyc/wp-content/uploads/2022/05/poblacion_discapacidad_I3_2019.pdf, consultado el 20.05.2025.

Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires. Ley N° 2.958 (Texto Ordenado por Decreto N° 1.375/2018). Buenos Aires: Boletín Oficial, 2018.

Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Código de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ley N° 451. Buenos Aires: Boletín Oficial, 2000. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. "Hitos del fútbol." Sitio web oficial. <https://buenosaires.gob.ar/cultura/patrimonio/hitos-del-futbol>, consultado el 20.05.2025. Naciones Unidas. "Población." Sitio web oficial de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/global-issues/population>, consultado el 20.05.2025.

Oficina del Censo de los Estados Unidos. "Año Nuevo, Nueva Población: Estimaciones de la Población para 2024." Artículo en línea. <https://www.census.gov/library/stories/2024/12/new-year-population.html>, consultado el 20.05.2025.

Organización Mundial de la Salud (OMS). "Discapacidad y salud." Hoja informativa. Sitio web de la OMS. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>, consultado el 20.05.2025.

Unión Europea. "Datos y cifras de la Unión Europea." Sitio web oficial de la Unión Europea. https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/facts-and-figures-european-union_es, consultado el 20.05.2025.

Received on 17/03/2025

Approved on 06/05/2025

AVANCES Y DESAFÍOS EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS INDÍGENAS Y DE LAS MINORÍAS EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA:

un estudio comparativo de la jurisprudencia entre Ecuador y Noruega¹

Byron Castillo²

Sebastián Fernando Arguello Escobar³

Shirley Paola Romero Molina⁴

RESUMEN: Con el presente artículo se analiza cuáles han sido los avances y desafíos en la protección de derechos de comunidades indígenas y minoritarias en América Latina y Europa a través de un estudio comparativo de dos sentencias cruciales: Sentencia No. 1779-18-EP/21 de la Corte Constitucional de Ecuador, acerca de la comunidad indígena La Toglla, y la Sentencia HR-2021-1975-6 emitida por la Corte Suprema de Noruega sobre el caso Fosen Vind y los derechos del pueblo Sami. Utilizando una metodología enmarcada en el análisis de la jurisprudencia, se investiga las similitudes y diferencias de los enfoques jurídicos de ambos países, y en sí se estudia cómo los tribunales del Ecuador y Noruega han adoptado estándares internacionales para proteger los derechos colectivos, el acceso a la justicia y la autodeterminación de las comunidades. En consecuencia, esta comparación permite identificar las tendencias en la interpretación de los derechos humanos en ambas regiones, así como los desafíos

1. B.G.C. Garzón, S. F. A. Escobar, S. P. R. Molina, "Avances y desafíos en la defensa de los derechos indígenas y de las minorías en América Latina y Europa: un estudio comparativo de la jurisprudencia entre Ecuador y Noruega," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 193 et seq.
2. Investigador y candidato a doctorado en Gestión de la Tecnología en la Escuela Politécnica Nacional de Ecuador. Actualmente cursa, con beca completa, una Maestría en Políticas Públicas en FLACSO Ecuador y posee una Maestría en Filosofía Política y Economía, así como una especialización en Ciencia, Tecnología y Sociedad (CTS). Su investigación se centra en el desarrollo de políticas públicas que promuevan la innovación tecnológica, considerando sus impactos sociales y éticos, con énfasis en la sostenibilidad y la justicia social. <https://orcid.org/0000-0002-3372-6196>.
3. Abogado por la Universidad Nacional de Chimborazo, actualmente estudia Economía en la Universidad Técnica de Loja y cursa una Maestría en Políticas Públicas en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) – Ecuador. Es investigador enfocado en derecho administrativo, derechos humanos, y ciencia y tecnología. <https://orcid.org/0000-0001-9420-1943>.
4. Estudiante de Derecho en la Universidad Central del Ecuador, donde además estudió italiano. Tiene inclinación hacia el derecho administrativo y constitucional. Ha realizado varios cursos en la Escuela de la Función Judicial del Ecuador sobre estas materias y busca seguir creciendo profesionalmente. <https://orcid.org/0009-0006-5489-6254>.

aún por superar en la ejecución efectiva de los fallos judiciales.

PALABRAS CLAVE: Derechos indígenas; minorías; derechos colectivos.

PROGRESS AND CHALLENGES IN THE DEFENSE OF INDIGENOUS AND MINORITY RIGHTS IN LATIN AMERICA AND EUROPE: A COMPARATIVE JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF ECUADOR AND NORWAY

ABSTRACT: This article analyzes the advances and challenges in the protection of the rights of indigenous and minority communities in Latin America and Europe through a comparative study of two crucial rulings: Ruling No. 1779-18-EP/21 of the Constitutional Court of Ecuador regarding the indigenous community of La Toglla, and Ruling HR-2021-1975-6 of the Supreme Court of Norway regarding the Fosen Vind case and the rights of the Sami people. Using a jurisprudential analysis methodology, we examine the similarities and differences in the legal approaches of both countries and how the courts of Ecuador and Norway have adopted international standards to protect collective rights, access to justice, and self-determination of communities. Consequently, this comparison allows us to identify trends in the interpretation of human rights in both regions, as well as the challenges that still need to be overcome in order to effectively enforce court decisions.

KEY WORDS: Indigenous rights; minorities; collective rights.

ÍNDICE: Introducción; 1. Derechos indígenas y minoritarios en el marco internacional; 2. Análisis de las sentencias: Sentencia No. 1779-18-EP/21 de la Corte Constitucional de Ecuador, y la Sentencia HR-2021-1975-6 emitida por la Corte Suprema de Noruega; 3. Comparación de los enfoques jurídicos entre la Sentencia No. 1779-18-EP/21 de la Corte Constitucional de Ecuador, y la Sentencia HR-2021-1975-6 emitida por la Corte Suprema de Noruega; 4. Avances y desafíos en la protección de los derechos indígenas y minoritarios en Ecuador y Noruega; Consideraciones Finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

Los derechos de los pueblos indígenas y minoritarios han adquirido un papel esencial en el derecho internacional y constitucional, debido a su papel en la preservación de la diversidad cultural, la autodeterminación y el acceso a la justicia. "En el Derecho Internacional existe una proporción suficientemente significativa que tiene por destinatarios a los pueblos".⁵ No obstante, a pesar de los avances en el marco normativo y jurisprudencial, persisten obstáculos que dificultan su protección efectiva. Es así que toma el nombre de constitu-

5. Eduardo Ruiloba Santana, "Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional. El concepto de pueblo", en *Estudios de Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, tomo 1 (Madrid: Tecnos, 1979), 303.

cionalismo indígena, ya que se entiende como la inclusión de los derechos y las culturas de los pueblos indígenas en las constituciones y en las leyes de un país. Lo cual implica la protección de sus territorios, lenguas, sistemas de gobierno, respetando e integrando su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual,⁶ además de su participación en la toma de decisiones que les atañen.

A nivel internacional, por medio de instrumentos como el Convenio 169 de la OIT,⁷ la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,⁸ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁹ y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,¹⁰ se ha logrado avances significativos en la defensa de los derechos indígenas y minoritarios a escala mundial. Aun así, la brecha que aún existe entre el reconocimiento jurídico y su implementación efectiva sigue siendo un desafío. Ecuador, junto con las comunidades indígenas de América Latina, continúan enfrentándose a conflictos territoriales, discriminación y falta de acceso a la justicia. Por otra parte, en Europa, aunque los derechos de las minorías están protegidos por la normativa en el marco del Consejo Europeo, los pueblos indígenas, como los Sami en Noruega, enfrentan obstáculos importantes cuando intentan ejercer su autonomía y sus derechos sobre sus tierras ancestrales.

El análisis comparativo entre la aplicación jurídica en Ecuador y Noruega permite examinar dos enfoques de protección jurídica distintos. Un enfoque se basa en un Estado plurinacional con un fuerte reconocimiento constitucional,

6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C, núm. 245, párr. 155.
7. Organización Internacional del Trabajo, *Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, adoptado el 27 de junio de 1989, entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991, https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf.
8. Naciones Unidas, *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, resolución A/RES/61/295, adoptada el 13 de septiembre de 2007, https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.
9. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.
10. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (1965), <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>.

pero con algunos desafíos en la aplicación de estos derechos; el otro enfoque se centra en una democracia avanzada donde los derechos indígenas y minoritarios están protegidos de acuerdo a los estándares europeos.¹¹ El estudio de estos contrastes permite detectar estrategias eficientes al igual que la identificación de los obstáculos comunes en la protección de los derechos indígenas y minoritarios, contribuyendo a un debate más amplio sobre cómo los sistemas jurídicos pueden asegurar la igualdad y promover el respeto por la diversidad cultural.

En este sentido, la jurisprudencia juega un rol primordial en la protección y consolidación de los derechos colectivos, ya que los tribunales ayudan a garantizar que estos derechos se respeten y defiendan por medio de la interpretación y aplicación de las normas nacionales e internacionales. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ejercido una labor en la defensa de los derechos de los pueblos tribales¹² y de los pueblos indígenas de América Latina al emitir fallos que han sido esenciales para reforzar su derecho a la libre determinación,¹³ su derecho al territorio y su preservación cultural. Si bien las luchas de los pueblos indígenas son a menudo menos evidentes, el sistema del Consejo de Europa también ha garantizado derechos significativos para las minorías, especialmente desde la aprobación por parte del Parlamento de la Resolución sobre la Violación de los Derechos de los Pueblos Indígenas del Mundo de 2018.¹⁴

11. Comisión Europea, *Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024*, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12122-Human-rights-and-democracy-in-the-EU-2020-24-action-plan>.

12. Un pueblo tribal es "un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas". Esta definición concuerda con lo establecido en el artículo 1, inciso 1, literal a del Convenio 169 de la OIT. Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172, párr. 79.

13. El primer caso ante la Corte Interamericana en relación con la propiedad comunitaria indígena es el de la comunidad Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79.

14. Parlamento Europeo, *Resolución del 3 de julio de 2018 sobre la violación de los derechos de los pueblos indígenas del mundo, incluido el acaparamiento de tierras (2017/2206(INI))*, adaptado el 3 de julio de 2018, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0279_EN.html.

En consecuencia, comparar los sistemas jurídicos de Ecuador y Noruega no solo permite examinar las similitudes y diferencias en la protección de los derechos indígenas, sino que también resalta los conflictos que existen entre el reconocimiento nominal de estos derechos y su implementación real. Al examinar cómo ambos países han abordado las demandas de sus comunidades indígenas, el objetivo es encontrar prácticas efectivas que pueden aplicarse en otros entornos y proponer reformas para ayudar a superar los desafíos que aún existen hoy en día.

1. DERECHOS INDÍGENAS Y MINORITARIOS EN EL MARCO INTERNACIONAL

Dentro del ámbito de derecho internacional, se han reconocido los derechos indígenas y minoritarios a través de tratados y textos legales como el Convenio 169 de la OIT o la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En este contexto, el constitucionalismo indígena ha surgido como un instrumento para poder asegurar la autonomía y los derechos colectivos de los pueblos indígenas, por ejemplo, en el caso de Ecuador, se encuentra presente en la constitución. Por otra parte, en Europa el enfoque de protección ha puesto su acento en la protección cultural y lingüística de las minorías, como es el caso noruego y el pueblo Sami.

A palabras del profesor e investigador Iván Narváez Quiñonez en su obra, *De Atenas a los Andes: El arduo camino hacia el constitucionalismo indígena*, indica que “Este constitucionalismo es alternativo porque es emancipatorio y emerge de la ira y la esperanza; de la territorialidad como dimensión identitaria, y en función de la autodeterminación para ejercer el poder indígena en los territorios ancestrales”,¹⁵ o que sugiere el autor es recalcar que el constitucionalismo indígena tiene influencia de los principios de protección y reconocimiento de

15. Iván Narváez Quiñonez, *De Atenas a los Andes: El arduo camino hacia el constitucionalismo indígena* (Quito: FLACSO Ecuador, 2024), 383, <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/59947.pdf>.

los derechos de los pueblos indígenas y otros grupos minoritarios en convenios y normas internacionales.

En el tema de derecho internacional, los derechos de las minorías y las comunidades indígenas han llegado a ser vitales en los últimos años, impulsados por los conflictos históricos y el establecimiento de distintos estándares jurídicos. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe indica que “la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros, garantiza el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales”.¹⁶ Sin embargo, aunque se obtiene el reconocimiento, no siempre lleva a la acción práctica, causando problemas estructurales en muchas partes del mundo.

En todo el mundo la implementación del Convenio 169 de la OIT en 1989 y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas en 2007 ha establecido la base para la protección de las comunidades indígenas. Sin embargo, la CEPAL advierte que “los Estados deben respetar y garantizar los derechos de participación y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas”,¹⁷ lo que ha resultado difícil de lograr en la práctica debido a las presiones económicas y al crecimiento de la expansión industrial extractivas en territorios indígenas.

El panorama en América Latina y Europa es diverso, en la región de América Latina, el progreso normativo ha sido sustancial, sin embargo, las disputas surgen por la efectividad de los derechos colectivos. Por otra parte, en Noruega, la salvaguarda de los derechos del pueblo Sami ha sido más exitosa, debido a entidades como el Parlamento Sami y estructuras legales robustas que garantizan su voz política y reconocimiento cultural. La CEPAL argumenta que “es fundamental el reconocimiento del aporte de los pueblos indígenas para la construcción de un nuevo paradigma del desarrollo, basado en un cambio estructural hacia la

16. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Los pueblos indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos* (Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2014), 29, <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/b1b631f7-30df-4668-9047-6e2060cb30a6/content>.

17. CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina*, 55.

igualdad y la sostenibilidad”,¹⁸ lo cual sugiere que el verdadero desafío parece estar cambiando de un simple reconocimiento a una observación formal y logro de estos derechos.

Es así que la misma organización que fomenta el progreso económico y social de la región enfatiza que los derechos indígenas y de las minorías han atravesado un proceso de reconocimiento progresivo a nivel internacional, como parte del derecho internacional enfocado en derechos humanos. Así como se menciona en la página 29 del mismo documento “la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros, el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales”.¹⁹ Esto implica que los pueblos indígenas no solo deben ser reconocidos como sujetos de derechos, sino que también se debe honrar su autodeterminación y sus formas de gobernanza consuetudinarias.

A pesar de estos desarrollos, la CEPAL enfatiza que aún existen brechas en el ejercicio efectivo de estos derechos, mencionando “los Estados deben respetar y garantizar los derechos de participación y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas”,²⁰ lo cual guarda concordancia con lo que menciona el artículo 57 numeral 7 de la Constitución del Ecuador:

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente...²¹

Sin embargo, en la práctica, muchos países han demostrado ser incapaces de proporcionar procesos de consulta adecuados, lo que ha resultado en conflictos socioambientales y violaciones de derechos territoriales. La efectividad

18. CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina*, 6-7.

19. CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina*, 29.

20. CEPAL, *Los pueblos indígenas en América Latina*, 55.

21. *Constitución de la República del Ecuador*, 2008, art. 57.7.

entra en el marco legal para su uso social, por lo que enfatiza que es necesario poner en práctica acciones que posibiliten la participación.

Del mismo modo, en la GACETA del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) sobre los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano, se menciona que “La existencia misma de las comunidades y pueblos indígenas, y su forma particular de vida –con su cosmovisión y valores culturales–, están íntima y esencialmente ligadas a la tierra que ancestral o tradicionalmente habitan”,²² asegurando que el territorio es más que un espacio físico, es la esencia dentro de la herencia cultural y social de los pueblos indígenas. Esto nos lleva a pensar en cómo proteger la adjudicación y dominio sobre los territorios ayuda a cuidar las tradiciones y saberes de los pueblos.

En Noruega, por ejemplo, la perspectiva normativa está centrada en la protección del pueblo Sami que, al respecto, posee un estatus especial en el reconocimiento de la identidad cultural. De acuerdo con la información presentada por la IWGIA “la normativa internacional como el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce la importancia de salvaguardar sus derechos culturales, territoriales y económicos, asegurando que las políticas públicas no menoscaben su capacidad de mantener y practicar sus tradiciones, como la cría de renos”.²³ Lo que hace sobresalir la cultura y costumbres del pueblo Sami que trata de proteger el Estado noruego. Con estas palabras se comprueba que la normativa noruega en relación a la comunidad Sami, insiste en la autonomía y participación, lo cual constituye una diferencia respecto a otros contextos.

22. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), *Los derechos de los pueblos indígenas: avances y desafíos del sistema interamericano* (2007), 3, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2010/7748.pdf>.

23. Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), *El Mundo Indígena 2024: Sápmi*, consultado el 7 de marzo de 2025, <https://www.iwgia.org/es/documentos.html>.

2. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS: SENTENCIA NO. 1779-18-EP/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Y LA SENTENCIA HR-2021-1975-6 EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA DE NORUEGA

Por una parte, la Sentencia No. 1779-18-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador se refiere a la tutela de los derechos colectivos de la comunidad ancestral La Toglla del pueblo Kitu Kara y la nacionalidad Kichwa. Esta resolución se deriva de una acción extraordinaria de protección que la comunidad se propuso realizar paralelamente al Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) por la intervención del Estado en la soberana elección de sus dirigentes y en la gobernanza del territorio.

La comunidad La Toglla fue reconocida legalmente al recibir 551 hectáreas de territorio tras una sentencia municipal en 1923. El Ministerio de Previsión Social (actual MAG) otorgó reconocimiento jurídico a La Toglla como comuna en 1938, y de esta forma, también se hizo parte del MAG. Sin embargo, La Toglla tuvo que actuar en contra del Estado debido a la intervención que este realizó en la comunidad acerca de autoridades nombradas por la comunidad en medio de MAG en 2017. Es así que la intervención estatal dio lugar a conflictos internos en la comunidad que llevaron a La Toglla a tomar acciones legales.

La acción de protección que se interpuso en primer lugar la llevó a juicio ordinario, pero fue retirada luego de la primera y segunda instancia de rechazo, restando a la localidad uno de sus derechos. Con la decisión de la Corte Provincial de Pichincha, la Toglla pudo finalmente interponer una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional y así tuvo la oportunidad nuevamente de decidir sobre su autodeterminación, organización social y administración de su territorio. Para el análisis del caso La Corte Constitucional abordó el tema de los derechos colectivos garantizados en la Constitución del Ecuador. En concreto, se consideraron los artículos siguientes:

Artículo 57 (1), (9) y (10): "Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumen-

tos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes".²⁴

El artículo 57 de la CRE, en su numeral 1 garantiza el derecho fundamental de los pueblos indígenas a conservar su identidad cultural y cosmovisión, la identidad de las comunidades no se basa únicamente en su lengua y vestimenta, sino también en sus principios, sus saberes ancestrales, su espiritualidad, su forma de vida e incluso las actividades humanas que desarrollan. Asimismo, el primer numeral garantiza que los pueblos indígenas puedan ir desarrollándose y fortaleciendo sus tradiciones e identidades sin la intervención del exterior, de igual manera se pretende proteger sus formas de organización social que pueden no ser las propias del sistema convencional de Estado, este derecho está respaldado por instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas que protegen la diversidad cultural.

Por consiguiente, dentro de la misma línea, el numeral número 9 refuerza la autonomía de los pueblos indígenas en cuanto a la organización de sus comunidades, se les otorga el derecho de organizarse de acuerdo a sus propias normas y principios, respetando sus formas típicas de gobierno y de toma de decisiones. Al mismo tiempo, se da legitimidad al ejercicio de su autoridad en aquella que han sido reconocidos legalmente y que les pertenece por herencia ancestral, lo cual significa que el Estado debe respetar sus propias reglas o prácticas por las cuales rigen su vida social, siempre que no se inhíba el respeto por los derechos humanos.

Por último, el numeral diez, hace referencia al derecho consuetudinario indígena, que viene a ser un conjunto de normas y principios que han elaborado

24. *Constitución de la República del Ecuador*, 2008, art . 57, numerales 1. 9 y 10.

las comunidades a partir de su cultura, tradiciones y su cosmovisión. Su reconocimiento ha de implicar que los pueblos indígenas pueden solucionar sus conflictos de acuerdo con sus propias normas y autoridades en la búsqueda de una solución. Dicho derecho es un ejemplo del pluralismo jurídico, entendiendo por ello que en el seno del Estado pueden coexistir varios ordenamientos jurídicos, sin que este sobrepase los límites de los derechos de los demás. De igual forma, dentro de la sentencia se menciona el artículo 171 de la Constitución del Ecuador, el cual habla del derecho propio, indicando que:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.²⁵

Este artículo reconoce que las comunidades indígenas pueden adjudicarse competencias jurisdiccionales basadas en sus costumbres ancestrales y su derecho propio. A modo de resultado, se reconoce abiertamente su autonomía y la validez de sus estructuras de resolución de conflictos en su propio espacio. Sin embargo, aunado al reconocimiento de la jurisdicción indígena, este derecho estaría supeditado a que las resoluciones jurisdiccionales no vayan en contra de la Constitución de la República o de los derechos humanos reconocidos a nivel internacional.

Es así que luego de un exhaustivo análisis, la Corte determinó que la participación del Ministerio de Agricultura y Ganadería, a partir de las malas estrategias que ha vulnerado el derecho a la autodeterminación de la comunidad de la Toglla. En la resolución, la Corte reitera que “reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades el derecho a la generación y

25. *Constitución de la República del Ecuador*, 2008, art.171

ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y territorios comunitarios de posesión ancestral".²⁶

Entonces, la Corte Constitucional anula las sentencias de las instancias previas a su pronunciamiento y establece que se vulneraron los derechos colectivos de La Toglla. En parte, de la reparación, el MAG tendrá que:

Entregue el original del expediente de la comunidad a la Secretaría de Derechos Humanos o la autoridad competente determinada por el gobierno para el registro de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y mantenga una copia certificada en sus archivos. b. Otorgue disculpas a la comunidad ancestral La Toglla. Esto se efectuará mediante una comunicación dirigida y notificada a la comunidad beneficiaria de la medida en su domicilio con el siguiente contenido: "El Ministerio de Agricultura y Ganadería pide disculpas a la comunidad ancestral La Toglla y a todos sus miembros, por no haber remitido el expediente de la comunidad a la Secretaría de Derechos Humanos y por haber interferido indebidamente en el proceso de designación de autoridades el año 2018. Además, se compromete en lo sucesivo a respetar las decisiones adoptadas por la comunidad en ejercicio de su derecho a la autodeterminación y de autoridad propia". c. Difunda el contenido de esta sentencia a su personal mediante un mensaje a los correos institucionales de las y los servidores, y a la ciudadanía en general mediante la publicación en su portal web institucional durante tres meses, con el objetivo de evitar la repetición de hechos como los sentenciados en este caso. d. Informe a la Corte, al término de los seis meses, sobre el cumplimiento de esta sentencia.²⁷

La decisión de la Corte Constitucional del Ecuador sienta un precedente en la defensa de los derechos colectivos de las comunidades ecuatorianas. La Corte Constitucional asume que el derecho a la autodeterminación del pueblo indígena, implica el respeto absoluto para la organización interna de las comunidades indígenas. Asimismo, siendo un buen referente para impedir la injerencia estatal en los temas internos de las comunidades ancestrales a la vez que previene que el reconocimiento de estos derechos se sujete a la discrecionalidad de los funcionarios de las entidades gubernamentales.

Por otra parte, se plantea la Sentencia HR-2021-1975-6 emitida por la Corte Suprema de Noruega, este caso se refiere a la validez de las resoluciones de concesión de licencias y expropiaciones de terrenos para la edificación de parque eólicos en la península de Fosen en Noruega. El objeto de la controversia

26. Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1779-18-EP/21*, 28 de julio de 2021, párr. 11.

27. Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1779-18-EP/21*, párr 19-20.

recaía en si las referidas resoluciones vulneran los derechos de los Sami, pastores de renos a tenor de los que establece el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual menciona “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.²⁸

Dentro de los antecedentes del caso, se conoce que, en el año 2010, la Dirección de Recursos Hídricos y Energía de Noruega concedió permisos para edificar diferentes parques eólicos en Fosen, en el caso que nos ocupa las infraestructuras de Roan y Storheia junto con líneas eléctricas para integrar al sistema la energía generada por las instalaciones. Ante estas decisiones, organizaciones y pastores de renos Sami impugnaron las mismas ya que el desarrollo afectaría de forma grave su cultura y su modo de vida.

A pesar de haber llegado a las últimas instancias, incluyendo la impugnación en el año 2013, tras la que el Ministerio de Petróleo y Energía validó las licencias con algunos cambios respecto a las anteriores. No obstante, para los pastores de renos Sør-Fosen sijte y NordFosen siida la construcción de los parques eólicos ofrecería sin lugar a dudas un impacto irreversible en la vitalidad de los pastizales invernales. A pesar de estas impugnaciones, los proyectos fueron ejecutados y las infraestructuras entraron en funcionamiento entre 2019 y 2020.

A la vista de esta situación, los demandantes presentaron las solicitudes opuestas, alegando que el desarrollo que se estaba llevando a cabo vulneraba sus derechos en virtud del PIDCP, así como la norma internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (ICERD). En primera instancia, el Tribunal de Distrito de Inntrøndelag falló a favor de las actividades del gobierno y desestimó las alegaciones, concluyendo que se había dado una interferencia, pero que esta no alcanzaba el umbral de una violación de los de-

28. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, adoptado el 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

rechos humanos. No conformes con esa decisión, los demandantes recurrieron la decisión del Tribunal y llevaron la cuestión hasta el Tribunal de Apelación.

En 2020, este Tribunal de Apelación fundamentó su decisión relativa a las áreas perjudiciales, y estableció que éstas se habían visto prácticamente satisfechas como pastos finales de invierno. En su análisis, el Tribunal concluyó que "la pérdida nunca podría compensarse totalmente con el uso de pastos alternativos, que el número de renos tendría que reducirse drásticamente a menos que se implementaran medidas correctivas y que los parques eólicos amenazaban así la existencia misma de la cría de renos en Fosen".²⁹ Lo cual quiere decir que el efecto que generó el desarrollo no solo redujo el espacio disponible para pastoreo, sino que además comprometió la actividad, es decir afectó a la propia cultura Sami.

Por otra parte, la empresa desarrolladora, Fosen Vind, junto con el Estado, alegó que la expropiación y construcción de los parques eólicos eran legales, que se habían hecho consultas adecuadas con los pastores y que el desarrollo de energía renovable tenía un interés social legítimo. Argumentando, además, que la suplementaria no cambiaba esencialmente la práctica cultural Sami y que las medidas adoptadas eran suficientes para mitigar los efectos negativos del proyecto. Por el contrario, el Tribunal de Apelación indicó que "esta situación podría tener como consecuencia que las manadas de renos se redujeran drásticamente",³⁰ y que la pérdida de los mismos no se compensaba con la alimentación de los renos, evidenciando de tal manera la seriedad de la situación.

La cuestión fue objeto de apelación ante la Corte Suprema, donde las siidas alegaron que la construcción de los parques eólicos vulneraba directamente sus derechos culturales, argumentando que la compensación económica no podría sustituir la pérdida de territorios. En este sentido, la Corte Suprema tuvo que determinar si las decisiones del ejecutivo podían vulnerar el artículo 27 del PIDCP y si la evaluación de la compensación debía declararse inadmisibile.

29. Corte Suprema de Noruega, *HR-2021-1975*, 11 de octubre de 2021, párr. 6, 5.

30. Corte Suprema de Noruega, *HR-2021-1975*, párr. 15.

Al momento de abordar esta problemática, la Corte Suprema planteó la posible afirmación de que el desarrollo de los parques eólicos significaba una “denegación” del derecho al disfrute de la cultura Sami, tomando como base pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de la ONU. Se tuvo que determinar si la pérdida de tierras de pastoreo era una interferencia suficientemente grave como para lesionar los derechos de los pastores de renos o si las medidas de mitigación propuestas, como la alimentación suplementaria, serían suficientes para evitar la vulneración.

La Corte Suprema hizo alusión a que “La intervención tiene como consecuencia que Sør-Fosen pierda un pasto crucial a finales de invierno. La pérdida de Storheia provocará con el tiempo una reducción drástica del rebaño y hará imposible operar con un beneficio viable”.³¹ Esto es, que la interferencia no era algo menor, sino que amenazaba con poner en grave riesgo la sostenibilidad económica y cultural de la comunidad Sami.

Por último, la Corte Suprema concluyó que la construcción de los parques eólicos en Fosen era en contravía de los derechos de los pastores de renos recogidos en el artículo 27 del PIDCP. Es así que el Tribunal Supremo resuelve lo siguiente: “En vista de lo anterior, mi conclusión es que la valoración es inadmisibles en lo que respecta a los parques eólicos de Storheia y Roan. La reevaluación se deja de lado en la medida en que afecta a la responsabilidad de Statnett por los parques eólicos”.³² Esto implica que la Corte Suprema concluyó que la concesión de las licencias para los parques eólicos en Storheia y Roan era inválida porque violaba los derechos de los pastores de renos. No obstante, la decisión no se extendió a la infraestructura eléctrica vinculada al proyecto.

31. Corte Suprema de Noruega, *HR-2021-1975*, párr. 6, 7.

32. Corte Suprema de Noruega, *HR-2021-1975*, párr. 28.

3. COMPARACIÓN DE LOS ENFOQUES JURÍDICOS ENTRE LA SENTENCIA NO. 1779-18-EP/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR, Y LA SENTENCIA HR-2021-1975-6 EMITIDA POR LA CORTE SUPREMA DE NORUEGA

Mediante la comparación directa entre el caso noruego asociado a los pastores de renos Sami y la creación de parques eólicos, así como el caso ecuatoriano de la comunidad indígena La Toglla y la intervención del MAG, surgen un conjunto notable de semejanzas y diferencias. Ambos casos se relacionan con la protección de los derechos de grupos minoritarios ante acciones que chocan con sus formas de vida y autonomía. En Noruega, se trata de afectar a los pastos de renos, claramente imprescindibles en la cultura y economía Sami. En el caso de Ecuador se encuentra cuestionada la intromisión del Estado con relación a la elección de autoridades comunitarias.

Una de las principales similitudes radica en la intervención estatal que ambos grupos minoritarios dogmatizan como una amenaza a sus derechos. En Noruega, el otorgamiento de licencias para la construcción de parques eólicos, aunque orientadas hacia el desarrollo energético, impacta directamente los pastizales utilizados por los rebaños. En Ecuador, la intervención es más palpable, con el MAG actuando en la elección de las máximas autoridades, lo que incurre en tensiones y cuestionamientos acerca de la autodeterminación de la comunidad. De otra forma, los casos ejemplifican igualmente los conflictos que surgen en el interior de las mismas comunidades, ya sea por desacuerdos en torno a las compensaciones económicas en Noruega o bien por divisiones en la venta de tierras comunitarias y en la reclamación de la intervención del MAG en Ecuador.

Sin embargo, deben tenerse en cuenta las diferencias más relevantes. En el caso de la Corte Suprema de Noruega, la sentencia se fundamenta tanto en la interpretación del artículo 27 de la PIDCP como en la ICERD en términos de protección de las poblaciones, en este caso de los derechos económicos y culturales de los pastores de renos. En contraste, en el caso ecuatoriano la Corte Constitucional del Ecuador, la sentencia se fundamenta en la Constitu-

ción del Ecuador y los derechos colectivos de los pueblos indígenas, ya que está más enfocada en el derecho a la autodeterminación y la reivindicación de la organización social. Esto pone en manifiesto que se utilizan las distintas estrategias jurídicas y los diferentes enfoques para la tutela de los derechos de grupos minoritarios.

Si revisamos el caso noruego desde una vertiente normativa, tenemos la posibilidad de invocar instrumentos internacionales, así como una Ley sobre los procedimientos de valoración. Por el contrario, en el caso ecuatoriano nos basamos en la Constitución donde prima la autonomía comunitaria. En los dos casos las decisiones judiciales son objeto de revisión por parte de tribunales superiores, lo cual, destaca la importancia de buscar la protección de los derechos de las minorías en el sistema judicial.

Por último, el contenido de ambas decisiones tiene como resultado la relevancia de la garantía de los derechos de las minorías. En el caso de Noruega, la Corte Suprema de aquel país confirma que se vulneraron los derechos de los pastores de renos debido a la instalación de los parques eólicos. Por otro lado, en el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional otorga el amparo con la acción extraordinaria de protección y declara que se antepone el derecho a la autodeterminación de la comunidad La Toglla. Lo que hace ver que es imprescindible que las acciones estatales respeten los derechos de los grupos minoritarios y que además se les dé la posibilidad de intervenir en la toma de decisiones ante sus intereses.

4. AVANCES Y DESAFÍOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS Y MINORITARIOS EN ECUADOR Y NORUEGA

Los pueblos indígenas han tenido un papel relevante en el impulso de un modelo que sea respetuoso con su diversidad cultural, que busque incluir a los pueblos indígenas dentro del Estado, la protección de sus derechos y avance de los mismos. El Doctor Llasag en su artículo sobre el *Constitucionalismo*

Plurinacional e intercultural de transición, indica “Las propuestas de plurinacionalidad e interculturalidad como propuesta de una organización social, política, económica, surgen paradójicamente de los sectores tradicionalmente marginados”,³³ es decir, que de esta forma los pueblos indígenas, normalmente excluidos, han pretendido dar un paso hacia la efectividad de un modelo más inclusivo en el sistema jurídico político del Ecuador, el cual busque el reconocimiento y protección de sus derechos.

En años recientes, el avance por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y de las minorías ha sido importante en el continente europeo y en América Latina, en donde, sin embargo, muchas de las estructuras sociales, políticas y económicas que lo promueven presentan limitaciones que restringen su aplicación práctica. Como afirma Ramiro Orias Arredondo “ Los Pueblos Indígenas de forma progresiva han ido conquistando un lugar específico en el sistema internacional, teniendo un rol protagónico en instancias de diálogo político y, en muchas de ellas, se institucionaliza su participación bajo distintas modalidades de consulta”.³⁴ Por lo que se entiende que, aunque la participación de las minorías es creciente, se siguen enfrentando barreras estructurales que dificultan la implementación plena de los derechos reconocidos.

En Ecuador, la Sentencia No. 1779-18/EP/21 de la Corte Constitucional ha dado cuenta de la vulneración de los derechos colectivos que tiene la comunidad La Toglla, en función de lo cual la Corte Constitucional refuerza el derecho a la autodeterminación indígena; en Noruega, por su parte, la Sentencia HR-2021-1975-6 de la Corte Suprema de Noruega se ha pronunciado sobre la construcción de parques eólicos que repercutían sobre la cultura del pueblo Sami, afirmando que la edificación de parque eólicos atenta contra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

33. Raúl Llasag Fernández, “Constitucionalismo Plurinacional e Intercultural de Transición: Ecuador y Bolivia,” *Revista Meritum* 9, no. 2 (2014): 296, <https://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/2498/1488>.

34. Ramiro Orias Arredondo, “Los pueblos indígenas en el derecho internacional: La cuestión de la libre determinación”, *Revista Umbrales* 17 (2008): 37, CIDES-UMSA, https://www.researchgate.net/publication/315379340_Los_pueblos_indigenas_en_el_derecho_internacional_La_cuestion_de_la_libre_determinacion

Ambas sentencias son indicativas de un avance en la consolidación de un sistema normativo que asegura la protección de los derechos de las comunidades indígenas y de las minorías. Entre los avances más destacados, se encuentra la creciente incorporación de estándares internacionales en la jurisprudencia nacional. Al respecto, la Constitución del Ecuador restablece la naturaleza plurinacional del Estado y recoge garantías para los pueblos indígenas, como sucede con el derecho a la consulta previa o con el derecho a hacer valer su derecho consuetudinario. En Noruega, el reconocimiento del pueblo Sami cuenta con el respaldo de los tratados internacionales que garantizan su intervención en la toma de decisiones que impactan su territorio.

Tanto en Ecuador como Noruega, los tribunales han corregido decisiones administrativas y judiciales que vulneraban los derechos de las minorías, fijando precedentes de importancia en cuanto a la protección de sus derechos colectivos. No obstante, a pesar de este progreso, la operatividad de la ejecución de esas decisiones es inmensa.

En Ecuador, la ausencia del cumplimiento efectivo que permiten las sentencias prohíbe que las comunidades como La Toglla puedan ejercer completamente su derecho a la autodeterminación, ya que se hallan bajo el control de los poderes estatales en su organización propia. En Noruega, aunque la Corte Suprema haya confirmado que los derechos Sami fueron vulnerados, los parques eólicos de Fosen siguen en funcionamiento, es decir, se hace evidente la dificultad para revertir los daños que sus decisiones anteriores han causado. La distancia entre la aceptación de las premisas y la operatividad de esta, sigue siendo un obstáculo común en ambas zonas de estudio.

Un desafío igualmente relevante es la preponderancia de los intereses económicos en las decisiones que inciden en los pueblos indígenas y las minorías. En Ecuador, la presión por parte de los actores estatales y privados que incide en los territorios indígenas es una amenaza permanente, especialmente en casos de conflictos por la posibilidad de acceder a la tierra y recursos naturales. En Noruega, la aparición de proyectos sobre la energía, que se desarrollan sin

llevar a cabo la consulta previa correspondiente, hace evidente el choque existente entre la conservación del medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas y minorías.

En ambos casos, los Estados deben hacer un esfuerzo por conciliar el desarrollo económico y la protección de los derechos colectivos, lo que pasa por una mayor participación de las comunidades que se consideran afectadas por las decisiones. En sí, pese a que la jurisprudencia ha avanzado en la protección de los derechos indígenas y de las minorías en general, la ejecución de las sentencias constituye el principal reto.

La inexistencia de mecanismos eficaces para hacer que estos fallos se cumplan, el peso de intereses económicos, la falta de una consulta previa, y otros factores limitan la efectiva realización de estos derechos. En pos de fortalecer su protección, es necesario que los Estados implementen mecanismos de supervisión y de ejecución que garanticen el respeto a la autodeterminación de los pueblos indígenas y a su efectivo acceso a la justicia.

CONSIDERACIONES FINALES

El estudio de las decisiones de la Corte Constitucional del Ecuador y la Corte Suprema de Noruega revela que en ambas naciones existe cierto grado de comprensión respecto al otorgamiento de derechos a los pueblos indígenas y a las minorías, basado en convenios internacionales que los protegen. Por otra parte, el ejercicio de estos derechos continúa siendo un gran reto. Existe un desfase entre el texto legal y la realidad en que las leyes, en este caso, brindan protección a las comunidades indígenas, pero existen barreras que hacen su implementación imposible. Esto indica que la simple existencia del ordenamiento jurídico no es suficiente para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas. La ineficacia por parte del Estado en estos casos se atribuye a la inexistencia de control o supervisión, la falta de control, la presencia de poderosos grupos de interés, falta de voluntad política, y la insuficiencia de voluntad.

El contraste entre un modelo de estado con plurinacionalidad como el de Ecuador que cuenta con una constitución que reconoce y regula los derechos de los pueblos indígenas y Noruega, país de democracia consolidada que también reconoce derecho de los pueblos indígenas en un marco normativo de derechos humanos, resulta provechoso para reflexionar sobre políticas jurídicas que informen la planificación de reformas legales en otras partes del mundo. Este estudio no solo da una mirada comprensiva crítica sobre la jurisprudencia indígena, sino que también permite formular propuestas sobre su eficaz aplicación en contextos multiculturales con heterogeneidad en sus nacionalidades y realidades socioculturales.

Es pertinente señalar que, tanto en Ecuador como en Noruega, se han producido y se siguen produciendo sentencias en defensa de las comunidades indígenas y de las minorías. No obstante, la efectividad de dichas sentencias sigue siendo limitada. La presión de intereses económicos, la falta de mecanismos de control efectivos, y la resistencia política a la implementación concreta de los derechos reconocidos obstaculizan la ejecución de tales sentencias. Frente a estos problemas, resulta fundamental que los Estados, más allá de ratificar convenios internacionales, fortalezcan las estructuras de vigilancia y control que aseguren el cumplimiento de las sentencias judiciales.

Con respecto a medir la efectividad de los derechos indígenas dentro de estos contextos, sería útil desarrollar criterios objetivos que evalúen la implementación real de las decisiones/sentencias. Tales criterios podrían incluir: la participación efectiva de las comunidades en los procesos de toma de decisiones, el cumplimiento de las obligaciones del Estado respecto a la restitución territorial y el respeto a la autodeterminación, la existencia de procesos de consulta previos, libres, informados y no coaccionados, y la evaluación de los impactos económicos y culturales resultantes de proyectos de desarrollo diseñados para estos pueblos. Esta medición por sí sola proporcionaría una base sólida para evaluar el progreso realizado, a la vez que destaca áreas donde permanecen brechas

significativas en relación con la protección de los derechos de los pueblos indígenas y las minorías.

A través del examen de las decisiones dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador y de la Corte Suprema de Noruega, se demuestra que si bien ambos países han llegado a un consenso respecto de la aceptación de normas internacionales que abogan por la defensa de la protección de los derechos indígenas y de las minorías, su aplicación efectiva en la aplicación práctica se convierte en una dificultad, lo cual demuestra que la previsión legal no necesariamente garantiza la defensa efectiva de los derechos de las comunidades indígenas; ha quedado en evidencia la necesidad de articular mecanismos de cumplimiento y supervisión más eficaces.

El examen entre un Estado plurinacional, con una constitución donde se indiquen explícitamente cuáles son los derechos de los pueblos indígenas, y un país donde los derechos de las personas indígenas se encuentran protegidos en un marco democrático consolidado y donde existen mecanismos de protección específicos, basta para establecer modelos o estrategias que puedan servir en la planeación de futuras reformas jurídicas. Es así, que este análisis no sólo proporciona elementos al estudio de la jurisprudencia indígena, sino que al mismo tiempo puede servir para dar indicaciones o recomendaciones para la forma de aplicar tales derechos en los distintos contextos.

Tanto en Ecuador como en Noruega, los tribunales han considerado vulnerados los derechos de los indígenas y de las minorías, y han llegado a sentencias favorables para las comunidades que han visto vulnerados sus derechos. Sin embargo, la ejecución de las sentencias se enfrenta a obstáculos derivados de la presión económica, de la ausencia de disposición política y de la falta de mecanismos de control eficaces. La existencia de estos problemas indica que la verdadera garantía de los derechos de los indígenas y de las minorías no se encuentra exclusivamente en el marco legal, sino también en su aplicación y en la participación real de las comunidades en la toma de decisiones.

En resumen, aunque ambos países han hecho esfuerzos para proteger marcos legales que defienden los derechos indígenas, la verdadera protección de estos derechos depende de una implementación efectiva. Esto requiere mejorar los mecanismos de ejecución y supervisión, garantizar una participación significativa de las comunidades en los procesos de toma de decisiones y que los tribunales permanezcan proactivos en la salvaguarda de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y las minorías.

REFERENCIAS

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). *Los derechos de los pueblos indígenas: avances y desafíos del sistema interamericano*. 2007. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2010/7748.pdf>.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). *Los pueblos indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2014. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/b1b631f7-30df-4668-9047-6e2060cb30a6/content>.

Comisión Europea. "Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024". <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12122-Human-rights-and-democracy-in-the-EU-2020-24-action-plan>.

Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 1779-18-EP/21*, 28 de julio de 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C, núm. 172.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.

Corte Suprema de Noruega, *HR-2021-1975*, 11 de octubre de 2021.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. 2008. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA). *El Mundo Indígena 2024: Sápmi*. Consultado el 7 de marzo de 2025. <https://www.iwgia.org/es/documentos.html>.

Llasag Fernández, Raúl. "Constitucionalismo Plurinacional e Intercultural de Transición: Ecuador y Bolivia." *Revista Meritum* 9, no. 2 (2014): 287-310. <https://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/2498/1488>.

Naciones Unidas. *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Resolución A/RES/61/295. Adoptada el 13 de septiembre de 2007. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

Narváez Quiñónez, Iván. *De Atenas a los Andes: El arduo camino hacia el constitucionalismo indígena*. Quito: FLACSO Ecuador, 2024. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/59947.pdf>.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. 1965. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

Organización Internacional del Trabajo. *Convenio núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Adoptado el 27 de junio de 1989. Entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf.

Orias Arredondo, Ramiro. "Los pueblos indígenas en el derecho internacional: La cuestión de la libre determinación." *Revista Umbral* 17 (2008): 37. CIDES-UMSA. https://www.researchgate.net/publication/315379340_Los_pueblos_indigenas_en_el_derecho_internacional_La_cuestion_de_la_libre_determinacion

Parlamento Europeo. "Resolución del 3 de julio de 2018 sobre la violación de los derechos de los pueblos indígenas del mundo, incluido el acaparamiento de tierras (2017/2206(INI))". Adaptado el 3 de julio de 2018. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0279_EN.html.

Ruiloba Santana, Eduardo. "Una nueva categoría en el panorama de la subjetividad internacional. El concepto de pueblo". En *Estudios de Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, tomo 1, 303-320. Madrid: Tecnos, 1979.

Received on 17/03/2025

Approved on 09/05/2025

VICTIMOLOGÍA Y DERECHOS HUMANOS:

análisis crítico de la grave desprotección de la víctima en el proceso penal peruano y su comparativa con el estándar europeo¹

David Jared Gallo Ahumada²

Christian Louis Pérez Morales³

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo principal analizar de forma crítica la grave desprotección de las víctimas dentro del proceso penal peruano, bajo esta premisa sostenemos una antítesis entra la vigencia de los derechos de las víctimas en el proceso penal peruano y los estándares de protección aplicados en la Unión Europea; ello a través de una metodología basada en el análisis documental y comparativo de las normas fundamentales que regulan los derechos de la víctimas tanto en el país del Perú como en la Unión Europea: el Nuevo Código Procesal Penal (NCP), la Directiva 2012/29/UE y el Estatuto de la Víctima del Reino de España. Asimismo, a través de este trabajo de investigación se logra evidenciar las principales falencias en la implementación de políticas públicas, la falta de capacitación de los operadores jurídicos en materia de derechos humanos y la ausencia de un enfoque victimo – céntrico. Como consecuencia de esta investigación, se llega a advertir que, a pesar de los derechos estipulados en el artículo 95° del NCP, persisten las graves deficiencias en la protección de las víctimas, tales como la falta de acceso a mecanismos efectivos de reparación y el desconocimiento de los derechos de las víctimas dentro del proceso penal. Finalmente, en un sentido de *lex ferenda*, consideramos que existe una necesidad imperante de implementar reformas estructurales en el proceso peruano inspiradas en un modelo de protección Europeo.

PALABRAS CLAVE: Victimología, derechos humanos; Directiva 2012/29/UE.

1. D. J. G. Ahumada, C. L. P. Morales, "Victimología y derechos humanos: análisis crítico de la grave desprotección de la víctima en el proceso penal peruano y su comparativa con el estándar europeo," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 217 et seq.
2. Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal, Asistente en la Fiscalía Supraprovincial Especializada en Derechos Humanos e Interculturalidad del Ministerio Público, Miembro del Centro de Derecho Humanos de la Universidad Nacional Federico Villarreal – CDH, Miembro Honorario del Taller Alberto Ulloa Sotomayor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – TAUS, Ex Director de Redacción de Columnas de la Primera Edición de la Revista Gaceta Internacional, Ex Miembro del Taller de Derecho Penal de la Universidad Nacional Federico Villarreal – TADEP. <https://orcid.org/0000-0003-0145-2079>.
3. Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad César Vallejo, Docente en la Universidad Técnica del Perú – UTP, Ex. Asistente en la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa del Porvenir y del Equipo Especial de Fiscales para Casos con Víctimas en Protestas Sociales, y autor de artículos publicados en Ciencia Latina. <https://orcid.org/0000-0002-8577-4245>.

VICTIMOLOGY AND HUMAN RIGHTS: CRITICAL ANALYSIS OF THE SERIOUS LACK OF PROTECTION OF THE VICTIM IN THE PERUVIAN CRIMINAL PROCESS AND ITS COMPARISON WITH THE EUROPEAN STANDARD

ABSTRACT: The main objective of this article is to critically analyze the serious lack of protection of victims in the Peruvian criminal process, under this premise we argue an antithesis between the validity of the rights of victims in the Peruvian criminal process and the standards of protection applied in the European Union; this through a methodology based on the documentary and comparative analysis of the fundamental norms that regulate the rights of victims both in the country of Peru and in the European Union: The New Criminal Procedure Code (NCP), Directive 2012/29/EU and the Victims' Statute of the Kingdom of Spain. Likewise, through this research work, the main shortcomings in the implementation of public policies, the lack of training of legal operators in human rights and the absence of a victim-centric approach are evidenced. As a result of this research, it is noticed that, despite the rights stipulated in article 95° of the NCP, serious deficiencies persist in the protection of victims, such as the lack of access to effective mechanisms of redress and the lack of knowledge of the rights of victims within the criminal process. Finally, in a *lex ferenda* sense, we consider that there is an imperative need to implement structural reforms in the Peruvian process inspired by a European model of protection.

KEYWORDS: Victimology, human rights; Directive 2012/29/EU.

ÍNDICE: Introducción; 1. Nociones básicas de la victimología y su interrelación con los derechos humanos; 2. El rol de la víctima durante la evolución del proceso penal en el Perú; 3. La grave desprotección de los derechos humanos de las víctimas dentro del proceso penal peruano; 3.1 La obligación del Estado peruano frente a la protección de los derechos de las víctimas; 3.2 El desconocimiento en materia de derechos de las víctimas; 3.3 La falta de capacitación de los operadores jurídicos sobre los derechos de las víctimas; 4. Las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos de la Unión Europea; 5. El estatuto jurídico de la víctima; 6. Fundamentos críticos de la ineficiencia del Estado peruano frente a la protección de los derechos humanos de las víctimas; 7. La ausencia de regulación efectiva respecto a los derechos de las víctimas en el Perú y su comparativa con el Estándar de Protección europeo de las víctimas; Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

Dentro del contexto peruano, el tópico de la protección de los derechos de las víctimas durante el proceso penal ha sido pocamente discutido en la esfera jurídica y aún menos en el ámbito político; ello debido a que, las instituciones del Estado han mostrado, a pesar de las reformas efectuadas en el sistema procesal en el año 2004, un desinterés por reposicionar a la víctima dentro del proceso penal y garantizar sus derechos, por lo que se advierte una preocupante

inoperancia del Estado peruano frente a situaciones que vulneran las garantías de las víctimas como parte procesal fundamental durante un proceso por la comisión de un hecho ilícito.

No obstante, si bien dentro del contenido normativo del Nuevo Código Procesal Penal peruano se estipulan algunos derechos de las víctimas, es innegable que siguen existiendo graves deficiencias en las garantías de sus derechos humanos y sobre todo se denota la ausencia de un Estado que no posee una política efectiva de protección sobre los agraviados, lo cual se observa en mucho menor medida en sistemas jurídicos en países del “viejo continente” donde es fundamental la aplicación y el irrestricto respeto de los estándares internacionales.

Respecto a la metodología que se ha empleado para la estructuración de la presente investigación, debemos indicar que esta se ha desarrollado en base al análisis documental y comparativo, centrado específicamente en el análisis crítico de normas fundamentales respecto al tópico de la víctima tanto en el país del Perú como en la Unión Europea; asimismo dicha metodología se condice con el objetivo del presente trabajo, ya que logrará como resultado la comparación entre los derechos de la víctima estipulados en el modelo Europeo y los derechos ausentes que no se perciben dentro del Código Procesal peruano, visibilizando una ausencia en el sistema procesal peruano de protección enfocada en la víctima .

Bajo esa línea de ideas, el presente artículo tiene como objetivo analizar de forma crítica la desprotección de las víctimas en el proceso penal peruano, contrastándolo con el modelo europeo de protección y el Estatuto Jurídico de las víctimas, además a lo largo de esta investigación se examinarán: a) las normativas vigentes, b) las falencias en la implementación de políticas públicas y c) la falta de capacitación de los operadores jurídicos, los cuales son factores que contribuyen a la revictimización y a la impunidad.

1. NOCIONES BÁSICAS DE LA VICTIMOLOGÍA Y SU INTERRELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

Es de suma importancia iniciar la presente investigación postulando una idea que se ha convertido en una premisa esencial para el entendimiento de la ciencia de la victimología "el crimen evoluciona junto con la historia del hombre" y es que a lo largo de los años hemos podido advertir como el delito ha sido analizado desde distintos enfoques, en primer lugar, como un fenómeno psicológico, social, político y ahora mismo dentro de este trabajo como un fenómeno jurídico.

No obstante, durante este análisis del fenómeno se podría indicar que se mantuvo aislado del análisis del delito al propio delincuente como ser social con su propia esencia humana, con sus emociones individuales y con sus vivencias que – según lo postulaban la doctrina italiana – guardaban una relación de causa y efecto con el marco sociocultural que los determina como personas que ejercían el delito.

Es bajo este *status quo*, donde se inicia el desarrollo de la victimología y se destaca como un camino distinto de estudio donde ya no importa únicamente el análisis mismo del delito correspondiente al derecho penal ni tampoco adicionar un examen del propio delincuente sino la importancia radica en investigar a la víctima como sujeto pasivo, como afectado directo del delito.

En ese sentido, De la Cuesta sostiene que "(...) los primeros análisis y estudios de carácter victimológicos se centraron en el análisis de la víctima en relación con la comisión del delito, a partir del binomio Mendelshoniano de la pareja penal: delincuente-víctima".⁴ Es así como, para los primeros referentes de la victimología la víctima es una parte imprescindible ya que en algunas situaciones esta es integrante del mismo fenómeno criminal. Asimismo, proponen un estudio de un grupo de personas que son propensas a ser víctimas de delitos, incluso aseverando que la situación de la víctima y el orden social son de mayor influencia para el análisis del fenómeno criminal que el propio delincuente.

4. Paz De La Cuesta, "Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema" (Universidad de Cádiz, 1994), 2.

Sobre este punto, Zúñiga afirma que “si analizamos la propuesta del israelí Mendelshon, quien fue el primero en utilizar el término victimología en la década de los cuarenta, se puede afirmar, que la víctima juega un papel muchas veces involuntariamente activo en la comisión del delito (...)”.⁵ En relación con este punto, Benjamín Mendelshon fue el primer académico en utilizar el término “victimología” durante su conferencia dictada sobre victimología en el año 1947 ante la Sociedad de Psiquiatría de Bucarest, Rumania; siendo esta corriente reforzada por los estudios posteriores del criminólogo alemán Hans Von Hentig, quien elabora y clasifica los tipos de víctimas, enfatizando el rol que cumple la víctima dentro de un acto ilícito criminal.

Por todo lo expuesto de manera primigenia, se ha podido establecer que la victimología forma parte de las ciencias fácticas, ya que reúne entre sus elementos esenciales la racionalidad y la objetividad en su estudio. Adicionalmente, se infiere que por el contenido de su propia terminología tiene por objeto el estudio de la víctima. En base a las perspectivas de Mendelshon y Aniyar de Castro, la victimología está construida sobre tres planos: a) el plano bio-psicosocial, donde el sujeto es puesto diferente a todos los factores que lo estimulan a convertirse en víctima, teniendo en consideración aquellos casos en los cuales no existe el delincuente; por ejemplo, accidentes de tránsito o de trabajo, en estos casos se habla de víctimas independientes, b) el plano criminológico, sobre el cual el problema de la personalidad de la víctima, está en relación biopsicosocial solamente con el conjunto de los problemas de la criminalidad, y c) el plano jurídico, donde se consideraría la víctima en base a la ley.⁶

Es en este punto donde se genera aquella conexión intrínseca entre la victimología y los derechos humanos, habiendo definido a la victimología como la disciplina que estudia a la víctima objeto de delito, de su personalidad, de sus características biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus

5. Verny Zúñiga, “La Victimología desde la perspectiva de los Derechos Humanos” Tesis para optar el grado de Maestro en Derechos Humanos (Universidad Iberoamericana: 2005), 9, <https://ri.iberomx/bitstream/handle/ibero/821/014585s.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Podemos%20decir%20entonces%2C%20que%20la,ley%20por%20parte%20del%20victimario.>

6. Enrique Abrego, “Los derechos humanos de las víctimas” Tesis para optar por el título de abogado (UIA México, 1998), 29.

relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en el desarrollo del delito, se debe poner en la cúspide aquellos derechos de las víctimas los cuales deben ser garantizados por el mismo Estado. Tanto la victimología como los derechos humanos tienen como punto central la protección y el reconocimiento de las personas agraviadas.

Es así que, la relación entre la victimología y los derechos humanos se basa en la protección de la dignidad y reparación de las víctimas, garantizando que se respeten sus derechos fundamentales durante todo el proceso penal donde se buscará el resarcimiento del daño, desde la victimización hasta la reparación.

Finalmente, ambas disciplinas buscan contribuir a una sociedad más justa y equitativa, donde se reconozca y se proteja a las personas afectadas por diversas formas de abusos donde no se garantizó la protección de sus derechos fundamentales. En ese mismo sentido, Abreu señala que "son asignaturas pendientes y urgentes de resolver: la intolerancia, la descarnada violencia, la inseguridad, la injusticia, el terrorismo, la violación a los derechos humanos (...) es deber y vocación reivindicar a las víctimas y edificar un refugio donde convivan el mundo real y la justicia".⁷

2. EL ROL DE LA VÍCTIMA DURANTE LA EVOLUCIÓN DEL PROCESO PENAL EN EL PERÚ

El estatus jurídico-procesal actual de las víctimas dentro del orden jurídico del Perú ha atravesado una evolución trastocada, primigeniamente por una naturaleza profundamente inquisitiva y luego por la instauración de un sistema acusatorio lejos de alcanzar su concepto inteligible – trayendo a colación las teorías filosóficas de platón – del mundo ideal o es de este modo que, la posición de la víctima y la protección de sus derechos dentro del proceso penal en el país ha variado conforme a los modelos procesales que se instauraban siguiendo las reformas en boga de otros países latinoamericanos.

7. Juan Abreu y Abreu, "La victimología a la luz de los derechos humanos", Prolegómenos – Derechos y Valores (Universidad de La Salle, 2009), 110. <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2498/2183>.

En relación con las transiciones que atravesó la figura de la víctima dentro del proceso penal peruano, Ríos sostiene que “(...) eliminadas las partes de su propio conflicto, la víctima se convirtió en la gran olvidada del proceso penal”.⁸ A partir de los años noventa en Latinoamérica se vivía una corriente de reformas impulsadas por el reconocimiento de los derechos fundamentales garantizados por los propios Estados en relación con el proceso penal interno. Dicha tendencia en la legislación comparada yace en la necesidad de adecuar la legislación interna a los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, evidencia de ello se puede atestiguar en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 957 remitido por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal.

Siguiendo esta misma línea, en el caso particular del Perú, se estableció el Código de Procedimientos Penales el cual entró en vigor el 18 de marzo de 1940. Dicha codificación procesal instaurada en el país tenía una naturaleza inquisitiva, donde el juez – lejos de ser un magistrado imparcial – se veía fortalecido con prerrogativas orientadas únicamente a la búsqueda de la verdad, por lo que se le permitía al juez impulsar actos de investigación y posteriormente este mismo tenía que dictar un fallo. Sobre el particular, Oré alude que “el proceso penal mixto quedó estructurado en dos etapas principales: el sumario o instrucción, de corte inquisitivo; y el plenario o juicio, de corte acusatorio.”⁹

No obstante, luego de la aplicación de un modelo procesal penal mixto, mayoritariamente inquisitivo y minoritariamente acusatorio, comienzan a dilucidarse los grandes flagelos de este sistema fallido donde existía una predominación por lo burocrático y un sin sentido respeto por el culto, una veneración absurda al “*rito por el rito*” sin valorar ni ponderar en situaciones donde el formalismo solo se presentaba como una traba para el ejercicio de los derechos procesales de las partes.

8. Gino Ríos, “El Crimen del Castigo, la tarjeta de presentación de una sociedad” (Universidad San Martín de Porres, 2020), 51. <https://hdl.handle.net/20.500.12727/13827>.

9. Arsenio Oré, “Manual de Derecho Procesal Penal” (Gaceta Jurídica, 1996), 16.

Respecto a la víctima, dentro del Código de Procedimientos Penales caracterizado por elementos inquisitivos, desplazó a la víctima como sujeto procesal a un plano superficial, donde si bien se conoce de la existencia de una persona agraviada, es el Juez de Garantías que decide tomar las riendas del juicio incluso asumiendo funciones que un principio las ejercía el Ministerio Público, es de esta manera que los modelos inquisitivos constituían la segregación de la víctima en la resolución de su propio conflicto. Es así como la propia víctima que forma parte de un proceso como consecuencia de un agravio en su contra fue desalojada de esa posición, por la inquisición, que expropió todas sus facultades, desplazando por completo su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal.¹⁰

El antiguo Código de Procedimientos Penales, no incluyó dentro de su articulado alguna especificidad sobre la calidad jurídica procesal de la víctima, únicamente podemos encontrar la posibilidad de esta de poder configurarse como un parte civil dentro del proceso penal. Posteriormente, con la evolución del derecho y la llegada de una doctrina humanista la cual primaba la constitucionalidad y los derechos humanos de las personas, se comienza a legislar con una tendencia garantista y proteccionista con respecto a la víctima, de poniéndola a un rol de observador y de testigo, como ya hemos afirmamos, en este estadio no se le toma a la víctima como una posible solución al problema general de la criminalidad, sino como un simple medio para aplicar la ley penal y, consecuentemente, emitir un fallo con condena.

3. LA GRAVE DESPROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS DENTRO DEL PROCESO PENAL PERUANO

En este punto, resulta pertinente precisar que, el Ministerio de Justicia ya ha establecido en reiteradas ocasiones que el Perú es un país parte de la Convención Americana de Derechos Humanos desde el día 28 de julio del año 1978,

10. Alberto Bovino, "La participación de la víctima en el procedimiento penal" *Revista brasileira de ciências criminais* (ARA Editores, 2003), 588. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5346813>.

además este país admite la competencia litigiosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del 21 de enero del año 1981.¹¹ A pesar de ello, en la actualidad, aún se evidencia la ineficiencia por parte del Estado al proteger los derechos humanos de las víctimas que han sido afectadas por parte los agentes públicos o terceros ante la ausencia del Estado.

Por ello, aseveramos que dicha entidad estatal no posee un mínimo interés en poner a trabajar el aparato público para proteger dichos derechos afectados por acción u omisión; en ese sentido, Castro y Calvay han sostenido que el Perú tiene una importante cantidad de sentencia ante la Corte IDH desfavorables debido a que el Estado peruano no ha tenido la debida diligencia de proteger los derechos humanos.¹²

Además, Pérez señala que el Perú no tiene una política garantista de los derechos humanos de las víctimas; aunado a ello, existe una ausencia de capacitación de los agentes públicos para que estos puedan acercarse a la población e instruirlos en sus derechos que le corresponde cuando son víctimas en un proceso penal”.¹³

En ese sentido, el Estado es quien se encuentra obligado por las Convenciones Internacionales a acoplar su normatividad vigente con relación a los derechos humanos para las víctimas a la realidad jurídica del país a fin de que estos derechos puedan ser garantizados en las instancias policiales, fiscales y/o judiciales, y que no se siga repitiendo dichas vulneración de derechos por parte de los agente públicos; verbigracia, tenemos los casos presentados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Caso de Azul Marín Rojas vs Perú y el Caso de Peña Tuanama vs Perú.

11. Ministerio de Justicia. “Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano”. (Fondo Contravalor, 2001),74.

12. “En defensa del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comentarios sobre el proyecto de ley N°5216/222-CR”, Castro, Claudia y Pedro Calvay, Polemos. Ultimo acceso 19 de 2 de 2025, <https://polemos.pe/en-defensa-del-sistema-interamericano-de-derechos-humanos-comentarios-sobre-el-proyecto-de-ley-n5216-222-cr/>.

13. Christian Perez. “Fundamentos jurídicos para incorporar como agravante cualificada en contexto de violación de derechos humanos en el Código Penal, Trujillo 2024”. Tesis de Posgrado.(Universidad César Vallejo, 2024), 25, https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/153658/Perez_MCL-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

3.1 La obligación del estado peruano frente a la protección de los derechos de las víctimas

El país del Perú, el cual – como ya se ha establecido – es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos – desde ahora CADH – posee ciertas obligaciones para garantizar dichos derechos, lo cual en el Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, se estipula la obligación de respetar los derechos humanos, la cual implica que los Estados partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, además de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción.

Por otro lado, en el citado caso internacional, en sus fundamentos 165 y 166, se extraen las siguientes obligaciones: a) respetar los derechos y libertades, la cual implica la protección a los derechos humanos, b) garantizar derechos y c) prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos en la convención.¹⁴

En esa línea de ideas, el Estado al tener un rol preponderante y garantista de los derechos humanos, debe cumplir con estas obligaciones citadas de conformidad con su suscripción en el Tratado Internacional de Derechos Humanos del cual es parte. En ese sentido, cada violación de derechos humanos cometido por falta de garantismo y seguridad jurídica a cargo del Estado podría ser plausible de responsabilidades internacionales con efectos de sanción.

Es así que, dentro de la CADH se estipula los derechos a la vida, la integridad personal¹⁵ y de conformidad con su artículo 27.2, se conforma como parte esencial en donde los derechos no pueden ser suspendidos en situaciones de peligro público, amenaza para el Estado, conflicto armado o guerra.¹⁶ No es suficiente que el Estado se abstenga de transgredir derechos, sino que debería adoptar medidas para proteger estos derechos de las personas, atendiendo a

14. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras", (Sentencia de de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1988), 12 https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

15. Organización de las Naciones Unidas, "Convención Americana sobre Derechos Humanos", 11 de febrero de 1978, artículo 27.2, 9 https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

16. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9.

circunstancia de vulnerabilidad, condición personal o relación con la administración pública.

3.2 El desconocimiento en materia de derechos de las víctimas

En el Perú, se realizó un informe analítico elaborada por Minjusdh, en la cual señaló que más del 70% cree que el Estado, es el principal responsable en garantizar derechos, no obstante, se percibe que hace poco o nada por los derechos de la mayoría, sumado a la desconfianza en sus instituciones como garantes de los derechos humanos, por otro lado, dicha percepción podría deberse a la falta de conocimiento que puede tener la ciudadanía sobre la labor que hace el Estado en materia de derechos humanos, una mayoría absoluta (94%) demanda un mayor fomento del Estado en este tema.¹⁷

En otro estudio exploratorio, la organización Mesa de Concertación para la Lucha contra la Pobreza, ha destacado que 7 de 10 peruanos sienten que los derechos humanos son poco o nada protegidos y un poco más de la mitad, percibe que los derechos están peor protegidos que hacen 5 años, y no se mejorará en los próximos años.¹⁸

Con la información obtenida se denota una clara ausencia del Estado Peruano en proteger los derechos de las víctimas, es más, que tampoco existe la acción de fomentar los derechos humanos hacia la sociedad, lo que se entiende que cada peruano conoce sus derechos pero que a su vez desconoce cómo estos deberían ser protegidos. Por ende, corresponde realizarnos la siguiente interrogante ¿cuál es el verdadero rol del Estado frente a la protección de los derechos humanos de las víctimas?, es así que en ese punto crítico, el ciudadano peruano al desconocer cuál sería el trámite de la protección de sus derechos, lamentablemente tiende a ser vulnerado y mucho peor en su defecto tiende

17. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, "Informe analítico II Encuesta Nacional de Derechos Humanos." (MINJUSDH, 2020), 156, <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1611168/1.-Informe-analitico-de-la-II-Encuesta-Nacional-de-Derechos-Humanos.pdf.pdf>.

18. Mesa de Concertación, "Desde sus voces: Estudio exploratorio sobre la situación de los derechos humanos en el Perú", (Mesa de Concertación, 2022), 33, <https://www.mesadeconcertacion.org.pe/storage/documentos/2023-05-08/estudio-exploratorio-sobre-los-derechos-humanos-mclcp.pdf>.

que el agente público no lo haga de conocer sus derechos como agraviado en un proceso penal, lo cual evidenciaría que, por parte del Estado no haya sido instruidos a sus funcionarios o servidores sobre la fomentación de los derechos humanos hacia las víctimas desde un inicio, como lo es en la atención al público, dejando de lado la obligación de promoción y respeto por los derechos humanos, por ende el Estado peruano estaría incumpliendo con dicha labor que le ha sido encomendada por haber suscrito los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Es así que, la falta de conocimiento de los derechos humanos por parte de la víctimas supone una ausencia del derecho de la educación que tiene que velar por el Estado, si bien el Estado tiene el rol de promoción, garantista y de respetos por los derechos humanos, por lo tanto, debe cumplirlos y no asumir un rol ausente o un rol de seleccionador de un grupo a lo cual capacitan, esta situación crítica guarda relación con el INEI la cual emitió un informe técnico N° 2,¹⁹ (señalando que con las instituciones del Estado no tienen confianza), debido a que estos, los funcionarios o servidores del Estado no difunden los derechos que le corresponde a los usuarios en su calidad de víctimas, por lo tanto, el rol de promoción de los derechos humanos queda estancada y no difundida hacia la sociedad, ocasionando un incumplimiento de responsabilidad del Estado con el tratado de internacional de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

3.3 La falta de capacitación de los operadores jurídicos sobre los derechos de las víctimas

A la fecha no existe data que involucren la participación activa por parte de los operadores jurídicos (Ministerio Público, Poder Judicial o Policía Nacional del Perú) en la obtención de capacitación especializada y organizada por el Estado, en materia de derechos humanos, esta situación genera una grave deficiencia en el sistema de justicia penal peruana al momento de poder ayudar y atender

19. Instituto Nacional de Estadística e Informática, "PERU: Percepción Ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las Instituciones", (INEI, 2024), 3 <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6421140/5622287-peru-percepcion-ciudadana-sobre-gobernabilidad-democracia-y-confianza-en-las-instituciones-octubre-2023-marzo-2024.pdf>.

a la víctimas de manera correcta; ante este vacío formativo no solo limita la efectiva aplicación de las normas nacionales e internacionales de protección, sino que también perpetúa prácticas que pueden revictimizar a quienes acuden al sistema en busca de justicia.

En un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, como en el que se proclama en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú, resulta inadmisibles que los profesionales encargados de administrar justicia carezcan de herramientas necesarias para garantizar un trato digno y respetuoso hacia las víctimas.

La ausencia de capacitaciones continuas y actualizadas en enfoques victimológicos con características de derechos humanos impide que los operadores jurídicos comprendan las necesidades específicas de las víctimas, particularmente en la atención de las víctimas en los procesos penales como violencia de género, trata de personas, delitos sexuales, criminalidad organizada, entre otros delitos, donde se requiere un abordaje especializado y empático. La Universitat Obertat de Catalunya, ha referido en una nota de prensa que, en toda América Latina existe déficit de profesionales con formación en derechos humanos, y esto no es un hecho aislado sino que los indicadores internacionales de vulneración de derechos humanos lo han ratificado y hablan por sí mismo pero para mejorar estos indicadores, resulta necesario la formación en derechos humanos, la cual es indispensable, pues el respeto de la dignidad humana es responsabilidad de toda sociedad.²⁰

En América Latina, los gobiernos suelen caracterizarse por democracias frágiles, donde problemas como la corrupción, la delincuencia, la discriminación y otros factores representan desafíos significativos que los Estados deben enfrentar. Sin embargo, cuando el Estado no logra abordar eficazmente estas problemáticas, también falla en la protección de los derechos de los individuos, lo que pone en riesgo su integridad y seguridad. Esto se debe a que, al no combatir adecuadamente estos males, se fomenta la impunidad y se debilita el

20. "Déficit de profesionales con formación en derechos humanos en América Latina", Universitat Obertat de Catalunya, último acceso 20 de 02 de 2025, <https://www.uoc.edu/es/news/2021/214-deficit-profesionales-derechos-humanos-america-latina>.

funcionamiento de las instituciones. No solo se trata de que las autoridades no hagan cumplir la ley, sino también de que, cuando las víctimas intentan buscar justicia, los responsables de los abusos quedan impunes y el sistema judicial no cumple con su rol disuasorio. En este contexto, la educación en derechos humanos se convierte en una herramienta fundamental para fortalecer la democracia, garantizando el respeto de los derechos humanos y asegurando su protección efectiva, es más, la Secretaría de Gobernación de México, ha señalado la importancia de sensibilización y capacitación de los funcionarios del Estado en la promoción y defensa de los derechos humanos, pues esto, ayudaría a fortalecer una transformación cultural e implementación efectiva en la capacitación de dichos funcionarios y servidores, pues dicho propósito es evitar vulneraciones por acción u omisión por parte del Estado y que ante la obtención de conocimientos adquiridos puedan brindar un atención integral e inmediata a la víctimas.²¹

4. LAS NORMAS MÍNIMAS SOBRE LOS DERECHOS, EL APOYO Y LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE DELITOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Con fecha 25 de octubre de 2012 se publicó a través del Diario Oficial de la Unión Europea, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea estableciéndose normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas en los delitos, y a su vez se sustituyó con la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

Debemos enfatizar que, la finalidad primordial de esta Directiva radica en la armonización de los derechos de las víctimas en los procesos penales y el Estatuto de la Víctima, de este último se hablará más adelante.

La Directiva citada posee un ámbito de aplicación *erga omnes*, es decir que debe ser aplicada obligatoriamente por parte de todos los Estados miembros

21. Indispensable sensibilizar y capacitar a los servidores públicos en la promoción y defensa de los derechos humanos, Secretaría de Gobernación, último acceso: 20 de 02 de 2025 <https://www.gob.mx/segob/prensa/indispensable-sensibilizar-y-capacitar-a-los-servidores-publicos-en-la-promocion-y-defensa-de-los-derechos-humanos?idiom=es-MX>.

de la Unión Europea e incluso para aquellos casos donde sin haberse cometido el delito dentro de un país parte de la Unión Europea se decide llevar la etapa de juzgamiento dentro de esta última como consecuencia de un análisis de factores específicos del caso.

A través de la Directiva de la Unión Europea materia de análisis, se abordan cuestiones como el concepto de víctima, los supuestos de especial necesidad de protección o el derecho a la información y a la participación en el proceso penal. Además, se denotan ciertas carencias de la norma europea con respecto al derecho a un plazo razonable y la participación de la víctima en la fase denominada ejecución de las penas impuestas. En suma, tal y como lo expresa Pérez-Rivas "La Directiva 2012/29/UE tiene por finalidad garantizar que las víctimas de delitos reciban información, apoyo y protección adecuada y que puedan participar en los procesos penales".²²

Lo mencionado se encuentra incluido en el artículo 1.1. de la citada, donde se incluye también que los Estados miembros velarán por que se reconozca a la víctima en su condición de tal y que sean tratadas de manera respetuosa, sensible, individualizada, profesional, de forma no discriminatoria frente a cualquier servicio estatal de apoyo hacia ellas o de justicia reparadora. Asimismo, se enfatiza que las víctimas deberán recibir este mismo trato cuando se encuentren frente a autoridades de los Estados parte que sean competentes en los procesos penales.

5. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA VÍCTIMA

El citado cuerpo normativo se encuentra estipulado en la Ley N° 4/2015 de fecha 27 de abril de 2015, la misma que tiene por finalidad brindar una respuesta amplia no solo del ámbito jurídico o reparación sino social y minimizadora de efectos traumáticos que han sido ocasionado por el delito que se ha acontecido. También reconoce la dignidad de las víctimas y la defensa de sus bienes materiales y morales.

22. Natalia Pérez, "El modelo europeo de estatuto de la víctima" (Universidad de La Sabana, 2017), 266. <https://www.redalyc.org/journal/720/72055554003/html/>.

Por otro lado, tiene el catálogo general de derechos, dentro del proceso y fuera del proceso, dentro de los principales aspectos se tiene a los derechos de las víctimas, medidas de protección, asistencia y apoyo, protección de menores y personas vulnerables y la coordinación entre instituciones.

Finalmente, el impacto y su relevancia, la norma en mención tiene un avance significativo en la protección de los derechos de las víctimas en España, al establecer un marco jurídico más robusto y garantista. Sin embargo, su efectividad depende en gran medida de la implementación práctica y de la disponibilidad de recursos para asegurar que las víctimas reciban la atención y el apoyo que necesitan.

6. FUNDAMENTOS CRÍTICOS DE LA INEFICIENCIA DEL ESTADO PERUANO FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS

Con la información obtenida se logra puntualizar los siguientes fundamentos críticos de la ineficiencia del Estado peruano frente a la protección de los derechos humanos en las víctimas, siendo a continuación:

La Falta de capacitación especializada de los operadores jurídicos, es uno de los principales problemas que radica en la formación de jueces, fiscales y abogados en materia de derechos humanos, esta carencia limita su capacidad para aplicar correctamente las normas nacionales e internacionales de protección de derechos humanos en los casos penales, siendo específico en la atención eficiente y oportuna de las víctimas en el proceso penal.

Corrupción e ineficiencia institucional, la corrupción y la falta de transparencia en las instituciones del Estado peruano son factores que socavan la protección de los derechos humanos, esto es, cuando las autoridades encargadas de garantizar la justicia están involucradas en actos de corrupción, se genera desconfianza en el sistema y se perpetúa la impunidad, además, existe oficinas encargadas que velan por la protección de víctimas, sin embargo, las mismas no cumple su labor por velar dichas garantías de los agraviados, asumiendo un

rol neutral, conllevando a la víctima a estar asumida en una posición no privilegiada a la cual el NCPP establece, generando en las víctimas preocupación y desinterés para que pueda alcanzar su anhelada justicia deseada.

Falta de implementación de Políticas Públicas Efectivas, aunque el Perú ha ratificado numerosos tratados internacionales de derechos humanos, la implementación de políticas públicas para proteger a las víctimas sigue siendo insuficiente, lo que limita su impacto real, por ejemplo, en el catálogo de derechos establecidos en el NCPP en su artículo 95° no ha tenido énfasis en su difusión ni siquiera los agraviados conocen que tienen derechos, por lo tanto urge una implementación efectiva de estos derechos en una ley.

Falta de educación y concientización en Derechos Humanos, la ausencia de programas de educación y sensibilización en derechos humanos tanto para la población en general como para los funcionarios públicos es otro factor crítico, sin una comprensión clara de sus derechos, las víctimas no pueden reclamar su protección de manera efectiva.

Además, la falta de concientización entre los operadores jurídicos y las autoridades contribuye a que se perpetúen prácticas discriminatorias y excluyentes, la educación en derechos humanos es fundamental para construir una cultura de respeto y garantía de estos derechos, tal como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

7. LA AUSENCIA DE REGULACIÓN EFECTIVA RESPECTO A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PERÚ Y SU COMPARATIVA CON EL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN EUROPEO DE LAS VÍCTIMAS

La ausencia de una regulación efectiva de los derechos de las víctimas en el proceso penal peruano es un tema que ha generado preocupación en el ámbito jurídico y de derechos humanos. A continuación, se analiza esta problemática y se compara con el estándar de protección europeo para las víctimas. En el Perú en el código adjetivo penal, reconoce de manera limitada los derechos de

las víctimas, que se encuentra estipulado en el artículo 95° los cuales han sido desarrollados en puntos anteriores.

Resulta idóneo precisar, que si bien la víctimas tiene estos derechos contemplados en el citado plexo jurídico, pues el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú no brindan una difusión a las víctimas esos derechos tampoco queda constancia de que la víctimas reciban dichos derechos, lo cual *per se* genera una protección por parte del Estado al incumplir su labor de promotor de derechos humanos, he aquí un problema común donde la víctimas desconocen sus derechos en el proceso penal, en ese sentido, radica que los mencionados tienen desconfianza por las instituciones citadas, conllevando a una percepción que no protegen sus derechos, una solución factible sería una regulación efectiva de dichos derechos en la ley, catalogando los derechos establecidos en el artículo 95 del código procesal penal además de proponer otros derechos que no está regulados, a fin de tener una armonía normativa y adecuación con los tratados internacionales de los derechos humanos.

En esa línea de ideas se evidencia una falta de enfoque centrado en la víctima, además se ha denotado que siempre el sistema penal peruano tiene un enfoque centrado en el imputado y que este reciba una sanción, dejándose de lado las necesidades y los derechos de las víctimas, esto reflejan la poca atención que reciben en términos de asistencia psicológica, legal y social, aunado a una protección insuficiente cuando ésta son silenciadas por delincuentes, la cual la víctimas peligra por su vida y no claman justicia, por ejemplo, en los delitos graves o de criminalidad organizada e inclusive en los delitos contra la administración pública, el Estado se hace ineficiente en la protección en la víctima.

La forma que podría conllevarse a una solución efectiva ante dicho problema es la elaboración de una ley que contemple los derechos de las víctimas en el proceso penal aunado a las establecidas del artículo 95° del NCPP, sumado a los esfuerzos de difusión de los derechos hacia las víctimas dentro de las instituciones públicas.

Los supuestos derechos incorporados (propuestos) serían: i) a que se les repare el daño en forma proporcional y justa ocasionada por el imputado, ii) a que se le designe un abogado defensor de víctimas o en su defecto que ésta nombre un defensor particular, iii) a impugnar la disposición de archivo de su causa, iv) a la adopción de una medida protección frente al imputado garantizando su seguridad y la de sus familiares, v) a obtener copia simple gratuita o digital de inmediato desde el inicio de la investigación o en la diligencias que intervenga, vi) a que se le informe de las audiencias por parte del Ministerio Público y en avance a nivel de juicio oral, vii) cuando atañen las graves transgresiones a los derechos humanos, se solicite la intervención de personal calificado o peritos expertos a fin de que coadyuven en la investigación para el esclarecimiento de los hechos, viii) a no ser discriminadas ni limitadas en sus derechos, y ix) a recibir gratuitamente la asistencia de un intérprete o traductor de su lengua, en caso que no pueda comprender el idioma.

En esa línea de argumentación, de los derechos propuestos, se ha recopilado información con el estándar europeo de protección a las víctimas, que están estipulada en la Directiva 2012/29/UE²³ y la ley 4/2015 del Estatuto de la víctima,²⁴ dicha recopilación de normas establece derechos y garantías mínimas de las víctimas.

La comparación entre ambos sistemas evidencia una brecha significativa en la protección de las víctimas, por un lado, el estándar europeo se enfoca en garantizar un trato digno y efectivo, mientras que el sistema peruano adolece de una implementación deficiente y de una falta de recursos para hacer realidad los derechos reconocidos en la ley, para cerrar esta brecha, el Perú podría adoptar algunas medidas inspiradas en el modelo europeo, como: fortalecer la capacitación de los operadores de justicia en materia de derechos de las víctimas, crear servicios integrales de apoyo que incluyan asistencia psicológica,

23. Unión Europea, "Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo", (Diario Oficial de la Unión Europea, 14 de noviembre de 2012), <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2012/29/oj>.

24. Jefatura del Estado Reino de España, "Ley 4/2017- Estatuto de la víctima del delito" (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 28 de abril de 2015), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-4606>.

legal y social, implementar medidas de protección efectivas y adaptadas a las necesidades de las víctimas.

CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de esta rigurosa investigación, se ha logrado evidenciar que el sistema de justicia penal peruano presenta graves deficiencias estructurales que afectan la protección de los derechos humanos de las víctimas, ello a pesar de que en el artículo 95° del Código Procesal Penal peruano reconoce un catálogo sucinto de derechos, pero que en la *praxis* jurídica-social estos resultan insuficientes. Esta situación se ve agravada por la falta de capacitación especializada de los operadores jurídicos, la inexistencia de una política pública victimocéntrica, y un contexto institucional marcado por la desconfianza y la corrupción.

En ese sentido, el análisis comparativo entre el sistema peruano y el modelo europeo de protección a las víctimas ha permitido identificar una brecha significativa en la garantía de los derechos de las víctimas. Por un lado, se tiene que, en el estándar Europeo, establecidos en la Directiva 2012/29/UE y el Estatuto de la Víctima en España, prioriza un enfoque desde la víctima que incluye asistencia psicológica, legal y social. Este contraste evidencia la urgente necesidad de reformar el sistema penal peruano hacia un modelo de protección integral, tal como lo exige el principio de reparación efectiva y el mandato de respeto a la dignidad humana consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por consiguiente, se advierte que el Estado peruano no solo ha incumplido con sus compromisos internacionales, sino que también mantiene un sistema que invisibiliza a las víctimas y las priva de un acceso adecuado a la justicia. En consecuencia, desde la academia, planteamos esta problemática reflejada a lo largo de este artículo a fin de que se evalúe y plantee desde el Poder Legislativo una *lex ferenda* – ley futura – que modifique los actuales derechos de la víctima contenido en el artículo 95° del Código Procesal Penal con la finalidad de que estos sean dotados de mayor contenido jurídico y con disposiciones

que brinden de manera plausible protección a la víctima en la realidad social, donde se incluyan además medidas inspiradas en el modelo europeo, como la creación de servicios integrales de apoyo para las víctimas, la implementación de medidas de protección específicas para grupos vulnerables y la promoción de mecanismos ágiles y efectivos de reparación.

Finalmente, se debe precisar que, los resultados de la investigación han sido contruidos en base a un análisis documental y comparativo de fuentes normativas nacionales e internacionales. En este sentido, se han utilizado la Directiva 2012/29/UE, el Estatuto de la Víctima en España (Ley N.º 4/2015) y diversas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como informes nacionales de percepción ciudadana sobre derechos humanos, para contrastar objetivamente la situación peruana con estándares europeos de protección. El objetivo de la utilización de dichas fuentes ha sido identificar, de manera objetiva y crítica, la brecha entre la legislación nacional y los marcos de protección victimológica más avanzados.

REFERENCIAS

Abrego Morett, Enrique. "Los derechos humanos de las víctimas" Tesis para optar por el título de abogado, UIA México, 1998.

Abreu y Abreu, Juan Carlos, "La victimología a la luz de los derechos humanos", Prolegómenos – Derechos y Valores, Universidad de La Salle, 2009, <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2498/2183>.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. *Ley 4/2017, Estatuto de la víctima del delito*. 2015. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-4606> (último acceso: 21 de febrero de 2025).

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. 2º edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Bazán, Iván. "Los delitos de genocidio y de lesa humanidad. La cuestión de la imprescriptibilidad." *Derecho & Sociedad*, no. 21 (2003): 45-58. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17349>.

Bovino, Alberto. "La participación de la víctima en el procedimiento penal" *Revista brasileira de ciências criminaís*, ARA Editores, 2003, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5346813>.

Caro, Jorge. *El delito de lesa humanidad respuestas a algunos problemas interpretativos*. Lima: Edición 2014, 2014.

Castro Barnechea, Claudia Lucia, y Pedro Junior Calvay Torres. *En defensa del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comentarios sobre el proyecto de ley N°5216/222-CR*. 2023. <https://polemos.pe/en-defensa-del-sistema-interamericano-de-derechos-humanos-comentarios-sobre-el-proyecto-de-ley-n5216-222-cr/> (último acceso: 19 de febrero de 2025).

Chang, Rodrigo. "Debate en torno a la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad: ¿es posible su aplicación retroactiva?" *IUS ET VERITAS* 21, no. 43 (2011): 326-343. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12069>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1978. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convención_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf (último acceso: 20 de febrero de 2025).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras." Sentencia de 29 de julio de 1988. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf (último acceso: 20 de febrero de 2025).

De La Cuesta, Paz. "Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema" (Universidad de Cádiz, Cádiz, 1994).

Diario Oficial de la Unión Europea. *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo*. 2012. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2012/29/oj> (último acceso: 21 de febrero de 2025).

Instituto Nacional de Estadística e Informática. "PERU: Percepción Ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las Instituciones." INEI, 2024. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6421140/5622287-peru-percepcion-ciudadana-sobre-gobernabilidad-democracia-y-confianza-en-las-instituciones-octubre-2023-marzo-2024.pdf> (último acceso: 20 de febrero de 2025).

Maurtua, Oscar. *Derecho Internacional Público*. Primera edición. Lima, 2019.

Medina, Ricardo. "La imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad en la Stc Exp. N° 0024-2010-PI/TC." *Gaceta Penal*, no. 22 (2011): 13-23.

Mesa de Concertación. "Desde sus voces: Estudio exploratorio sobre la situación de los derechos humanos en el Perú." 2022. <https://www.mesadeconcertacion.org.pe/storage/documentos/2023-05-08/estudio-exploratorio-sobre-los-derechos-humanos-mclcp.pdf> (último acceso: 20 de febrero de 2025).

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. "Informe analítico II Encuesta Nacional de Derechos Humanos." 2020. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1611168/1.-Informe-analitico-de-la-II-Encuesta-Nacional-de-Derechos-Humanos.pdf.pdf> (último acceso: 20 de febrero de 2025).

Ministerio de Justicia. *Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Lima: Fondo Contravalor, 2001.

Oré Guardia, Arsenio. "Manual de Derecho Procesal Penal", Lima, 1996, https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_14.pdf.

Pérez Morales, Christian Louis. "Fundamentos jurídicos para incorporar como agravante cualificada en contexto de violación de derechos humanos en el Código Penal, Trujillo 2024." Tesis de posgrado, Universidad César Vallejo, 2024. <https://>

repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/153658/Perez_MCL-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y (último acceso: 19 de febrero de 2025).

Pérez Rivas, Natalia. "El modelo europeo de estatuto de la víctima", Universidad de La Sabana, 2017, <https://www.redalyc.org/journal/720/72055554003/html/>.

Ríos Patio, Gino. "El Crimen del Castigo, la tarjeta de presentación de una sociedad" Lima, 2020, <https://hdl.handle.net/20.500.12727/13827>.

Secretaría de Gobernación. "Indispensable sensibilizar y capacitar a los servidores públicos en la promoción y defensa de los derechos humanos." 2017. <https://www.gob.mx/segob/prensa/indispensable-sensibilizar-y-capacitar-a-los-servidores-publicos-en-la-promocion-y-defensa-de-los-derechos-humanos?idiom=es-MX> (último acceso: 20 de febrero de 2025).

Universitat Oberta de Catalunya. "Déficit de profesionales con formación en derechos humanos en América Latina." 2021. <https://www.uoc.edu/es/news/2021/214-deficit-profesionales-derechos-humanos-america-latina> (último acceso: 20 de febrero de 2025).

Zúñiga Cabalceta, Verny Enrique, "La Victimología desde la perspectiva de los Derechos Humanos" Tesis para optar el grado de Maestro en Derechos Humanos, Universidad Iberoamericana, 2005.

Received on 12/03/2025

Approved on 15/05/2025

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E EMERGÊNCIA CLIMÁTICA:

análise da jurisprudência *pro persona* no caso *Klimaseniorinnen*¹

Amon Elpídio da Silva²

Jamile Bergamaschine Mata Diz³

RESUMO: Numa era de crescentes mudanças em razão do aquecimento global, urge-se a necessidade de uma perspectiva de análise com uma ótica de direitos humanos para com as mudanças climáticas. Este artigo analisa os limites e as possibilidades do controle de convencionalidade na proteção de direitos humanos em contextos de emergência climática, com foco na jurisprudência *pro persona* e no caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and others v. Switzerland*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Inicialmente, explora os fundamentos teóricos do referido princípio e a interação entre direito interno e internacional, destacando críticas ao princípio *pro persona* e à ampliação das competências judiciais. Posteriormente, aborda o caso *Verein KlimaSeniorinnen*, em que um grupo de idosas suíças alegou violação de direitos humanos pela inação climática do governo suíço. Mediante o uso de pesquisa bibliográfica e documental com abordagem qualitativa e debruçando-se em um estudo de caso, tecem-se reflexões para com os desafios e perspectivas do controle de convencionalidade na emergência climática. O estudo relaciona esse caso com o princípio *pro persona* e o controle de convencionalidade, analisando se o TEDH ampliou sua atuação ao interpretar normas de direitos humanos para fortalecer a proteção individual frente às mudanças climáticas.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de convencionalidade; Jurisprudência *pro persona*; Emergência climática.

1. A.E. da Silva, J. B. M. Diz, "Controle de convencionalidade e emergência climática: análise da jurisprudência *pro persona* no caso *Klimaseniorinne*," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 240 et seq.
2. Doutorando em Direito - Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); LL.M. em Direito Europeu e Internacional pelo Europa-Institut da Universität des Saarlandes, Alemanha (2021). Especialista em Direito Econômico Europeu, Universität des Saarlandes (2021). Bacharel em Políticas Públicas e Gestão (2019) - Universidade Federal do Ceará (UFC). Pesquisador no Centro de Excelência Jean Monnet (Erasmus+ & UFMG). <https://orcid.org/0000-0003-1713-2846>.
3. Professora na Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (1997); LL.M. em Instituições e Políticas da UE - Universidad Camilo José Cela - Espanha (2005); LL.M. em Direito Comunitário - Universidad de Alcalá de Henares - Espanha (2003); Doutora em Direito Comunitário - Universidad de Alcalá de Henares (2005). Coordenadora do Centro de Excelência Jean Monnet na UFMG. <https://orcid.org/0000-0001-8709-0616>.

CONVENTIONALITY CONTROL AND CLIMATE EMERGENCY: ANALYSIS OF PRO PERSONA JURISPRUDENCE IN THE KLIMASENIORINNEN CASE

ABSTRACT: In an era of increasing change due to global warming, there is an urgent need for a human rights perspective on climate change. This article analyzes the limits and possibilities of conventionality control in the protection of human rights in contexts of climate emergency, focusing on *pro persona* jurisprudence and the case of *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* and others v. Switzerland, judged by the European Court of Human Rights (ECHR). Initially, it explores the theoretical foundations of this principle and the interaction between domestic and international law, highlighting criticisms of the *pro persona* principle and the expansion of judicial powers. It then looks at the *Verein KlimaSeniorinnen* case, in which a group of elderly Swiss women claimed human rights violations due to the Swiss government's climate inaction. Using bibliographical and documentary research with a qualitative approach and a case study, it reflects on the challenges and perspectives of conventionality control in the climate emergency. The study relates this case to the *pro persona* principle and the control of conventionality, analyzing whether the ECtHR has expanded its role in interpreting human rights norms to strengthen individual protection in the face of climate change.

KEYWORDS: Conventionality control; Jurisprudence *pro persona*; Climate emergency.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Fundamentos teóricos do controle de convencionalidade e da jurisprudência *pro persona*; 2. O caso klimasenorinnen: direitos humanos e inação climática no Tribunal Europeu de Direitos Humanos; 2.1 A opinião dissidente do juiz Eicke e os limites do controle de convencionalidade; 3. Desafios e perspectivas do controle de convencionalidade na emergência climática; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Ao vislumbrarmos como o debate acerca da emergência climática tem estado cada vez mais presente em demandas proclamadas pela sociedade civil, tem-se uma construção político-jurídica que ecoa os desafios impostos. No direito internacional dos direitos humanos não é diferente. O papel das cortes internacionais na interpretação e aplicação de normas constituídas para salvaguardar os indivíduos têm tido mudanças significativas.

É nesse contexto que o controle de convencionalidade tem emergido, agindo como uma ferramenta importante para alinhar os ordenamentos jurídicos nacionais às obrigações internacionais. Tal movimento, particularmente em situações em que as políticas governamentais são insuficientes para enfrentar crises climáticas, traz um contexto inovador de interpretação e aplicação de normas de direitos humanos e a mudança do clima.

Em consonância, será feita uma análise comparada no que concerne a jurisprudência *pro persona*, explorando os limites e as possibilidades dessa abordagem, com ênfase no que orienta a interpretação das normas em favor da proteção mais ampla possível dos indivíduos.

Ainda, a análise teórica fundamenta-se nas contribuições acadêmicas que discutem o controle de convencionalidades, inclusive trazendo debate sobre riscos apontados em uma perspectiva baseada em princípios, como o *pro persona*, especialmente em contextos de expansão das competências judiciais. Por meio do método comparado já mencionado, ponderar-se-á quanto à razoabilidade ou não do princípio *pro persona*, no que diz respeito a direitos humanos e mudanças climáticas.

Para ilustrar a discussão proposta, também será utilizado o método estudo de caso, tecendo foco no caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and others v. Switzerland*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 2024, em que um grupo de idosas suíças alegou que a inação climática do governo de seu país violava seus direitos humanos.

Neste sentido, ao realizar exame à decisão do tribunal, que reconheceu a violação dos direitos das autoras, este estudo busca refletir acerca das implicações do controle de convencionalidade em certas situações. Isto é, *in casu*, o uso do princípio *pro persona* na consolidação de uma jurisprudência voltada à proteção dos direitos humanos em um cenário de emergência climática.

1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DA JURISPRUDÊNCIA *PRO PERSONA*

O controle de convencionalidade é dirimido como a necessidade de cumprimento pelos Estados signatários aos tratados internacionais que estes se comprometeram. Em boa medida, diz respeito ao cumprimento das obrigações internacionais (*pacta sunt servanda*) resultando na interpretação de supremacia da referida Convenção quando comparada a uma norma interna.⁴

4. Thiago Yukio Guenka Campos, "Controle de Convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e ordem internacional: por um diálogo cooperativo entre a

Desta forma, o controle de convencionalidade pode ser entendido como “o controle da compatibilidade entre as leis internas de um país e os tratados de direitos humanos dos quais este país seja parte”.⁵ Compreendendo assim que o controle é então uma forma de harmonizar as leis, vê-se que a própria necessidade de sua aplicação é um fato que justifica a ainda necessária mudança de paradigma no que diz respeito ao cumprimento e respeito às normas internacionais. Isto é, o mero comprometimento adotado pelo Estado a um tratado internacional, mesmo que esse seja ratificado e incorporado, necessita de um monitoramento e completa integração no ordenamento jurídico interno.

Ao analisarmos a atuação de tribunais internacionais, tal como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no uso princípio *pro persona*, vê-se também que, as críticas existentes a sua aplicação, às vezes considerada excessiva, pode levantar um sinal de atenção para a expansão de suas competências. As próprias opiniões dissidentes de alguns magistrados abrem a porteira de discussão de alargamento (talvez involuntário) das competências do tribunal.⁶ Ainda que uma opinião dissidente esteja no lado minoritário vencido.

Muito embora a discussão acerca da prevalência do princípio *pro persona* possa escalar para uma preocupação com procedimentos, regras e condução do devido processo, que são embasados por uma corrente jurídica mais positivista, essa inquietação perde força em razão do contexto atual. Isto é, as necessidades globais e as calamidades contemporâneas têm mostrado um apelo de emergência cada vez maior, trazendo à mesa debates quanto à essencialidade de resgate aos próprios fundamentos da proteção internacional da pessoa humana.

Considerando que o ordenamento jurídico internacional, ao não possuir em seu modelo predominante a aplicação prioritária ao benefício direto ao

Corte Interamericana de Direitos Humanos e o tribunal constitucional brasileiro” (Monografia de Conclusão de Curso, Universidade do Vale do Itajaí, 2010), 115.

5. Carla Ribeiro Volpini Silva e Bruno Wanderley Junior, “A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia,” *Revista de Direito Internacional* 12, nº 2 (2015): 624.
6. Jorge Contesse, “Conventionality Control and the Limits of Pro Persona Jurisprudence,” *The Italian Review of International and Comparative Law* 3, no. 1 (2023):

indivíduo como prioridade, só demonstra que, o sistema por si só, encontra-se ultrapassado. Ora pois “Já não se sustenta o monopólio estatal da titularidade de direitos nem os excessos de um positivismo jurídico degenerado, que excluíram do ordenamento jurídico internacional o destinatário final das normas jurídicas: o ser humano”.⁷ Logo, é evidente que a necessidade de reconhecimento do ser humano como sujeito central da proteção se torna, novamente, o cerne na própria aplicabilidade do controle de convencionalidade.

Nesta toada, a doutrina do controle de convencionalidade consegue afetar a relação entre o direito internacional e o direito interno. Isso pode se dar pelo reconhecimento de que os tribunais nacionais teriam a obrigação, ou minimamente a orientação, de garantir que as leis domésticas estejam em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos. Por isso, essa doutrina rompe com a visão tradicional de que o direito internacional e o direito doméstico são sistemas separados e independentes e, em vez disso, argumenta que eles estão interligados e devem ser interpretados de forma harmoniosa.⁸

A rigor, isso significa que os tribunais nacionais têm a responsabilidade de garantir que suas decisões estejam em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos, mesmo quando não haja uma disposição constitucional explícita exigindo tal conformidade.

Ainda que essa harmonização seja necessária, a realidade mostra muitos exemplos de inquietude quanto à aplicabilidade. Isso ocorre quando analisamos a relação entre as convenções regionais de direitos humanos e as constituições nacionais. A relação entre estes dois instrumentos jurídicos é marcada por uma tensão constante num binômio entre a supremacia das normas internacionais e a soberania nacional.

Isso causa um cenário propenso a haver resistência em alguns Estados que, ao discutirem o mérito de questões inerentes ao direito interno e ao direito

7. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A humanização do direito internacional* (Belo Horizonte: Editora del Rey, 2006), 111.

8. Yota Negishi, *Conventionality Control of Domestic Law: Constitutionalised International Adjudication and Internationalised Constitutional Adjudication* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2022), 26.

internacional, podem apelar para o argumento de soberania na intenção de salvaguardar os interesses nacionais. De tal modo que estes podem se basear estritamente no ordenamento interno, ainda que este esteja em clara oposição ao tratado internacional, provocando uma “desobediência funcional”.⁹

Sendo assim, vê-se que a dinâmica existente entre os instrumentos internacionais de direitos humanos e as constituições nacionais é acompanhada por uma interpretação constante e adaptativa dos direitos fundamentais. Como desafio, tem-se a necessidade de conciliação da universalidade dos direitos humanos com as particularidades de cada contexto nacional e como estes impõem desafios significativos aos operadores do direito.

É assim que a busca por um equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a garantia da ordem social e política demonstra a necessidade de que haja uma abordagem flexível que satisfaça a garantia dos direitos em totalidade, não favorecendo uma seara em detrimento da outra. Em outras palavras, a interpretação dos direitos humanos deve ser vista como um processo contínuo de construção e reconstrução, capaz de responder às novas demandas e desafios da contemporaneidade.

Mediante análise da importância da universalização dos direitos humanos encontra-se a promessa original da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que busca garantir a todos os seres humanos dignidade e liberdade. Porém, a promessa de universalidade e integralidade da Declaração não se concretizou completamente, resultando em uma universalização parcial que privilegia os direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁰

Essa parcialidade na universalização dos direitos humanos, que muitas vezes pode ser impulsionada por conveniência geopolítica ou até mesmo estrutural, fomenta a subsistência de um sistema que perpetua desigualdades e exclusão social. Como consequência, acaba por ignorar necessidades de bilhões de

9. Negishi, *Conventionality Control of Domestic Law*, 136.

10. Melina Girardi Fachin, “Direito humano ao desenvolvimento: universalização, resignificação e emancipação” (Tese de Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013), 11.

pessoas em todo o mundo, o que perpetua a pobreza, a falta de equidade, e a injustiça social.

A própria busca por uma compreensão mais abrangente da dignidade humana é percorrida em dimensões básicas e culturais.¹¹ Uma vez que a dimensão básica pode se referir ao respeito à vida, liberdade e integridade física e moral de cada indivíduo,¹² é compreensível que, diante dos desafios contemporâneos, novas interpretações que levem em conta a universalidade dos direitos sejam feitas.

A vista disso, a crise climática representa um dos maiores desafios em termos civilizacionais, tanto a nível global como regional, e a proteção e promoção dos direitos fundamentais está intrinsecamente ligada a isso. Desta forma, a vida e a dignidade humanas – e toda a gama de direitos fundamentais – dependem da segurança e integridade do sistema climático para a sua adequada salvaguarda em termos constitucionais.

O reconhecimento de um direito a um clima limpo e seguro e os deveres estatais correlatos decorrem logicamente dos recentes desenvolvimentos nesta matéria, tanto no domínio do Direito Constitucional (e da teoria dos direitos fundamentais) como no do Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹³ O Alto Comissariado das Nações Unidas também possui relatório que reforça o direito a um clima limpo e seguro e os deveres estatais nessa matéria.¹⁴

Essa evolução normativa, ao reconhecer o direito a um ambiente saudável e seguro, demanda uma interpretação dinâmica dos instrumentos de proteção dos direitos humanos, especialmente no que se refere ao controle de convencionalidade.

11. Narciso Leandro Xavier Báez, "Human Dignity: Double Dimensions Theory", em *International Perspectives of Multiculturalism: The Ethical Challenges*, org. Ornette D. Clennon (Nova York: Nova Science Publishers, 2015), 80.

12. Báez, "Theory of Justice", 80.

13. Ingo W. Sarlet and Tiago Fensterseifer, "Fundamental Rights Theory and Climate Protection Through the Lens of the Brazilian Constitution," *e-Publica* 9, no. 3 (2022): 26-54, at 36.

14. Organização das Nações Unidas, *Obrigações de direitos humanos relacionadas ao usufruto de um meio ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável: Relatório do Relator Especial*, Doc. ONU A/HRC/40/55 (8 de janeiro de 2019), parágrafo 36, acesso em 14 de janeiro de 2025, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g19/002/54/pdf/g1900254.pdf>.

Neste sentido, o princípio *pro persona* apresenta-se como uma ponte entre as convenções regionais e outras fontes internacionais, integrando os tratados de direitos humanos às constituições nacionais. Ainda, em consonância com o atual cenário de emergência e justiça climática, dá a oportunidade de que cortes nacionais, munidas da capacidade de aplicar critérios internacionais no controle de constitucionalidade, possam trazer expansão à aplicação de direitos humanos.

É com o esmero da compreensão de aliar os aspectos teóricos considerados fundamentais para o exercício do controle de convencionalidade que se busca alcançar o máximo de proteção à pessoa humana. Vê-se então como implícito que o direito a viver em um ambiente saudável é um direito humano, ainda que pela interpretação judicial.¹⁵ Ou em alguns casos modernos, com normas explícitas que tratam do tema.

A constitucionalização da adjudicação internacional, que caracteriza esse mecanismo, permite que os tratados regionais de direitos humanos assumam um papel normativo equivalente às constituições nacionais, enquanto a internacionalização da adjudicação constitucional facilita a aplicação de normas internacionais pelas cortes domésticas.¹⁶ Nesse sentido, a análise dos limites e das possibilidades do controle de convencionalidade, especialmente em sua conexão com a jurisprudência *pro persona*, é indispensável para avaliar seu impacto em contextos emergentes, como os desafios climáticos e suas implicações para os direitos humanos.

Vê-se que a extensividade do princípio *pro homine* (*pro persona*) pode ser recomendada, especialmente quando por meio deste “fica assegurada ao ser humano a aplicação da norma mais protetiva e mais garantidora dos seus direi-

15. David R. Boyd, “O direito constitucional implícito de viver em um ambiente saudável” [The implicit constitutional right to live in a healthy environment], *Review of European Community & International Environmental Law* 20, n° 2 (2011): 171-179, 172.

16. Negishi, *Conventionality Control of Domestic Law*, 22.

tos, encontrada como resultado do “diálogo” travado entre as fontes no quadro de uma situação jurídica real”.¹⁷

Logo, à luz do caso proposto à discussão, vê-se como janela de oportunidade que, mesmo que não fazendo menção expressa à proteção do indivíduo quanto aos efeitos das mudanças climáticas, a interpretação nesse sentido favorece a preservação da vida e da dignidade humana. O próprio ineditismo do desfecho do caso pode ilustrar os fundamentos teóricos do controle de convencionalidade, como veremos a seguir.

2. O CASO KLIMASENIORINNEN: DIREITOS HUMANOS E INAÇÃO CLIMÁTICA NO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

O caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and others v. Switzerland*, julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), representa um marco na interseção entre direitos humanos e questões climáticas. A ação foi iniciada em 2016 por um grupo de mulheres idosas suíças, que alegaram que a inação climática do governo suíço colocava em risco seus direitos constitucionais e humanos, especialmente diante do impacto das ondas de calor agravadas pelas mudanças climáticas.¹⁸

A demanda baseou-se em disposições da Constituição Suíça, como o direito à vida (artigo 10), o princípio da sustentabilidade (artigo 73) e a proteção ambiental (artigo 74),¹⁹ bem como em artigos da Convenção Europeia de Direitos

17. Valério de Oliveira Mazzuoli, *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*, 2. ed. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011), 125.

18. *Association of Swiss Senior Women for Climate Protection v. Federal Department of the Environment, Transport, Energy and Communications (DETEC) and Others*, No. A-2992/2017 (2016), Climate Change Litigation Databases, acesso em 15 de janeiro de 2025, <https://climatecasechart.com/non-us-case/union-of-swiss-senior-women-for-climate-protection-v-swiss-federal-parliament/>.

19. Confederação Suíça, *Constituição Federal da Confederação Suíça de 18 de abril de 1999*, acesso em 15 de janeiro de 2025, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en>.

Humanos (CEDH), particularmente os direitos à vida (artigo 2) e ao respeito à vida privada e familiar (artigo 8).^{20, 21}

As autoras argumentaram que o governo suíço não adotava metas suficientemente ambiciosas para reduzir as emissões de gases de efeito estufa e que suas políticas climáticas eram inadequadas para proteger os cidadãos dos efeitos adversos das mudanças climáticas. Apesar disso, os tribunais suíços rejeitaram a ação em diversas instâncias, inclusive na Suprema Corte, sob o argumento de que as demandantes não possuíam legitimidade para ajuizar a ação e que a questão climática deveria ser tratada por meios políticos, e não judiciais.²²

Após esgotarem os recursos nacionais, as autoras levaram o caso ao TEDH em 2020, que aceitou analisá-lo, incluindo contribuições de terceiros interessados e audiências para aprofundar a questão. Em sua decisão de abril de 2024, o TEDH concluiu que a Suíça violou o direito ao respeito à vida privada e familiar e ao acesso à justiça das demandantes, destacando que o governo falhou em adotar medidas adequadas para mitigar os impactos das mudanças climáticas e proteger os direitos humanos das autoras.²³

No que tange aos parâmetros estruturais jurídicos utilizados pela corte para a tomada de decisão, teve-se, a nível internacional, os documentos a seguir.

Tabela 1 - Principais instrumentos jurídicos utilizados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and others v. Switzerland*

Tratado, acordo ou instrumento de relevância internacional	Ano
Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos ²⁴	1981
Protocolo de San Salvador ²⁵	1988

20. Conselho da Europa, *Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*, série de tratados do Conselho da Europa 005 (Estrasburgo, 1950).

21. *Association of Swiss Senior Women v. DETEC*, No. A-2992/2017.

22. *Association of Swiss Senior Women v. DETEC*, No. A-2992/2017.

23. Ajit Niranjana, "Direitos humanos violados por inação suíça sobre clima, decide Tribunal Europeu em caso histórico," *The Guardian: Crise climática*, 9 de abril de 2024, acesso em 15 de janeiro de 2025, <https://www.theguardian.com/environment/2024/apr/09/human-rights-violated-inaction-climate-echr-rules-landmark-case>.

24. Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, *Caso Verein Klimaseniorinnen Schweiz e outros versus Suíça* (Estrasburgo, 9 de abril de 2024), 105.

25. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 103.

Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima ²⁶	1992
Protocolo de Kyoto ²⁷	1997
Convenção de Aarhus ^{28,29}	1998
Tratado da União Europeia (TUE) ³⁰	2007
Acordo de Paris ³¹	2015
Declaração da Conferência das Partes (COP) 26 ³²	2021
Declaração da Conferência das Partes (COP) 27	2022
Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o direito humano a um desenvolvimento limpo, saudável e sustentável ³³	2022
Declaração da Conferência das Partes (COP) 28	2023

Destaca-se ainda que, dentre os materiais utilizados, estão: outras resoluções das Assembleias Gerais das Nações Unidas;³⁴ resoluções, relatórios, e procedimentos especiais do Conselho de Direitos Humanos e de diversos outros conselhos especiais da ONU; materiais provenientes do Conselho da Europa; e atos legislativos da União Europeia (UE).³⁵

Veja-se que, muito embora a Suíça não faça parte da União Europeia, o TEDH utilizou fontes do direito europeu em consideração para tecer sua decisão.³⁶ A Corte considerou importante observar como outras jurisdições, incluindo a UE, estão lidando com questões semelhantes. Colige-se o uso do direito da UE foi

26. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 50.

27. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 53.

28. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 60.

29. A Convenção de Aarhus é um acordo internacional que dá às pessoas o direito de acesso à informação, participar na tomada de decisões e procurar justiça em questões ambientais. É o único instrumento global juridicamente vinculativo sobre democracia ambiental. Para mais, ver Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa, *Convenção sobre Acesso à Informação, Participação Pública no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental* (Aarhus, Dinamarca, 25 de junho de 1998), acesso em 15 de janeiro de 2025, <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

30. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 93.

31. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 54.

32. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 55.

33. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 64.

34. Ano de assinatura, conclusão, ou última atualização do documento. Não se trata do ano em que o mesmo entrou em vigor.

35. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 2.

36. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 55.

utilizado para fins de comparação e para ilustrar a evolução global das normas jurídicas relacionadas à mudança climática.

Ainda, em reforço para apoiar sua análise da posição processual das associações em litígios climáticos, a Corte cita jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) sobre a Convenção de Aarhus, particularmente em relação ao acesso à justiça em questões ambientais.

Para demonstrar a convergência global em relação ao reconhecimento da ligação entre direitos humanos e meio ambiente, a Corte traz como destaque a Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre Meio Ambiente e Direitos Humanos (2017), que derivou o direito a um meio ambiente saudável do Artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.³⁷

Observando também o crescimento da importância da proteção ambiental no contexto dos direitos humanos em diferentes regiões do mundo, a Corte traz o caso *Social and Economic Action Rights Centre v. Nigeria* (2002) demonstrando a atuação da Comissão Africana para ressaltar os direitos ambientais, à participação pública e à responsabilidade das empresas em relação aos danos ambientais.

Vê-se que, para o caso em questão, a queixa principal apresentada se fundamenta na falta de esforços da Suíça para a redução das emissões compatível com o objetivo de manter as temperaturas globais muito abaixo dos 2°C acima dos níveis pré-industriais³⁸ (conforme estipulado pelo Acordo de Paris).

Destaca-se ainda que a Corte chegou a reconhecer que as mudanças climáticas têm efeitos globais e afetam um número indefinido de pessoas de diferentes maneiras. E, em razão disso, estabeleceu um alto limiar para que alguém seja considerado vítima e possa recorrer à Corte.

Em boa medida: estar sujeito a uma alta intensidade de exposição aos efeitos adversos das mudanças climáticas. Isso significa que os impactos devem ser graves e diretamente impactar a vida da pessoa, demonstrando a ausência ou inadequação de medidas razoáveis para mitigar os danos. Ou seja, deve provar

37. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 104.

38. *Association of Swiss Senior Women v. DETEC*, No. A-2992/2017.

que não há proteção suficiente para ele contra os efeitos das mudanças climáticas. Deste modo, a Corte Europeia de Direitos Humanos tentou estabelecer um equilíbrio delicado ao criar critérios específicos para avaliar casos relacionados às mudanças climáticas. Para que seja garantido que pessoas com impactos reais possam recorrer à justiça, ao mesmo tempo em que se evita um volume excessivo de processos que possam sobrecarregar o sistema judicial.³⁹

Ainda que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não explicita o direito a um ambiente saudável, como no artigo 8 que foi utilizado pelas requerentes em seu pleito, nota-se que o mesmo também é considerado implícito, segundo a própria interpretação adotada.

Embora o TEDH tenha reconhecido que as autoridades nacionais gozam de ampla discricionariedade em relação à implementação de legislação e medidas, havia mais a ser feito. Pois o tribunal considerou que as autoridades suíças não agiram a tempo e de forma apropriada para conceber, desenvolver e implementar legislação e medidas relevantes nesse caso. Além disso, a Corte considerou que o Artigo 6 §1 da Convenção Europeia⁴⁰ se aplicava à reclamação da associação requerente com relação à implementação efetiva da mitigação.

Em casos relativos a questões ambientais com o uso do referido artigo, a Corte realizou um exame para aferir se as autoridades nacionais estabeleceram um justo equilíbrio. Isto é, um balanceamento entre o direito de um indivíduo

39. Andreas Hösli e Meret Rehmann, „Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland: The European Court of Human Rights' Answer to Climate Change,” *Climate Law* 1, aop (2024): 268.

40. Artigo 6° - Direito a um processo equitativo - §1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. Conselho da Europa, *Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*, série de tratados do Conselho da Europa 005 (Estrasburgo, 1950).

ao respeito pela vida privada e familiar e o bem-estar econômico do Estado em causa (o chamado “teste do justo equilíbrio”).⁴¹

No que tange ao uso do princípio *pro persona* em sua decisão, a corte fez uso para reconhecer o *locus standi* da associação reclamante (*Verein Klimasenioren Schweiz*) para agir em nome de seus membros.⁴² Isto é, apesar de a associação em si não ter sido diretamente afetada pela legislação contestada, ou falta do emprego de ações mais contundentes contra as mudanças climáticas, a sua representação foi reconhecida mediante o uso do princípio que busca a interpretação mais ampla possível dos direitos humanos em favor do indivíduo (*pro persona*).

Ainda que o princípio *pro persona* não esteja explicitamente citado na decisão, aqui se faz uma interpretação à luz da própria permissividade dada pela Corte ao justificar seu ato de acatar o pleito do reclamante (no caso, a associação), em razão de sua representatividade.

E não só isso. A corte afirmou que a proibição de *actio popularis* no sistema da Convenção não impede que uma associação possa representar seus membros em casos de mudanças climáticas.⁴³ Assim, a corte reconhece que as associações desempenham um papel crucial na proteção ambiental, especialmente em casos como esse, em que os danos causados pelas mudanças climáticas são generalizados.

Logo, a corte europeia optou por reconhecer que as associações podem ter *locus standi* para representar os interesses de seus membros, mesmo que a associação em si não seja uma “vítima” direta. Coadunando com isso, está o fato de que questões relacionadas às mudanças climáticas envolvem, na maioria das vezes, danos ou riscos de danos que afetam um grande contingente de indivíduos, o que acaba tornando exaustivo para cada indivíduo apresentar uma reclamação.

41. Laura-Cristiana Spătaru-Negură, “Climate change and the most recent ECTHR grand chamber rulings,” *Challenges of the Knowledge Society* (2024): 335.

42. Tribunal Europeu, *Klimasenioren versus Suíça*, 179.

43. Tribunal Europeu, *Klimasenioren versus Suíça*, 191.

O precedente aberto, por mais que seja altamente relevante, traz desafios quanto a sua aplicação prática nos tribunais nacionais dos 46 Estados-Membros do Conselho da Europa. Isto porque agora permanece incerta se a decisão será realmente utilizada em razão da diversidade de opiniões políticas e obrigações internacionais de cada país.⁴⁴

É aí que a égide do controle de convencionalidade se apresenta, de modo difuso. Como visto na Tabela 1, um aparato de instrumentos internacionais foi utilizado para embasar a decisão em favor da associação suíça. E, para a continuidade do efetivo controle em outros sistemas jurídicos locais, tem-se como expectativa que a decisão da corte europeia possa reverberar não só em nível regional, mas amplamente no mundo inteiro.

2.1 A opinião dissidente do juiz Eicke e os limites do controle de convencionalidade

Dentre as perspectivas que se apresentam no que competem às críticas ao uso do princípio *pro persona*, ainda que implicitamente, é importante refletir sobre a única opinião dissidente no TEDH: a do Juiz Tim Eicke.

O juiz Eicke expressa preocupações sobre a expansão do conceito de “vítima” e a criação de um novo direito relacionado à mudança climática. Essa abordagem, segundo ele, ultrapassa os limites da interpretação evolutiva da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e entra em um terreno legislativo, papel que não cabe à Corte Europeia dos Direitos Humanos.⁴⁵

Essa crítica possui sinergia com a análise de Jorge Contesse sobre os limites do controle de convencionalidade, particularmente no que tange à utilização do princípio *pro persona*. Contesse argumenta que, embora o princípio seja uma ferramenta interpretativa válida para a proteção dos direitos humanos, seu uso

44. Marie Joséphine E. Fernandez, *A Abordagem do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre as Mudanças Climáticas: Análise dos aspectos construtivos e metodológicos do caso inédito Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e Outros versus Suíça* (dissertação de mestrado, Universidade da Islândia, 2024), 73.

45. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 242.

como mecanismo para a alocação de competências é problemático, pois pode levar à expansão indevida do poder das cortes internacionais.⁴⁶

A argumentação do juiz Eicke tem como um de seus pontos principais que a maioria da Corte, ao conceder status de “vítima” a uma associação que representa indivíduos afetados pela mudança climática, estaria, na prática, criando um novo direito que não está explicitamente previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁴⁷

A opinião do juiz busca apelar para que a Corte se ativesse à interpretação dos direitos existentes, em vez de “criar novos”, e que essa expansão do conceito de vítima pode criar consequências negativas para a legitimidade do TEDH.

Ambos argumentam (Eicke e Contesse) que, embora a proteção dos direitos humanos seja fundamental, as cortes devem operar dentro dos limites de suas competências estabelecidas por tratados e normas internacionais.

No entanto, cabe explicitar que, em razão da celeridade dos efeitos devastadores causados pelas mudanças climáticas, há de se entender o porquê da tomada de decisão da Corte nesse sentido. Um outro ponto que corrobora isso é o fato de estar implícito não só na Convenção Europeia, mas em outros instrumentos de relevância internacional utilizados.

Ainda, a decisão traz em seu núcleo um caráter universalista de direitos humanos, inovando inclusive na abordagem humana para com as mudanças climáticas. É nítida a intersecção entre direitos humanos, equidade e dignidade no contexto das mudanças climáticas. Uma vez que a sentença reconhece a importância da proteção dos direitos humanos em face dos impactos ambientais, particularmente para grupos vulneráveis como os idosos.

Logo, a sentença demonstra um tipo de controle de convencionalidade, similar ao utilizado no sistema interamericano, ao analisar as obrigações da Suíça sob a Convenção Europeia dos Direitos Humanos em relação às suas políticas de combate às mudanças climáticas. Ao realizar o exame de compatibilidade das leis e práticas suíças com as normas da Convenção Europeia (Artigos 2

46. Contesse, “Controle de Convencionalidade,” 127.

47. Tribunal Europeu, *Klimaseniorinnen versus Suíça*, 243.

(direito à vida) e 8 (direito ao respeito pela vida privada e familiar)), é possível concluir que o controle foi exercido buscando avaliar o impacto das mudanças climáticas na saúde e bem-estar das pessoas.

Embora proveniente do sistema europeu, a decisão do TEDH contribui para um diálogo global sobre direitos humanos, equidade e dignidade no contexto das mudanças climáticas. A ênfase na necessidade de acesso à justiça em questões ambientais, ecoa as preocupações sobre justiça ambiental na América Latina, que tem sido afetada por desastres climáticos com o passar dos anos. E sendo assim, em razão da prevalência do uso do controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos, a contribuição da sentença para a região é ainda mais oportuna para que haja possíveis cenários futuros em que as mudanças climáticas estejam em foco.

Isto posto, tem-se então evidência de que há um diálogo intercorrente entre o sistema interamericano e europeu, debruçando-se em análise nos instrumentos utilizados, bem como no exercício do controle de convencionalidade, comumente utilizado no sistema interamericano.

O caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and others v. Switzerland* reflete a crescente atenção das cortes internacionais à emergência climática e afirma a possibilidade de responsabilização dos Estados por inações climáticas que resultam em violações de direitos humanos. Ao mesmo tempo, também traz à tona críticas quanto à possibilidade de ampliação das competências dos tribunais internacionais e sua capacidade de criar normas jurídicas de forma inovadora. Logo, levantando debates sobre o papel dessas instituições na definição de políticas públicas em temas sensíveis e complexos como as mudanças climáticas. Se faz importante, portanto, que a análise do caso possa contribuir no fomento para explorar os desafios e as oportunidades da utilização do direito internacional dos direitos humanos como instrumento para enfrentar a crise climática.

3. DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA EMERGÊNCIA CLIMÁTICA

As mudanças climáticas têm imposto cenários complexos à aplicação do controle de convencionalidade, moldando o papel das cortes internacionais na proteção dos direitos humanos. A jurisprudência *pro persona*, tem se mostrado um mecanismo estratégico para enfrentar as lacunas regulatórias nos ordenamentos jurídicos nacionais.

No caso *KlimaSeniorinnen*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos demonstrou, ainda que indiretamente, como o controle de convencionalidade pode ser aplicado em contextos climáticos. A ampliação de responsabilidades por parte dos Estados para além das obrigações tidas como tradicionais tem proporcionado a chance de dirimir questões, de modo histórico, com base nos padrões estabelecidos pelas convenções internacionais.

Evidentemente, o TEDH acabou por estabelecer um novo marco legal para a responsabilização dos Estados em relação à emergência climática. E, no mesmo sentido de relacionar o controle de convencionalidade, tido como predominantemente interamericano, o caminho inverso também se faz presente.

Isto é, ainda que não tenham relação direta, um recente movimento encabeçado pelo Chile e pela Colômbia, chama atenção por buscar saber como lidar com a resposta às mudanças climáticas num mundo onde os direitos humanos, em um novo marco, também passam a integrar a proteção ao clima.⁴⁸

O caso chileno-colombiano, busca auxílio à Corte IDH para entender a definição das obrigações estatais para enfrentar a emergência climática sob a égide do direito internacional dos direitos humanos. Esta empreitada alinha-se com a estratégia do caso *Verein KlimaSeniorinnen*, logo que ambas as situações, embora com méritos distintos, destacam a importância do princípio da prevenção.

48. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática e Derechos Humanos à Corte Interamericana de Derechos Humanos da República da Colômbia e da República do Chile* (9 de janeiro de 2023), acesso em 21 de janeiro de 2025, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_es.pdf.

Em outros termos, questionando a responsabilidade estatal por não evitar os impactos climáticos, seja por meio de políticas de mitigação ou de adaptação.⁴⁹ Além disso, ambos os casos expõem uma dualidade que precisa ser levada em conta pelos Estados: agir rápido e prevenir ao máximo (Colômbia e Chile) vs. tomar ações que são insuficientes e desconsiderar a sociedade civil organizada (Suíça).

O pedido de opinião consultiva à Corte Interamericana possui uma dimensão regional que não foi diretamente abordada no caso europeu: a ênfase na importância da cooperação internacional (pedido de dois Estados regionais) e da reparação dos danos causados pelas mudanças climáticas.

A opinião da Corte Interamericana, quando proferida, terá um impacto significativo no cenário jurídico latino-americano. E a perspectiva de que o princípio *pro persona* esteja nela presente poderá balizar o emprego do controle de convencionalidade em casos nacionais que tratem do tema, que tem expectativa de crescimento exponencial para os próximos anos. Logo, um precedente dessa natureza terá peso para influenciar a jurisprudência de outros tribunais internacionais e nacionais, contribuindo para o fortalecimento do arcabouço jurídico internacional para a ação climática.

Assim, a decisão europeia proferida traz o reconhecimento de que as ações estatais, quando consideradas insuficientes, colocam em risco os direitos humanos, evidenciando que os Estados têm obrigações específicas nesse contexto. Logo, o TEDH deixou sublinhado a importância das evidências científicas (como melhores provas disponíveis) para orientar as políticas climáticas, destacando assim o papel crucial do diálogo entre o direito e a ciência.⁵⁰

49. As políticas de mitigação visam combater as causas das mudanças climáticas, buscando reduzir as emissões de gases de efeito estufa (GEE). O propósito principal é a prevenção e redução de impactos futuros, atuando na raiz do problema. Já as políticas de adaptação concentram-se em se preparar para os efeitos inevitáveis das mudanças climáticas, buscando minimizar os impactos negativos que já estão ocorrendo ou que ocorrerão no futuro. Para mais, ver: Saulo Rodrigues Filho, Diogo Pereira Lindoso, Marcel Bursztyn e Carolina Gomes Nascimento, "O clima em transe: políticas de mitigação e adaptação no Brasil," *Revista Brasileira de Climatologia* 19 (2016): 76.

50. Petra Minnerop e Andy Haines, "KlimaSeniorinnen versus Suíça: o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos lidera o caminho na ação climática," *BMJ* 387 (2024): 2.

Embora tenha sido recebida com alguma resistência política, a decisão do TEDH abre novas possibilidades para a justiça climática e a responsabilização dos Estados. Ainda que haja crítica, no contexto jurídico, de que a universalização do direito, em que o fim se sobrepõe à forma como este foi alcançado,⁵¹ venha a ser questionado.

Integrar o princípio *pro persona* à análise de normas ambientais e climáticas fez com que o TEDH reforçasse o entendimento de que a proteção de direitos fundamentais, como a vida e a dignidade humana (postulados pelos autores), precisa ser considerada em novos contextos. Pois o desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao combate às mudanças climáticas está comumente associado ao papel dos Estados quando, em conformidade com as convenções internacionais, necessitam alcançar metas ali designadas.⁵²

Contudo, é importante considerar os efeitos políticos desencadeados por um marco jurídico como esse. No caso em questão, a câmara baixa suíça, meses após a decisão, votou por rejeitar a sentença da corte europeia alegando “ativismo judicial inadmissível e desproporcional”.⁵³ De fato, a ampliação de competências das cortes internacionais, frequentemente caracterizada como “criatividade normativa”, suscita preocupações sobre a legitimidade de decisões que impactam diretamente as políticas públicas nacionais.

Sendo assim, vê-se que o TEDH, ao decidir em favor da associação das idosas suíças, demonstrou, ainda que indiretamente, como o controle de convencionalidade pode levar a interpretações inovadoras que respondam aos desafios da crise climática. Ao mesmo tempo, também gerou debates sobre o equilíbrio entre a soberania dos Estados e a necessidade de proteção global dos direitos humanos.

51. Contesse, “Controle de Convencionalidade,” 129.

52. Katerina Linos e Tom Pegram, “A linguagem do compromisso em acordos internacionais,” *International Organization* 70, n. 3 (2016): 91.

53. Ajit Niranjani, “Parlamentares suíços rejeitam decisão climática favorável a grupo de idosas,” *The Guardian: Suíça*, 12 de junho de 2024, acesso em 21 de janeiro de 2025, <https://www.theguardian.com/world/article/2024/jun/12/swiss-lawmakers-reject-climate-ruling-in-favour-of-female-climate-elders>.

Por fim, a interação entre os sistemas jurídicos nacional e internacional no contexto climático evidencia a necessidade de uma abordagem integrada que leve em conta tanto as particularidades locais quanto as obrigações globais. Nesse sentido, o controle de convencionalidade torna-se uma ferramenta indispensável para alinhar os esforços dos Estados às exigências internacionais, promovendo a efetivação de direitos em cenários complexos e transnacionais.

No entanto, a expansão desse mecanismo deve ser acompanhada de um debate crítico sobre seus limites e possibilidades, de forma a garantir que sua aplicação contribua para a consolidação de uma ordem jurídica global mais equitativa e sustentável. Nesta toada, a análise do caso *KlimaSeniorinnen* e sua conexão com o princípio *pro persona* e o controle de convencionalidade são promissores e oferecem subsídios para refletir acerca do papel de cortes internacionais diante da emergência climática e sua análise numa perspectiva de direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações globais desencadeadas pela emergência climática têm colocado à prova a capacidade das instituições jurídicas de proteger os direitos humanos em um contexto de desafios transnacionais e urgentes. Neste artigo, discutiu-se como o controle de convencionalidade e a jurisprudência *pro persona* podem oferecer respostas jurídicas eficazes para enfrentar as omissões estatais em políticas climáticas, destacando o papel das cortes internacionais na proteção dos direitos fundamentais. Por meio da análise do caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and others v. Switzerland*, observou-se como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ampliou sua atuação interpretativa, integrando normas internacionais e direitos ambientais à proteção dos indivíduos mais vulneráveis aos impactos climáticos.

O controle de convencionalidade emergiu como um instrumento central para alinhar os ordenamentos jurídicos nacionais às obrigações internacionais de direitos humanos, contribuindo para uma interação mais coesa entre as esferas

nacional e internacional. Contudo, também se evidenciou que essa ferramenta enfrenta desafios significativos, especialmente diante das críticas à expansão das competências das cortes internacionais, frequentemente acusadas de “criatividade normativa”. O debate sobre os limites da atuação judicial, levantado por autores como Jorge Contesse, torna-se crucial para evitar a erosão da legitimidade institucional e para promover um equilíbrio entre a soberania dos Estados e as exigências globais de proteção de direitos.

Ao mesmo tempo, o caso *KlimaSeniorinnen* demonstrou a importância da aplicação inovadora do princípio *pro persona* para garantir a efetividade das convenções internacionais em cenários de emergência climática. A decisão do TEDH, ao reconhecer a violação dos direitos das autoras, reforçou o entendimento de que os Estados têm a obrigação de adotar medidas concretas e eficazes para mitigar os impactos das mudanças climáticas, contribuindo para a consolidação de uma jurisprudência que articule os direitos humanos às questões ambientais.

Assim, as reflexões apresentadas neste estudo apontam para a necessidade de uma abordagem integrada, que considere tanto os limites quanto às possibilidades do controle de convencionalidade e da jurisprudência *pro persona* na proteção de direitos em um cenário global de crise climática. A emergência climática exige uma resposta jurídica robusta e coordenada, capaz de enfrentar as lacunas normativas e promover uma proteção efetiva dos direitos humanos em um mundo cada vez mais interconectado e vulnerável.

REFERÊNCIAS

Báez, Narciso Leandro Xavier. „Human Dignity: Double Dimensions Theory”. Em: *International Perspectives of Multiculturalism: The Ethical Challenges*. Organizado por Ornette D. Clennon. 1. ed. Nova York: Nova Science Publishers, 2015. v. 1, p. 47-68.

Boyd, David R. “O direito constitucional implícito de viver em um ambiente saudável” [The implicit constitutional right to live in a healthy environment]. *Review of European Community & International Environmental Law* 20, nº 2 (2011): 171-179.

Campos, Thiago Yukio Guenka. “Controle de Convencionalidade como mecanismo de interação entre ordem interna e ordem internacional: por um diálogo cooperativo

entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o tribunal constitucional brasileiro.” Monografia de Conclusão de Curso, Universidade do Vale do Itajaí, 2010.

Climate Change Litigation Databases. *Association of Swiss Senior Women for Climate Protection v. Federal Department of the Environment, Transport, Energy and Communications (DETEC) and Others*. No. A-2992/2017, 2016. Acesso em 15 de Janeiro de 2025. <https://climatecasechart.com/non-us-case/union-of-swiss-senior-women-for-climate-protection-v-swiss-federal-parliament/>.

Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa. *Convenção sobre Acesso à Informação, Participação Pública no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental*. Aarhus, Dinamarca, 25 de junho de 1998. Acesso em 15 de janeiro de 2025. <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

Confederação Suíça. *Constituição Federal da Confederação Suíça de 18 de abril de 1999*. Acesso em 15 de janeiro de 2025. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en>.

Conselho da Europa. *Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*. Série de tratados do Conselho da Europa 005. Estrasburgo, 1950.

Contesse, Jorge. “Controle de Convencionalidade e os Limites da Jurisprudência Pró-Pessoa.” *The Italian Review of International and Comparative Law* 3, n° 1 (2023): 121-32.

Contesse, Jorge. “Conventionality Control and the Limits of Pro Persona Jurisprudence.” *The Italian Review of International and Comparative Law* 3, no. 1 (2023): 121–132.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Solicitação de Opinião Consultiva sobre Emergência Climática e Direitos Humanos à Corte Interamericana de Direitos Humanos da República da Colômbia e da República do Chile*. 9 de janeiro de 2023. Acesso em 21 de janeiro de 2025. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_1_2023_es.pdf.

Decisão A/DEC/55/443, 20 de dezembro de 2000.

Fachin, Melina Girardi. “Direito humano ao desenvolvimento: universalização, ressignificação e emancipação.” Tese de Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

Fernandez, Marie Joséphine E. *A Abordagem do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre as Mudanças Climáticas: Análise dos aspectos construtivos e metodológicos do caso inédito Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e Outros versus Suíça*. Dissertação de mestrado. Universidade da Islândia, 2024.

Höslí, Andreas, e Meret Rehmann. „Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland: The European Court of Human Rights’ Answer to Climate Change.” *Climate Law* 1, aop (2024): 1-22.

Linos, Katerina, e Tom Pegram. “A linguagem do compromisso em acordos internacionais.” *International Organization* 70, n° 3 (2016): 587-621.

Mazzuoli, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Minnerop, Petra, e Andy Haines. "KlimaSeniorinnen versus Suíça: o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos lidera o caminho na ação climática." *BMJ* 387 (2024).

Negishi, Yota. *Conventionality Control of Domestic Law: Constitutionalised International Adjudication and Internationalised Constitutional Adjudication*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2022.

Niranjan, Ajit. "Direitos humanos violados por inação suíça sobre clima, decide Tribunal Europeu em caso histórico." *The Guardian: Crise climática*, 9 de abril de 2024. Acesso em 15 de janeiro de 2025. <https://www.theguardian.com/environment/2024/apr/09/human-rights-violated-inaction-climate-echr-rules-landmark-case>.

Organização das Nações Unidas. *Obrigações de direitos humanos relacionadas ao usufruto de um meio ambiente seguro, limpo, saudável e sustentável: Relatório do Relator Especial*. Doc. ONU A/HRC/40/55. 8 de janeiro de 2019. Acesso em 14 de janeiro de 2025. <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g19/002/54/pdf/g1900254.pdf>.

Resolução A/RES/43/53, 6 de dezembro de 1988.

Resolução A/RES/44/207, 22 de dezembro de 1989.

Resolução A/RES/45/212, 21 de dezembro de 1990.

Resolução A/RES/46/169, 19 de dezembro de 1991.

Resolução A/RES/47/195, 22 de dezembro de 1992.

Resolução A/RES/48/189 ("Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas"), 21 de dezembro de 1993.

Resolução A/RES/49/120, 19 de dezembro de 1994.

Resolução A/RES/50/115, 20 de dezembro de 1995.

Resolução A/RES/51/184, 16 de dezembro de 1996.

Resolução A/RES/52/199, 18 de dezembro de 1997.

Resolução A/RES/54/222, 22 de dezembro de 1999.

Resolução A/RES/56/199, 21 de dezembro de 2001.

Resolução A/RES/57/257, 20 de dezembro de 2002.

Resolução A/RES/58/243, 23 de dezembro de 2003.

Resolução A/RES/59/234, 22 de dezembro de 2004.

Resolução A/RES/60/197, 22 de dezembro de 2005.

Resolução A/RES/61/201, 20 de dezembro de 2006.

Resolução A/RES/62/86, 10 de dezembro de 2007.

Resolução A/RES/63/32, 26 de novembro de 2008.

Resolução A/RES/64/73, 7 de dezembro de 2009.

Resolução A/RES/65/159, 20 de dezembro de 2010.

Resolução A/RES/66/200, 22 de dezembro de 2011.

Resolução A/RES/67/210, 21 de dezembro de 2012.

Resolução A/RES/68/212, 20 de dezembro de 2013.

Resolução A/RES/69/220, 19 de dezembro de 2014.

Resolução A/RES/70/205, 22 de dezembro de 2015.

Resolução A/RES/71/228, 21 de dezembro de 2016.

Resolução A/RES/72/219, 20 de dezembro de 2017.

Resolução A/RES/73/232, 20 de dezembro de 2018.

Resolução A/RES/74/219, 19 de dezembro de 2019.

Resolução A/RES/75/217, 21 de dezembro de 2020.

Resolução A/RES/76/205, 17 de dezembro de 2021.

Rodrigues Filho, Saulo, Diogo Pereira Lindoso, Marcel Bursztyn e Carolina Gomes Nascimento. "O clima em transe: políticas de mitigação e adaptação no Brasil." *Revista Brasileira de Climatologia* 19 (2016): 70-86.

Sarlet, Ingo W., and Tiago Fensterseifer. "Fundamental Rights Theory and Climate Protection Through the Lens of the Brazilian Constitution." *e-Publica* 9, no. 3 (2022): 26-54.

Silva, Carla Ribeiro Volpini, e Bruno Wanderley Júnior. "A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto à Lei de Anistia." *Revista de Direito Internacional* 12, n° 2 (2015): 623-643.

Spătaru-Negură, Laura-Cristiana. "Climate change and the most recent ECTHR grand chamber rulings." *Challenges of the Knowledge Society* (2024): 333-340.

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Caso Verein Klimaseniorinnen Schweiz e outros versus Suíça*. Estrasburgo, 9 de abril de 2024.

Trindade, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2006.

Received on 12/03/2025

Approved on 23/05/2025

MIGRACIONES, REMESAS Y AGENDA CLIMÁTICA¹

Leila Devia²

RESUMEN: El presente trabajo tiene como objetivo analizar el papel de las remesas enviadas por personas migrantes como recurso económico clave para las comunidades de origen, especialmente en contextos marcados por la exclusión social, la falta de empleo y la escasa presencia del Estado y del sector privado. Se indaga si este flujo financiero puede constituirse en un motor de desarrollo local a través de la inversión productiva. La metodología utilizada es de tipo analítico-descriptiva, basada en la revisión de fuentes secundarias y el análisis crítico de las dinámicas socioeconómicas que relacionan migración, remesas y desarrollo local. El estudio se enfoca en interpretar los flujos de remesas no solo como un paliativo para el consumo inmediato, sino como una oportunidad —aunque limitada— para la creación de pequeñas y medianas empresas si se acompaña con políticas públicas adecuadas. Las consideraciones finales destacan que las remesas son consecuencia, y no solución, del abandono estatal y la falta de inversiones. Si bien pueden apoyar procesos de mejora socioeconómica, no sustituyen políticas estructurales de desarrollo, inclusión y financiamiento. En ese sentido, se hace necesario implementar políticas abiertas y coherentes sobre migración y remesas, incluyendo su posible rol frente a crisis globales como el cambio climático. Finalmente, se enfatiza la necesidad de cooperación internacional, especialmente en los planos financiero, ambiental y tecnológico, para armonizar intereses y aprovechar de manera más estratégica estos flujos económicos.

PALABRAS CLAVE: Migraciones; remesas; agenda climática.

MIGRATION, REMITTANCES AND THE CLIMATE AGENDA

ABSTRACT: This paper aims to analyze the role of remittances sent by migrants as a key economic resource for their communities of origin, particularly in contexts marked by social exclusion, lack of employment opportunities, and limited presence of both the state and the private sector. It explores whether these financial flows can become a driver of local development through productive investment. The methodology used is analytical-descriptive, based on the review of secondary sources and the critical analysis of the socioeconomic dynamics linking migration, remittances, and local development. The study focuses on interpreting remittances not merely as a temporary relief for immediate consumption but as a potential—albeit limited—opportunity for the creation of small and medium-sized enterprises when accompanied by appropriate public poli-

1. L. Devia, "Migraciones, remesas y agenda climática," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 265 et seq.
2. Doctora en ciencias jurídicas del Universidad del Salvador, estudios de posdoctorado en la UBA docente de grado y posgrado de Derecho Ambiental de la UBA, docente del Doctorado de la UBA y de la USAL. <https://orcid.org/0009-0007-9641-2040>.

cies. The final considerations highlight that remittances are a consequence, not a solution, to state neglect and the lack of investment. While they may support processes of socioeconomic improvement, they cannot replace structural policies of development, inclusion, and financing. In this regard, it is essential to implement open and coherent policies on migration and remittances, including their possible role in addressing global crises such as climate change. Finally, the need for international cooperation is emphasized—especially in the financial, environmental, and technological spheres—in order to align objectives and make more strategic use of these financial flows.

KEY WORDS: Migration, remittances; climate agenda.

ÍNDICE: Introducción y aspectos generales; 1. Relaciones entre Migraciones, Remesas y Cambio Climático, Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN Y ASPECTOS GENERALES

Antes de abocarnos al vínculo que existe entre Migración y Remesa y la Agenda Climática vamos a proponer la definición de lo que se entiende por cada uno de estos conceptos

Migración: Es un movimiento de población que consiste en dejar el lugar de residencia para establecerse en otro país o región, generalmente por causas económicas o sociales

Remesas: es una transferencia unilateral entre residentes de 2 países que no tiene por objeto el pago de un bien o servicio (por lo que se supone se hace entre familiares) sino contribuir a la manutención del receptor de dicha transferencia. Las remesas, en consecuencia, son giros de divisas que se hacen personas de diferentes países, en especial entre familiares.

La CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) es una de las cinco comisiones regionales de las Naciones Unidas. Se fundó en 1948 para contribuir al desarrollo económico y social sustentable de los países de la región. Esta Comisión postula que la migración es materia de derechos y que se relaciona con los nuevos desafíos del desarrollo en América Latina y el Caribe.

Es decir, se plantea un desafío para la protección social en los países de destino, lo cual se vincula con los derechos humanos de los migrantes.

Pero la migración se relaciona sobre todo con aspectos centrales del desarrollo, siendo uno de ellos el tema de las remesas enviadas por los migrantes al país de origen.

En consecuencia, nos preguntamos ¿Cómo se vinculan migración y remesas? ¿Cómo se relaciona la migración con el desarrollo de la comunidad de origen en los países de Latinoamérica? y, ¿Que corrientes explican los efectos de los envíos de remesas con relación al desarrollo de esas comunidades de origen?

Se trata de observar en definitiva cuales son las oportunidades y riesgos de la migración en Latinoamérica ya que, para algunos, la migración es un problema. Sin embargo, para la Cepal, ofrece un mundo de oportunidades para millones de familias y posibilidades inexploradas para el desarrollo de nuestros países. Esta conclusión es fruto de una marcada evolución, en tanto que originariamente se observaba en forma predominantemente negativa al movimiento migratorio, no sólo por la situación de vulnerabilidad en que muchas veces quedaba el migrante en la comunidad de destino por su falta de adaptación laboral o social sino frente a situaciones lamentables vinculadas a la propia falta de inserción en la comunidad de origen (fuga de cerebros).

Las remesas están vinculadas al flujo migratorio en tanto que se trata del dinero que los inmigrantes envían a las familias de sus países de origen.

A mayor inmigración receptiva mayor emisión de remesas al exterior.

Argentina fue históricamente un país emisor de remesas por parte de los trabajadores inmigrantes residentes en el país, pero en los últimos años, la profundidad de la crisis económica hizo que el país cambie su perfil y se convirtiera en receptor de remesas.

Esta tendencia hacia ser más receptor de remesas (según datos de Western Unión) comenzó a cambiar en 2019 y se consolidó en los últimos años. Entre 2020 y 2021 se registró la salida de más de 1 millón de argentinos y de cada 10 operaciones de envíos de fondo que realizan, 7 son remesas que ingresan al País (especialmente desde EEUU, España y Chile).

A su vez México es el país en Latinoamérica que más remesas recibe.

Agenda Climática: la Agenda de Acción Climática Global (Global Climate Action Agenda- GCAA) se puso en marcha en 2014 para impulsar la cooperación entre los gobiernos, las autoridades locales, la comunidad empresarial, los inversores y la sociedad civil, y apoyar en la implementación rápida del Acuerdo de París.

Desde su lanzamiento, la GCCA complementa la agenda formal de negociación de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y ha crecido de manera exponencial, implicando cada vez a más actores y más sectores en la lucha contra el cambio climático. Bajo el paraguas del Parteneriado de Marrakech para la Acción Climática Global, cuenta con un mandato de trabajo hasta 2025.

Caben destacar dos iniciativas: La campaña "Race to Zero", que reúne a los actores no estatales de todo el mundo para reducir a la mitad las emisiones mundiales en 2030; "Race to Resilience", cuyo objetivo es catalizar un cambio de escala en la ambición y la acción mundiales para la resiliencia climática.

1. RELACIONES ENTRE MIGRACIONES, REMESAS Y CAMBIO CLIMÁTICO

Según la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, establecida por todos los estados miembros de las Naciones Unidas para alcanzar los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) las personas migrantes desempeñan un rol fundamental en el cumplimiento de los ODS, especialmente de lograr un impacto significativo en las comunidades de origen. Son las personas migrantes quienes envían remesas para reparar las escuelas y viviendas, construir puentes, tecnificar los hogares, mantener el acceso a las nuevas tecnologías de la comunicación, hacer donaciones para alcanzar la organización comunitaria y velar porque sus familias tengan acceso a lo esencial. También se ha tenido registro de donaciones de equipo de cómputo para las escuelas, láminas y útiles escolares. En el tema de la seguridad alimentaria, aportan para la compra de semillas, nutrientes y adquisición de agua. Las familias receptoras de las remesas comparten esos

envíos a través de alimentos para compartir con familias vecinas. Las remesas familiares enviadas desde el extranjero están ayudando con el logro de algunos de los ODS, especialmente con aquellos relacionados con aspectos económicos como la erradicación de la pobreza y pobreza extrema, el hambre cero, salud y bienestar, educación de calidad, agua y saneamiento, la reducción de las desigualdad, ciudades y comunidades sostenibles, producción y consumo responsables, vida y ecosistemas terrestres, y alianzas para lograr los objetivos.

Existen metas muy importantes en materia migratoria que abarcan el rol de las diásporas y el envío de las remesas:

Reducir la desigualdad en y entre los países.

Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, entre otras cosas mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas.

Para 2030, reducir a menos del 3% los costos de transacción de las remesas de los migrantes y eliminar los canales de envío de remesas con un costo superior al 5%.

Sin embargo, existen aspectos sociales, económicos y políticos que deben ser tomados en cuenta para canalizar a futuro las remesas, con eficiencia y sostenibilidad en la búsqueda de un impacto económico y social de estas en la comunidad de origen:

Entornos económicos propicios: los países deben adoptar políticas macroeconómicas sólidas que incluyan sistemas jurídicos transparentes, tipos de interés estables, una mejor integración de los mercados e institucionales financieras fiables, de manera que la remesa pueda ser aprovechada en su máximo potencial para el desarrollo.

No depender de las remesas: la historia global más reciente nos ha demostrado que acontecimientos externos, pandemias, malas gestiones económicas y la inestabilidad política, afectan severamente el flujo y volumen de remesas enviadas a los países de origen.

Las remesas no son sustitutas de la cooperación internacional: existe una peligrosa percepción de que las remesas podrían llegar a sustituir la cooperación para el desarrollo, un aspecto que podría afectar especialmente a los países de economías bajas y medias como Guatemala.

Generación de datos e información: es indispensable establecer sistemas con indicadores confiables que nos revelen no solo aspectos sobre el volumen y porcentaje de las remesas, sino incluir perfiles de las personas migrantes, tanto receptoras como de quienes envían, elementos geográficos, etarios y de género; igualmente incentivar la investigación y la cuantificación en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

No discriminación: es innegable el impacto de las remesas en las sociedades, sin embargo, la xenofobia y la discriminación contra las personas migrantes imposibilita su reconocimiento como personas actoras del desarrollo. Cada persona migrante tiene los mismos derechos que las demás personas, sin importar su estatus migratorio. Muestra de las expresiones de discriminación es la escasa información que existe en idiomas mayas. Muchas personas receptoras de remesas son analfabetas o únicamente hablan el idioma materno, imposibilitando una comprensión integral en el cobro, uso y aprovechamiento de la remesa.

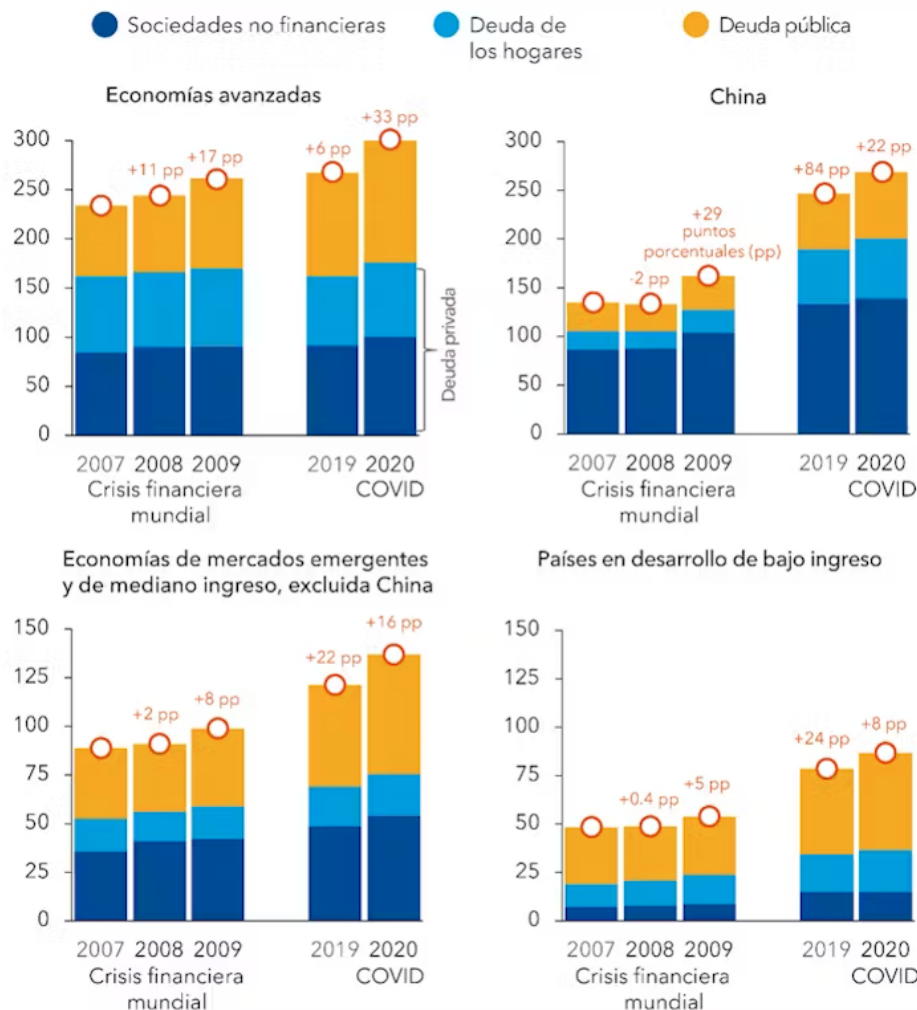
Nos enfrentamos a tres graves problemas:

La sostenibilidad de la deuda externa de las economías más débiles.

Aumento de los flujos migratorios y la importancia de las remesas de los emigrantes en la financiación de las economías en desarrollo.

La capacidad de las economías en desarrollo para financiar las políticas relacionadas con la sostenibilidad y el cambio climático.

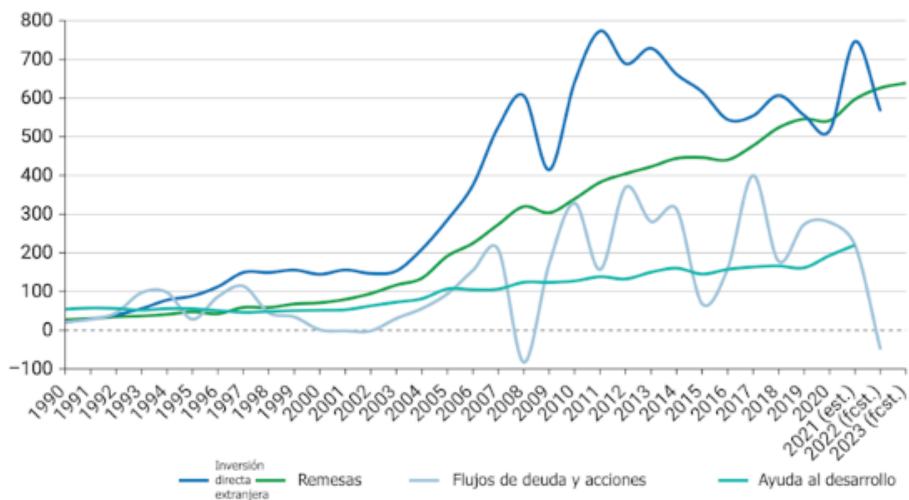
Según el FMI, aunque los países de bajos ingresos mantienen unos niveles de deuda externa inferiores a otros grupos de países (entre el 75 % y el 85 % de su PIB), han visto casi triplicar la proporción de los pagos por servicio de la deuda externa respecto de sus ingresos tributarios desde el 6 % hasta el 14 % y, en algunos casos, desde el 9 % hasta el 25 %.



Evolución de la deuda por regiones. Carta del GETEM N. 53.

Fuente: Deuda, migraciones y sostenibilidad, ¿otra triada imposible?

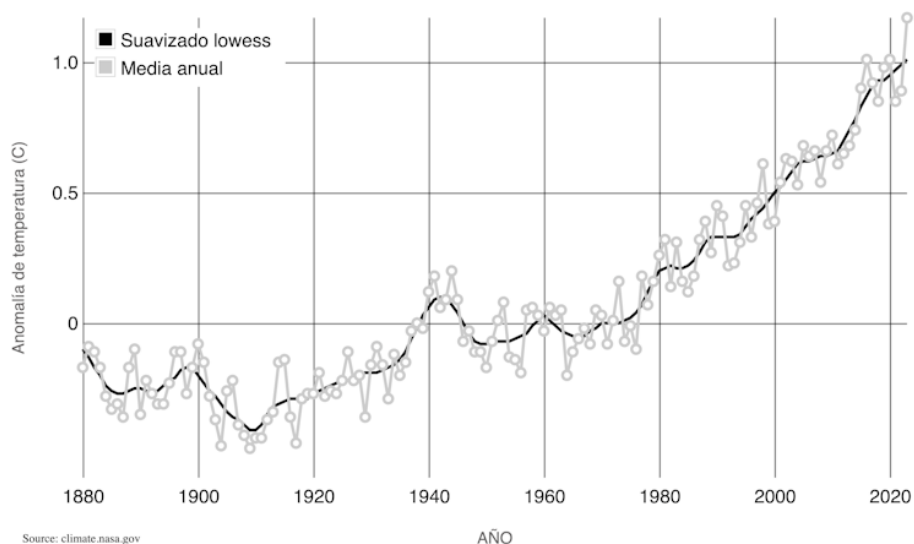
Las migraciones internacionales afectan ya a 280 millones de personas (más de 300 millones si se suman los desplazados), de los que el 43 % residen en economías en desarrollo y emergentes. Las remesas se han convertido en una importante fuente de financiación exterior para las economías en desarrollo, llegando a significar lo mismo que la inversión extranjera directa y mucho más que los flujos de ayuda oficial al desarrollo.



Flujos financieros hacia los países en desarrollo (en miles de millones de dólares).

Fuente: Carta del GETEM N. 53. Deuda, migraciones y sostenibilidad, ¿otra tríada imposible?

Las naciones se comprometieron a cumplir los objetivos de la Agenda 2030 de desarrollo sostenible aprobada por la ONU y los Acuerdos de París de 2015 para mantener el calentamiento global “muy por debajo” de 2 °C sobre los niveles preindustriales. Ya se habría alcanzado un incremento de 1,3 °C.



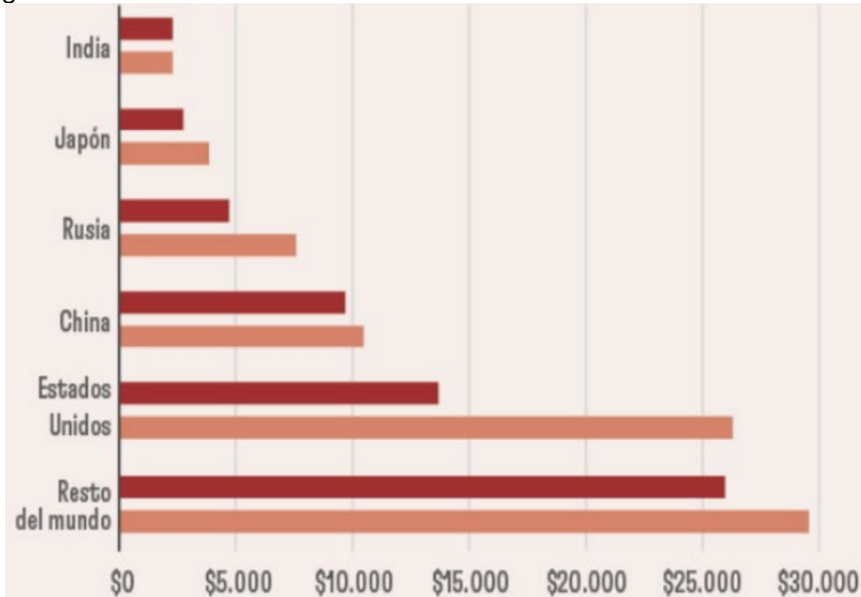
Source: climate.nasa.gov

Cambios en la temperatura de la superficie terrestre entre 1951 y 1980.

Fuente: Carta del GETEM N. 53. Deuda, migraciones y sostenibilidad, ¿otra tríada imposible?

El FMI estima que las políticas de neutralidad de carbono pueden afectar negativamente al crecimiento global, que podría desacelerarse entre el 0,15 % y el 0,25 % entre 2022 y 2030.

Las economías industrializadas se niegan a reconocer la deuda climática. Esto es, el valor de las externalidades (los daños) generadas por sus emisiones de dióxido de carbono, cuyos costes se imponen al planeta sin compensación alguna.



Deuda climática acumulada (1959-2018), en rojo; proyección (2019-2035), en naranja
Fuente: Carta del GETEM N. 53. Deuda, migraciones y sostenibilidad, ¿otra tríada imposible?

CONSIDERACIONES FINALES

1. Gran parte de los migrantes envían remesas a su comunidad de origen.
2. El hecho de que la migración y las remesas sean el único recurso al que pueden recurrir algunas comunidades para mejorar sus condiciones de vida, refleja la falta de alternativas de empleo y oportunidades económicas o fuentes de financiamiento para la inversión productiva.
3. Las remesas no son la solución al abandono del Estado y a la inactividad del sector privado, sino su consecuencia; sin embargo, pueden dar lugar a

la generación de pequeñas y medianas empresas que contribuyan a elevar el nivel de desarrollo de las comunidades de origen de la migración, si son canalizadas para la inversión productiva, además del consumo de bienes y servicios.

4. La falta de crecimiento no se soluciona con la emigración sino aplicando políticas de desarrollo, inclusión social y fomento a la inversión (a través de fuentes estatales, privadas o mixtas).
5. Se precisan políticas abiertas sobre las migraciones y remesas internacionales. ¿Sería posible atender las urgencias planteadas por el cambio climático, que a su vez acelera los movimientos migratorios?
6. También se podría ampliar el endeudamiento por motivos ambientales, pero habría que favorecer –liberalizar– las migraciones internacionales para convertir las remesas en un auténtico instrumento de financiación externa.

En definitiva, la cooperación internacional debe imponerse para compatibilizar los objetivos, sobre todo en los ámbitos tecnológico, financiero y ambiental.

REFERENCIAS

Adelman, Irma, y J. Edward Taylor. 1990. "Is Structural Adjustment with a Human Face Possible? The Case of México." *Journal of Development Studies* 26 (3). Oxford: Routledge.

Alarcón, Rafael. 2003. "Las remesas colectivas y las asociaciones de migrantes mexicanos en los Estados Unidos." En *Remesas de los mexicanos y centroamericanos en Estados Unidos. Problemas y Perspectivas*, editado por Germán Zárate Hoyos. México, D.F.: El Colegio de la Frontera Norte y Miguel Ángel Porrúa.

Arroyo, Jesús, y Salvador Berumen. 2002. "Potencialidad productiva de las remesas en áreas de alta emigración a Estados Unidos." En *El Norte de todos. Migración y trabajo en tiempos de globalización*, editado por Jesús Arroyo, Alejandro I. Canales y Patricia Vargas. Guadalajara: Universidad de Guadalajara.

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). 2001. *Las remesas como instrumento de desarrollo. Directrices para propuestas de nuevos proyectos*. Washington, D.C.: Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN).

Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). 2021. *Flujos migratorios en América Latina y el Caribe: Estadísticas de permisos para los migrantes*. <https://publications.iadb.org/es/flujos-migratorios-en-america-latina-y-el-caribe-estadisticas-de-permisos-para-los-migrantes>.

Barham, Bradford L., y Stephen Boucher. 1998. "Migration, Remittances and Inequality: Estimating the Net Effects of Migration on Income Distribution in Bluefields, Nicaragua." *Journal of Development Economics* 55 (2). Elsevier.

Bascom, Wilbert O. 1991. "Remittance Inflows and Economic Development in Selected Anglophone Caribbean Countries." En *Migration, Remittances and Small Business Development: México and Caribbean Basin Countries*, editado por Sergio Díaz-Briquets y Sidney Weintraub. Boulder: Westview Press.

Binford, Leigh. 2002. "Remesas y subdesarrollo en México." *Relaciones: Estudios de historia y sociedad* 23 (90). Michoacán: El Colegio de Michoacán.

Canales, Alejandro I. 2005. "The Role of Remittances in the Making of Transnational Family Relations." En *Migrations internationales, mobilités et développement*, editado por Eric Guerassimof. París: L'Harmattan.

Canales, Alejandro I. 2004. "Las remesas de los migrantes: ¿Fondos para el ahorro o ingresos salariales?" En *Remesas de los mexicanos y centroamericanos en Estados Unidos. Problemas y perspectivas*, editado por Germán Zárate Hoyos. México, D.F.: El Colegio de la Frontera Norte y Miguel Ángel Porrúa.

Canales, Alejandro I. 2002. "El papel de las remesas en el balance ingreso-gasto de los hogares. El caso del Occidente de México." En *El Norte de todos. Migración y trabajo en tiempos de globalización*, editado por Jesús Arroyo, Alejandro I. Canales y Patricia Vargas. Guadalajara: Universidad de Guadalajara.

Canales, Alejandro I., e Israel Montiel Armas. 2004. "Remesas e inversión productiva en comunidades de alta migración a Estados Unidos. El caso de Teocaltiche, Jalisco." *Migraciones internacionales* 2 (3). Tijuana: El Colegio de la Frontera Norte.

Canales, Alejandro, y Christian Zolniski. 2001. "Comunidades transnacionales y migración en la era de la globalización." En *La migración internacional y el desarrollo en las Américas. Simposio sobre migración internacional en las Américas*, serie Seminarios y conferencias, núm. 15 (LC/L.1632-P). Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE). 2005. "América Latina: proyecciones de población urbana y rural. 1970–2025." *Boletín demográfico*, núm. 76 (LC/G.2280-P). Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 2002. *Globalización y desarrollo* (LC/G.2157 (SES.29/3)). Santiago de Chile.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 1999. *Informe de la reunión regional de expertos sobre el uso productivo de las remesas familiares y comunitarias en Centroamérica* (LC/MEX/L.417 (SEM.101/3)). México, D.F.: Sede subregional de la CEPAL en México.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 1991. *Remesas y economía familiar en El Salvador, Guatemala y Nicaragua* (LC/MEX/L.154). México, D.F.: Sede subregional de la CEPAL en México.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 1990. *El Salvador: remesas internacionales y economía familiar* (versión preliminar) (LC/MEX/R.264 (SEM.39/1)). México, D.F.: Sede subregional de la CEPAL en México.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 1988. *Las remesas, la economía familiar y el papel de la mujer: el caso de El Salvador* (LC/MEX/L.91). México, D.F.: Sede subregional de la CEPAL en México.

Cornelius, Wayne A. 1979. "La migración ilegal mexicana a los Estados Unidos: conclusiones de investigaciones recientes, implicaciones políticas y prioridades de investigación." En *Indocumentados: mitos y realidades*, compilado por Blanca Torres. México, D.F.: El Colegio de México.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). 1978. "Mexican Migration to the United States: Causes, Consequences, and U.S. Responses." *Migration and Development Monograph* 78 (9). Cambridge: Instituto de Tecnología de Massachusetts.

Corona Vázquez, Rodolfo. 2001. "Monto y uso de las remesas en México." En *Migración México-Estados Unidos. Opciones de política*, coordinado por Rodolfo Tuirán. México, D.F.: Consejo Nacional de Población.

Corona Vázquez, Rodolfo, y Jorge Santibáñez Romellón. 2004. "Los migrantes mexicanos y las remesas que envían." En *Remesas de los mexicanos y centroamericanos en Estados Unidos. Problemas y perspectivas*, editado por Germán Zárate Hoyos. México, D.F.: El Colegio de la Frontera Norte y Miguel Ángel Porrúa.

Djajić, Slobodan. 1998. "Emigration and Welfare in an Economy with Foreign Capital." *Journal of Development Economics* 56. Elsevier.

Durand, Jorge. 1994. *Más allá de la línea: patrones migratorios entre México y Estados Unidos*. México, D.F.: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.

Durand, Jorge, y Douglas S. Massey. 1992. "Mexican Migration to the United States: A Critical Review." *Latin American Research Review* 27 (2). Austin: Universidad de Nuevo México.

Durand, Jorge, Emilio A. Parrado, y Douglas S. Massey. 1996. "Migradollars and Development: A Reconsideration of the Mexican Case." *International Migration Review* 30 (2). Nueva York: Centro de Estudios sobre Migración de Nueva York.

Durston, John. 2000. *Qué es el capital social comunitario*. Serie Políticas sociales, núm. 38 (LC/L.1400-P). Santiago de Chile: CEPAL.

Fondo Monetario Internacional (FMI). 2005. *World Economic Outlook, April 2005*. Washington, D.C.

Gamio, Manuel. 1930. *Mexican Immigration to the United States*. Chicago: University of Chicago Press.

García de la Cruz, José Manuel. *Deuda, migraciones y sostenibilidad, ¿otra triada imposible?* <https://theconversation.com/deuda-migraciones-y-sostenibilidad-otra-triada-imposible-226698>.

García y Griego, Manuel, y Francisco Giner de los Ríos. 1985. "¿Es vulnerable la economía a la aplicación de políticas migratorias estadounidenses?" En *México Estados Unidos*, editado por Manuel García y Griego y Gustavo Vega. México, D.F.: El Colegio de México.

García Zamora, Rodolfo. 2001. *Los proyectos productivos con migrantes en México hoy*. California: Universidad de Berkeley.

Guarnizo, Luis Eduardo. 2003. "The Economics of Transnational Living." *The International Migration Review* 37 (3). Nueva York: Centro de Estudios sobre Migración de Nueva York.

IFAD & UNCCD. (2024). *Migrant remittances and diaspora finance for climate resilience: A literature review*. International Fund for Agricultural Development & United Nations Convention to Combat Desertification. <https://www.ifad.org/en/web/knowledge/-/publication/migrant-remittances-and-diaspora-finance-for-climate-resilience>.

Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. s.f. *La Agenda de Acción Climática Global*. <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/el-proceso-internacional-de-lucha-contra-el-cambio-climatico/naciones-unidas/gcaa.html>.

Received on 16/03/2025

Approved on 04/05/2025

EL IMPACTO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES LABORALES:

regulación vigente y nuevos desafíos^{1/2}

Ana Rosa Rodríguez³

Silvina Lujan Rigali⁴

RESUMEN: El presente artículo analiza el impacto de la inteligencia artificial (IA) en los derechos fundamentales dentro de las relaciones laborales, en un contexto de creciente automatización, vigilancia digital y uso intensivo de datos personales. A partir de la hipótesis de que sin garantías de privacidad y ciberseguridad no es posible sostener condiciones laborales justas ni un mercado digital equitativo, se examinan los desafíos éticos y regulatorios que plantea la incorporación de tecnologías algorítmicas y neurotecnologías en el entorno de trabajo. Se estudian especialmente el Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA) y el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) de la Unión Europea, como marcos normativos clave que intentan equilibrar innovación y derechos humanos. Mediante una metodología cualitativa basada en análisis normativo, bibliográfico y estudio de casos, se evidencia la urgencia de establecer límites a prácticas como el reconocimiento emocional, la vigilancia biométrica masiva y las decisiones automatizadas opacas. El trabajo destaca la necesidad de reforzar la transparencia, la supervisión humana y el reconocimiento de un nuevo haz de protección en la órbita de los DDHH, los neuroderechos como dimensiones emergentes ante los nuevos riesgos derivados de la IA en el trabajo.

PALABRAS CLAVES: Inteligencia Artificial; Derechos Laborales; Neuroderechos.

THE IMPACT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON FUNDAMENTAL RIGHTS IN LABOR RELATIONS: CURRENT REGULATIONS AND NEW CHALLENGES

ABSTRACT: This article analyzes the impact of artificial intelligence (AI) on fundamen-

1. A. R. Rodríguez, S. L. Rigali, "El impacto de la inteligencia artificial en los derechos fundamentales en las relaciones laborales: regulación vigente y nuevos desafíos," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 278 et seq.
2. Financia C.I.C.Y.T. de la Universidad Nacional de Santiago del Estero.
3. Profesora Titular Regular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Santiago del Estero. <https://orcid.org/0000-0002-4156-625X>.
4. Profesora Adjunta de la Universidad Nacional de Santiago del Estero. <https://orcid.org/0009-0005-7264-5662>.

tal rights within labor relations, in a context marked by increasing automation, digital surveillance, and intensive use of personal data. Based on the hypothesis that, without guarantees of privacy and cybersecurity, fair working conditions and an equitable digital market cannot be sustained, the paper examines the ethical and regulatory challenges posed by the integration of algorithmic technologies and neurotechnologies in the workplace. Special attention is given to the European Union's Artificial Intelligence Act (AI Act) and the General Data Protection Regulation (GDPR), as key legal frameworks seeking to balance innovation with the protection of human rights. Through a qualitative methodology grounded in legal and bibliographic analysis and case studies, the study highlights the urgent need to establish boundaries on practices such as emotion recognition, mass biometric surveillance, and opaque automated decision-making. The article underscores the importance of strengthening transparency, human oversight, and the development of neuro-rights as emerging dimensions of protection against the new risks posed by AI in the workplace.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; Labor Rights; Neuro-rights.

ÍNDICE: Introducción; 1. Las revoluciones industriales, transformaciones, desafíos; 2. Derechos laborales y vigilancia algorítmica en entornos de trabajo digitalizados; 3. Nuevos Retos en la Protección de DDHH: Neurodatos y neuroderechos desafíos regulatorios y amenazas a la privacidad en el entorno laboral digital; 4. La Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea: Coordinación normativa con el RGPD y su impacto global; 4.1 Disposiciones clave de la Ley de IA; Consideraciones finales; Referencias

INTRODUCCIÓN

El avance acelerado de la inteligencia artificial (IA) está transformando profundamente los entornos laborales, modificando los vínculos tradicionales entre empleadores y trabajadores. El contexto social y tecnológico del presente siglo está caracterizado por grandes cambios vertiginosos donde la información, los datos, las bases de datos masivas están transformando radicalmente la arquitectura de la privacidad: los algoritmos y la IA se están convirtiendo en instrumentos en los que la empresa post-material delega funciones centrales de su poder y, si bien, las decisiones empresariales genera responsabilidad directa del empleador con independencia de cómo se hayan construido o asesorado no puede ignorarse que la entrada en el escenario laboral de la utilización de esas herramientas altera los mecanismos de respuesta conocidos hasta ahora. En este contexto de creciente automatización y digitalización, surgen interrogantes sobre el impacto que estas tecnologías pueden tener sobre los derechos funda-

mentales de las personas trabajadoras, tales como el derecho a la privacidad, la igualdad de trato, la dignidad y la no discriminación.

Las relaciones laborales atraviesan un proceso de mutación en el que decisiones estratégicas —como la contratación, la evaluación del desempeño o incluso el despido— comienzan a estar mediadas por sistemas algorítmicos. Esta realidad plantea una tensión entre el uso de tecnologías orientadas a la eficiencia y la necesidad de proteger derechos adquiridos, especialmente cuando se utilizan datos personales o neurodatos sin transparencia ni supervisión humana significativa.

Partiendo de esta problemática, el presente trabajo se propone analizar el impacto de la inteligencia artificial en los derechos fundamentales en las relaciones laborales, con especial atención a los desafíos que surgen en torno al uso de datos personales y neurotecnologías en el ámbito del trabajo. Asimismo, se estudia el modo en que las principales regulaciones vigentes abordan este fenómeno advirtiéndolo que sobre este tópico al reconocer las complejidades que se presentan la Unión Europea (UE) ha dado un paso pionero, particularmente por la sanción en 2016 del Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) y el Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA) aprobado oficialmente en 2024 el que representa —a todas luces— el primer intento mundial de crear un enfoque regulatorio unificado para la IA, evaluando su potencial para ofrecer un marco de protección efectivo que sirva como referencia para América Latina y, en particular, para Argentina.

La hipótesis que guía este estudio sostiene la idea que el desarrollo de la inteligencia artificial sin mecanismos adecuados de transparencia, supervisión humana y protección de datos puede vulnerar derechos fundamentales en el trabajo, y que la experiencia regulatoria europea constituye un modelo relevante para evitar estos riesgos en otras regiones. Ciertamente, es indispensable que el desarrollo de la IA “se ancle éticamente” celebrando desde este lado de occidente el esfuerzo legislativo de Europa, partiendo desde la visión de que el bagaje y la experiencia europea siempre han sido consideradas en Latinoamérica y en

Argentina como la regulación que crea seguridad jurídica generando una ventaja competitiva porque erige una sociedad donde las reglas están claras evitándose que se convierta en una “jungla”, permitiendo que los principios esenciales que guían el derecho europeo continental crucen el Atlántico y sirvan de inspiración en el continuo proceso de revisión y de reelaboración del derecho.

Para alcanzar este objetivo, se adoptará una metodología cualitativa, basada en el análisis documental y bibliográfico de fuentes jurídicas, académicas y normativas. Se describirá el contexto de la llamada Cuarta Revolución Industrial, se examinarán casos emblemáticos de aplicación de IA en el ámbito laboral y se identificarán los principales dilemas éticos, sociales y jurídicos que plantea su implementación.

1. LAS REVOLUCIONES INDUSTRIALES, TRANSFORMACIONES, DESAFÍOS

La humanidad se encuentra inmersa en la que se denomina Cuarta Revolución Industrial, una etapa caracterizada por la centralidad de los intangibles esto es, la actividad industrial basada casi de manera exclusiva en intangibles, la automatización avanzada y la inteligencia artificial (IA). Según Lassalle,⁵ el mundo está atravesando una transformación profunda, alejándose de los ejes históricos que definieron los grandes hitos históricos de la modernidad, como la Revolución Francesa y la Revolución Industrial. Estas revoluciones transformaron la historia y el destino de la humanidad, no solo derribaron viejos regímenes, sino que instauraron una nueva civilización, hoy en aparente declive para en poco tiempo ser reemplazada por otra que emergerá en un futuro no muy lejano.

El punto de inflexión se situaría a mediados de este siglo, momento en el que se estima que la IA alcanzará un nivel de autonomía cognitiva, también conocida como “IA fuerte”. Esto planteará un desafío ético sin precedentes: la convivencia con una otredad artificial. Jean-Paul Sartre,⁶ filósofo escritor francés Sartre afirmaba que “el infierno son los otros” una frase que inmortalizó en su

5. José Lassalle, *Civilización artificial* (Barcelona: Arpa, 2024).

6. Jean-Paul Sartre, *Huis Clos* (Paris: Éditions Gallimard, 1947).

obra teatral Huis-Clos (Puerta cerrada), escrita en 1944. Sartre no quería decir que todas las personas que nos rodean son infernales, sino que necesitamos a los demás para comprendernos, para vernos desde fuera, para vernos como entes responsables. Sartre también decía que el infierno es la mirada ajena, una mirada invasiva que incomoda, disgusta y ofende aludiendo a cómo la mirada ajena condiciona nuestra existencia. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando esa “otredad” es artificial y debemos convivir con ella con su mirada invasiva incómoda que disgusta y ofende?, Pero ¿qué ocurre cuando esa mirada no es humana, sino artificial?

La humanidad enfrentará una encrucijada semejante al dilema de Frankenstein: dejar atrás su condición de homo digitalis para aspirar al homo deus, como lo plantea.⁷ Este será un momento crucial, único en la historia, en el que dejaremos atrás nuestra identidad como criaturas para asumirnos como creadores lo cual implicaría una redefinición del trabajo, la identidad humana y nuestras relaciones con nuestras propias creaciones. ¿Será este el fin del modelo civilizatorio basado en el trabajo humano y la democracia liberal?

Harari⁸ también destaca que la inteligencia se está desvinculando de la conciencia. En el pasado, se suponía que solo los seres conscientes podían ser inteligentes. Hoy, la IA demuestra que es posible resolver problemas complejos sin conciencia alguna. El autor citado afirma que la ciencia ficción suele confundir la inteligencia con la conciencia y supone que para equiparar a la inteligencia humana o superarla, los ordenadores tendrán que desarrollar conciencia afirmando “no hay razón para suponer que la inteligencia artificial adquiera conciencia porque inteligencia y conciencia son cosas distintas. “Así como los aviones vuelan más rápido que las aves sin tener plumas, las máquinas pueden superar nuestras capacidades cognitivas sin experimentar emociones ni moralidad”.⁹

Pero volvamos a la revolución popular que tomó por asalto la famosa prisión el 14 de julio de 1789 la que pergeñó el relato de la civilización liberal que hoy se

7. Yuval Noah Harari, *Homo Deus: Breve historia del mañana* (Barcelona: Debate, 2018).

8. Yuval Noah Harari, *21 lecciones para el siglo XXI* (Barcelona: Debate, 2023), 45.

9. Yuval Noah Harari, *21 lecciones para el siglo XXI* (Barcelona: Debate, 2023).

encuentra en su ocaso. Lo hizo sobre fundamentos filosóficos que reivindicaban la dignidad humana como fueron otrora, la libertad la igualdad y la fraternidad, relato de ribetes democráticos que tuvo como sostén fáctico el hecho de que veinte años atrás James Watt patentó la máquina de vapor que inició el primer antecedente de lo que hoy conocemos como “automatización”: la posibilidad de fabricar masivamente cosas artificiales un hito trascendental de la tecnología, que marco el inicio del capitalismo industrial y puso en valor la inteligencia humana estableciendo su relación con el trabajo que se desprendía de sus decisiones y acciones.. En aquel entonces, la inteligencia humana se valoraba por su capacidad de operar máquinas y tomar decisiones. Hoy, en cambio, la IA reproduce y en algunos casos supera esas funciones humanas, reconfigurando la naturaleza del trabajo.¹⁰

Ahora bien, la Inteligencia artificial que hoy pretende maximizar la capacidad de réplica del cerebro humano a través de otro artificial, procurando un producto de imitación que resultare mejor que el objeto imitado, surgió del objetivo de la ciencia en su pretensión de que las máquinas hicieran cosas que hace la mente humana, pero sin las disfuncionalidades de ésta última. Para ello se inició un proceso de investigación extractiva que consistió –y actualmente consiste– en la recopilación de la información en la que se plasma la inteligencia humana. La razón que se esgrimió como inspiradora fue la altruista ayuda a los seres humanos para resolver cuestiones en las que se había fracasado por contar con una inteligencia limitada.

La IA tiene capacidad para cambiar radicalmente nuestra forma de trabajar, aprender e interactuar, pero su verdadero potencial solo se revelará cuando se empiece a comprender y a aplicar mayoritariamente de manera profunda y específica. En este sentido la verdadera tarea no es solo hablar de la IA como “el futuro” sino entender cómo se la puede integrar a lo cotidiano de manera ética responsable y efectiva.

10. José Lassalle, *Civilización artificial*.

Lejos de pensar que la IA no forma o no formará parte de nuestras vidas, ya que, si tenemos un móvil conectado a internet con datos, un llamado “smartphone” o teléfono inteligente es necesario saber que nos encontramos bajo el feudalismo de unas cuantas empresas tecnológicas, pagamos diezmos con nuestros datos y vivimos bajo el sometimiento de la tiranía de los algoritmos. Sin embargo, es necesario también tener en cuenta que la IA nos permite y nos permitirá vivir mejor en muchos aspectos y que aplicada para el bien común, conocida en el sector IA For Good puede mejorar la vida de una manera impensable en distintos ámbitos: trabajo, salud, justicia y demás servicios públicos, siempre que esté regulada y consigamos establecer normas éticas y un código deontológico global y/o común.

La IA como tecnología disruptiva en los inicios de su implementación real causó gran conmoción por las particularidades que presenta, no fue diferente con lo que ocurrió durante la primera revolución industrial con la máquina de vapor que generó un movimiento contrario: el ludismo encabezado por artesanos ingleses que en el siglo XIX protestaron contra las máquinas que destruían y despersonalizaban el empleo. Esta resistencia fue superada por las ventajas que de manera indudable trajeron las máquinas a nuestras vidas. Hoy en día el llamado neoludismo persiste asociado a aquellos que ven en las nuevas tecnologías un impacto social claramente negativo y perjudicial.

Los algoritmos de IA son capaces de analizar datos e, incluso, pueden llegar a conclusiones mejor fundamentadas -sobre los datos de los que ha dispuesto- que un humano dotando a las máquinas de ciertas cualidades que hasta ahora solo podíamos atribuirles a los seres humanos. Pero al menos por el momento no son capaces de contextualizar su decisión, de aportar la ética necesaria para que dicha decisión sea válida para la sociedad.

La IA al decir de Lassalle representa el sueño utópico de la ciencia: imitar el cerebro humano sin sus imperfecciones, y su vertiginosa aceleración nos conduce sin remedio hacia una civilización en la que cohabitarán seres humanos y máquinas -aunque no sabemos de qué forma y cómo- provocando ya

consecuencias culturales, geopolíticas y filosóficas. Según el autor citado la IA, nacida hace 7 décadas del empeño utópico de la ciencia moderna corre hoy descontrolada y a velocidad de vértigo hacia la meta de una consciencia que le hará creerse perfecta. El desenlace futuro estará determinado por el grado de desarrollo que alcancen las capacidades cognitivas de la inteligencia artificial, especialmente en escenarios en los que estas superen las capacidades del cerebro humano.

Las oportunidades y los riesgos asociados al desarrollo de la IA resultan profundamente significativos. No obstante, con frecuencia se pasa por alto la reflexión filosófica sobre lo que implica para la humanidad promover el avance de tecnologías diseñadas con el potencial apto para ser "alguien consciente". Un alguien sintético al que se dota de capacidades cognitivas inimaginables, pero sin la consciencia ni los condicionantes morales que acompañan la existencia del creador a quien replica: el ser humano. Los riesgos de esta tecnología serán numerosos, la mayoría relacionados con el gen utópico, utilitario y determinista que forma el ADN sintético de la IA. Esta circunstancia no es apreciada por los tecnólogos que empujan como expertos que solo saben proponer avances, para llevar las cosas aún más lejos significando un peligro al progreso de la IA. Solo una mirada basada en la prudencia de educarse en la duda que aporta el humanismo podrá neutralizar.

2. DERECHOS LABORALES Y VIGILANCIA ALGORÍTMICA EN ENTORNOS DE TRABAJO DIGITALIZADOS

Se ha sostenido reiteradamente la íntima e imprescindible relación entre los datos personales y la identidad misma de la persona, así como es un hecho incontestable que nuestra identidad está profundamente vinculada al trabajo. Por otra parte, a menudo se habla de la automatización del trabajo como una historia futurista cuando, en realidad, se trata de una realidad largamente establecida en el trabajo contemporáneo. Este escenario de profundización de procesos automatizados y de vigilancia en los lugares de trabajo se ha intensificado con

la irrupción de una lógica que domina el sector tecnológico: la creencia inquebrantable de que cualquier cosa puede ser un dato, y de que los datos están disponibles para quien quiera tomarlos.¹¹

Decisiones como reclutar y seleccionar trabajadores, asignar horarios, funciones y tareas, vigilar, controlar y evaluar el desempeño, gestionar ascensos, bonificaciones o despidos, ya son adoptadas por algoritmos. Con el uso de sistemas gestores de la mano de obra, la figura del mando intermedio se vuelve menos necesaria, reemplazando trabajadores que tomaban decisiones por otros que ejecutan lo decidido por una máquina.¹²

El trabajo en centros de llamadas es de los más afectados por esta dirección algorítmica. Los algoritmos controlan la cantidad y duración de las llamadas, las pausas e incluso el contenido a través de palabras clave, tono de voz y entonación. La empresa CallMiner, por ejemplo, ofrece un software que perfila a cada trabajador y le asigna una puntuación, generando un ranking que evalúa profesionalismo, cortesía y empatía.

En los supermercados se contabiliza la rapidez de cada cajero para escanear los productos de la cesta. Este índice de “productividad” es comparado con el resto de las personas trabajadoras. Los supervisores utilizan las evaluaciones generadas por los algoritmos como criterio para determinar incentivos económicos, asignar turnos laborales, justificar el despido de empleados con menor rendimiento y fomentar la competencia entre trabajadores, por ejemplo, entre cajeros- con el objetivo de incrementar la velocidad en la ejecución de sus tareas.

WorkSmart es un algoritmo que cuenta las pulsaciones de teclado y el ratón, monitoriza permanentemente la pantalla del ordenador, los emails enviados, incluso, toma una fotografía cada diez minutos mediante la webcam del ordenador para comprobar qué posición y actitud tiene la persona trabajadora. Con esta información se elabora un perfil y ranquea al personal para la toma de decisiones.

11. Kate Crawford, *Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence* (New Haven: Yale University Press, 2022).

12. Adrián Todolí Signes, *Trabajo subordinado y algoritmos: La dirección y control algorítmico del trabajo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023).

Amazon contabiliza el número y velocidad de cajas empaquetadas, pasos dados en un día dentro de los almacenes, pausas para ir al baño o socializar. Mediante la utilización de pulseras inteligentes o chips en el calzado se realiza un exhaustivo recuento del trabajo prestado y junto con otras variables se elabora un índice de productividad, utilizado para generar avisos automáticos (la pulsera vibra o se le envía un mensaje a la misma) o se despide de forma automatizada a las personas que no alcanzan una mínima productividad. En EE.UU., el 10% de los trabajadores de almacén han sido despedidos por no alcanzar los estándares.¹³

La misma empresa instala cámaras, que son visualizadas por una IA, en los vehículos con el logo de Amazon, pertenecientes a las empresas subcontratistas que realizan repartos para la principal con objeto de conocer si estos trabajadores cumplen la normativa viaria al conducir los vehículos, cumplen con los límites de velocidad, sufren accidentes que puedan repercutir en la integridad de los paquetes, etc.

En 2019, trabajadores británicos de Uber apelaron a la legislación sobre protección de datos para solicitar acceso a la información que determina su salario y continuidad. Una calificación menor a 4.4 puede excluir al trabajador de la plataforma. La empresa proporcionó solo datos básicos, contraviniendo el principio de transparencia establecido en el derecho de la UE. Se espera que futuras resoluciones judiciales, incluso del TJUE, ofrezcan claridad urgente sobre este tema.

El 98% de las empresas del Fortune 500 utilizan sistemas algorítmicos para sus procesos de selección.¹⁴ Estos algoritmos pueden leer currículos, analizar videos de entrevistas, evaluar actitudes, lenguaje no verbal o tono de voz para identificar a los mejores candidatos o reducir la lista.

Existe un amplio consenso doctrinal respecto a los riesgos que implica tener un sistema de IA como "jefe" o supervisor: discriminación, ritmos de trabajo

13. Adrián Todolí Signes, *Trabajo subordinado y algoritmos*.

14. Carla Pursell, "Algorithmic Management and Hiring: Ethical and Legal Challenges," *Journal of Tech and Work* 12, no. 1 (2024).

perjudiciales para la salud, vulneración de la intimidad o derechos laborales, despidos arbitrarios, entre otros.

Las prácticas discriminatorias en reclutamiento y contratación son una preocupación constante que impacta tanto en las relaciones laborales sino también a la comprensión más amplia de la justicia económica y la desigualdad. La capacidad de acceder y conservar un empleo es esencial para la inclusión social para participar de la vida en sociedad y mantener los medios de vida. Sin embargo, las decisiones sobre elegibilidad en términos de quién es más apto para cubrir un puesto de trabajo están siendo determinadas por sistemas automatizados (AHS, por sus siglas en inglés) y herramientas basadas en datos.¹⁵

En América Latina, incluida Argentina, no existe una legislación específica que regule el uso laboral de la IA y los algoritmos sin intervención humana. Resulta indispensable abordar la legislación y la experiencia europea teniendo en cuenta las circunstancias y contexto específicos en los que se tratan los datos personales, máxime cuando se utilizan procedimientos matemáticos o estadísticos para la elaboración de perfiles. Es urgente aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar, que se corrijan los factores que introducen inexactitudes en los datos personales y se reduzcan al máximo los posibles riesgos para los intereses y derechos del ciudadano en general y del trabajador en particular y se impidan, entre otras cosas, efectos discriminatorios en las personas físicas por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual, o que den lugar a medidas que produzcan tal efecto.

Las decisiones basadas en algoritmos utilizando la IA comprenden la generación de un valor de probabilidad y así lo ha entendido la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,¹⁶ de 7 de diciembre de 2023 (C-634/21), que determinó que un "score" generado mediante procedimientos matemáticos y estadísticos, que influye decisivamente en la posibilidad de establecer,

15. Javier Sanchez-Monedero, Lina Dencik, and Lilian Edwards, "What Does It Mean to 'Solve' the Problem of Discrimination in Hiring?," *Technology in Society* 63 (January 2020): 101385.

16. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 7 de diciembre de 2023, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:957.

ejecutar o terminar una relación contractual, constituye una decisión individual automatizada. Esta resolución reviste una relevancia significativa, ya que representa la primera interpretación formal que reconoce que la elaboración de un pronóstico sobre la probabilidad de una conducta futura de una persona –a través de una calificación o score basada en ciertas características personales y generada mediante procedimientos matemáticos y estadísticos reviste aquella característica de individual automatizada. Esto es así porque de ese valor de probabilidad depende de manera determinante que un tercero, al que se comunica dicho valor, establezca, ejecute o ponga fin a una relación contractual con esa persona, basándose en la hipótesis de que la clasificación de una persona o una categoría de personas con características comparables (scoring), que han revelado cierto comportamiento, permite prever un comportamiento similar.

3. NUEVOS RETOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DDHH: NEURODATOS Y NEURODERECHOS DESAFÍOS REGULATORIOS Y AMENAZAS A LA PRIVACIDAD EN EL ENTORNO LABORAL DIGITAL.

La sanción del Reglamento General de Protección de Datos Europeo en 2016 constituye un hito insoslayable, marcando un antes y un después en la regulación de los datos personales, al inaugurar una nueva generación normativa. El impacto del RGPD ha provocado tanto la actualización de normas internacionales –como el Convenio 108+– como el inicio de procesos de reforma legislativa en prácticamente toda América Latina. Algunos países ya han sancionado nuevas leyes, como Brasil, Ecuador, Panamá y Chile. En el caso argentino, aunque aún no se ha aprobado una nueva ley, se espera que, tarde o temprano, se adopte una norma alineada con las directrices del RGPD.

Un impacto similar comienza a observarse con el Reglamento de Inteligencia Artificial aprobado recientemente por la Unión Europea. Este instrumento representa el primer intento mundial de establecer un enfoque regulatorio unificado para la IA, con el objetivo de garantizar su desarrollo y uso de manera segura,

transparente y coherente con los valores europeos de privacidad, dignidad humana y no discriminación.¹⁷

Sin embargo, no todos los países comparten esta visión europea en cuanto resulta proteccionista, "*pro homine*", en relación con el tratamiento de datos personales. En particular, Estados Unidos sostiene una postura más permisiva, "*pro business*" caracterizada por una amplia libertad en el uso de datos, en parte para evitar los llamados *chilling effects* sobre su industria tecnológica. Esta diferencia de enfoque genera fricciones inevitables en un contexto globalizado donde los datos fluyen sin restricciones geográficas, como lo demuestran los reiterados fracasos en los acuerdos de transferencia de datos entre la UE y EE. UU.¹⁸

En este marco, surgen nuevos desafíos alentados por las neurotecnologías, que permiten un conocimiento cada vez más profundo del funcionamiento neuronal, incluso accediendo a dimensiones inconscientes de la mente humana. El artículo 5 del Reglamento de IA de la UE prohíbe prácticas de manipulación o condicionamiento subliminal que alteren el comportamiento sin consentimiento, lo que da cuenta del riesgo real de estas tecnologías.

¿Cómo se ha llegado hasta aquí? ¿Cómo se llegó a un escenario en el que las máquinas comienzan a invadir un terreno que se creía exclusivamente humano? El punto de partida se relaciona con el cableado mental, las redes neuronales y en este sentido las neurociencias indican una cuestión que es importante tomar en cuenta; es un dato que tal vez sea desconocido: el 95% de la actividad cerebral es inconsciente. Así lo sostiene el neurocientífico Eagleman¹⁹ "el yo consiente es el fragmento más pequeño de lo que ocurre en el cerebro: no se haya en el centro de la acción sino más bien en un borde lejano y no oye más que susurros de las actividades".

El punto de inflexión se relaciona con el desarrollo de dispositivos BCI (Brain-Computer Interfaces), que permiten la comunicación directa entre el cerebro

17. Comisión Europea, "Reglamento de Inteligencia Artificial," 2024, <https://eur-lex.europa.eu>.

18. Gloria González Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU* (Dordrecht: Springer, 2014).

19. David Eagleman, *El cerebro: nuestra historia* (Barcelona: Anagrama, 2017).

humano y sistemas electrónicos. las empresas tecnológicas ya han avanzado en el diseño de dispositivos BCI -tecnologías que ya están llegando al consumidor- denominadas así por las siglas en inglés Brain-Computer Interfaces una interfaz cerebro ordenador, que permite la comunicación directa entre el cerebro humano y un dispositivo electrónico externo, como un ordenador o una prótesis, sin la necesidad de utilizar los músculos o el sistema nervioso periférico. Estos dispositivos utilizan las señales eléctricas del cerebro conocidas como EEG (siglas de electroencefalografía) durante la realización de actividades mentales controladas. En otras palabras, permiten captar determinada información generada por el cerebro, datos generados por el cerebro y convertirlos en acciones, capturan señales eléctricas del cerebro (EEG) y las traducen en acciones mediante un proceso denominado neurofeedback.^{20 21}

Así, se genera una nueva categoría de datos -los neurodatos- que están tomando cada día mayor protagonismo. Consisten en la información que se recoge del cerebro y/o del sistema nervioso, así como las interferencias basadas en esos datos. La extracción y la recopilación de esos neurodatos resultan esenciales para el funcionamiento de los BCI. Los neurodatos son categorías especiales de datos, datos biométricos, se consideran huellas cerebrales. Las ondas cerebrales permiten identificar al interesado e interferir información sobre la fisiología, la salud o los estados mentales del individuo, entre otros aspectos personales. Son datos biométricos o datos relativos a la salud de las personas por lo tanto son datos sensibles conforme las legislaciones vigentes tanto en Europa como Latinoamérica.

En el caso de la UE el G.D.P.R. prohíbe el tratamiento de estos datos salvo excepciones como sería por ejemplo cuando es consecuencia o tiene como base

20. Richard Heersmink, "Brain-Computer Interfaces and Human Enhancement: Ethical and Policy Implications," *Philosophy & Technology* 34, no. 3 (2021): 613-632.

21. Perri Karyal, influencer inglesa, ha protagonizado un cambio radical en la forma de interactuar con los videojuegos reemplazando consolas tradicionales: jugar utilizando la mente. Adquirió un dispositivo de lectura de ondas cerebrales, logró entrenarlo con sus propios datos y pudo jugar con Elden Ring. El dispositivo captura las fluctuaciones eléctricas del cerebro, traduciendo la información en comandos dentro del juego. Interpretar estas señales y convertirlas en acciones virtuales implica la recopilación y el procesamiento de grandes volúmenes de datos cerebrales. Estos datos, almacenados y analizados mediante algoritmos de IA, permiten predecir y ejecutar acciones en el juego, demostrando el potencial de la neurotecnología en el entretenimiento.

jurídica la ejecución de un contrato como el contrato de trabajo. La base jurídica principal en el ámbito de las relaciones laborales es la ejecución del contrato. La asimetría existente entre la empresa y la persona trabajadora exige el respeto extremo a los principios de proporcionalidad y limitación de la finalidad. En otras áreas como neuromarketing resulta necesario y obligatorio el consentimiento libre informado y explícito para fines originales.²²

Así nace el concepto de neuroderechos que buscan la protección de la privacidad mental, la libertad cognitiva la continuidad psicológica y el acceso justo habiéndose actualmente suscitado a nivel global un debate acerca de la necesidad de reconocer un nuevo haz de derechos: Neuroderechos cuya finalidad será frenar las amenazas que implican para las personas y sus derechos fundamentales la utilización en diversos ámbitos de dispositivos interfaces cerebro-ordenador.²³

Este debate cobra particular urgencia ante el fenómeno de la hiperconectividad, que permite una datificación ubicua (omnipresente) del comportamiento humano, posibilitando una psicometría humana capaz de predecir con alto grado de certeza conductas individuales;²⁴ todos los sistemas envían información todo el tiempo lo que develó una nueva dimensión del ser humano y evidenció la necesidad de su protección a través del derecho a la autodeterminación informativa. El perfilado individual abarca tantas dimensiones de la personalidad que puede hacerse predicciones conductuales con un elevado grado de certeza.

Como sostiene Beltrán de Heredia y Ruiz,²⁵ la combinación del *big data* y el avance sin precedentes de la inteligencia artificial -entendida como estadística computacional muy avanzada- aún distante de lo que se entiende como "inteligencia" en términos humanos, está generando una cartografía detallada de la mente humana, haciendo transparentes aspectos antes inaccesibles como

22. Marcello Lenca and Roberto Andorno, "Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology," *Life Sciences, Society and Policy* 13, no. 5 (2017): 1-27.

23. Ignasi Beltrán de Heredia y Ruiz, "Hacia el estatuto del yo inconsciente de la persona trabajadora," *Revista Trabajo y Derecho*, no. 19 (2024): 1-40.

24. Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism* (New York: PublicAffairs, 2019).

25. Ignasi Beltrán de Heredia y Ruiz, "Hacia el estatuto del yo inconsciente de la persona trabajadora", 1-40.

intenciones, emociones y estados de ánimo. Esta posibilidad de acceso, influencia y moldeamiento del comportamiento plantea desafíos inéditos, ya que estas tecnologías están desarrollando la capacidad de influir en los pensamientos, acceder al inconsciente y moldear el comportamiento de manera subliminal especialmente en el entorno sociolaboral, que podría convertirse en la “zona cero” de esta transformación.

El ámbito del trabajo resulta propicio para estas tecnologías por sus incentivos organizacionales, productivos y económicos resultando un campo para la psicometría de gran impacto en la monitorización y vigilancia de la actividad de los trabajadores (con granularidad y sofisticación panóptica). Es obvio que este tipo de automatización también puede acarrear la amortización de puestos de trabajo como así también estos sistemas de datos a través de la analítica predictiva pueden ser empleados para justificar despidos por causas de empresa de naturaleza preventiva. Si bien es una dimensión en la que esta tecnología podría redundar en beneficio de los empleados, no pueden obviarse los riesgos psicosociales vinculados a su uso, ni tampoco que, precisamente, la prevención de riesgos laborales y la protección de la salud pueden convertirse en una vía para acrecentar la monitorización y el control empresarial. La atención y el sueño –en aras de determinar la calidad del descanso– ya es una dimensión susceptible de control. El monitoreo en tiempo real del esfuerzo se encuentra naturalizado plenamente en ámbitos donde se utilizan diversos dispositivos como exoesqueletos o ropa inteligente utilizados para maximizar el esfuerzo mitigar el cansancio y prevenir los riesgos del trabajo.²⁶ Existen mecanismos de reconocimiento facial dirigidos a medir la atención de los conductores (en concreto, si están mirando la carretera) y también se emplean cámaras de infrarrojos para monitorizar las posiciones de la cabeza y de su cuerpo, así como sus expresiones faciales y los gestos de la mano. También se utiliza la inteligencia artificial para medir su nivel de distracción, a partir de la monitorización de sus ojos y la orientación de la cara.

26. Ignasi Beltrán de Heredia y Ruiz, “Hacia el estatuto del yo inconsciente de la persona trabajadora”, 1-40.

Si bien estas herramientas pueden contribuir a la prevención de riesgos laborales, también conllevan peligros evidentes para la salud mental, la autonomía y la privacidad de las personas trabajadoras.

La proliferación de dispositivos EEG aplicados en contextos laborales para el monitoreo del cansancio sugiere que este tipo de tecnología podría estandarizarse en el futuro cercano. La retroalimentación que proporcionan estos sistemas, así como la supervisión directa de superiores basada en ellos, pueden tener efectos jurídicos relevantes, condicionando incluso la conservación del empleo.

En suma, el despliegue acelerado de la neurotecnología en el mundo del trabajo exige una reflexión urgente sobre los límites legales, éticos y sociales que deben establecerse para garantizar que los avances técnicos no se traduzcan en nuevas formas de vulneración de derechos fundamentales.

4. LA LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA: COORDINACIÓN NORMATIVA CON EL RGPD Y SU IMPACTO GLOBAL

La Ley de Inteligencia Artificial de la UE, aprobada en 2024, representa el primer intento mundial de establecer un marco normativo integral para el desarrollo y uso de la IA. Su objetivo es garantizar la seguridad, transparencia y alineación con los valores europeos, como la dignidad humana, la privacidad y la no discriminación.

Clasifica los sistemas de IA según su nivel de riesgo (inaceptable, alto, bajo o mínimo) y define diferentes exigencias regulatorias según esta categorización. En este tópico resulta indispensable destacar la necesidad imperiosa de que el desarrollo de la inteligencia artificial (IA) "se ancle éticamente", celebrando el esfuerzo legislativo de Europa, cuya tradición jurídica ha sido históricamente valorada en América Latina y en Argentina como una fuente de seguridad jurídica. Esta regulación genera una ventaja competitiva al erigir una sociedad donde las reglas son claras, previene que el entorno digital se transforme en una "jungla" y de esta manera, los principios esenciales del derecho europeo

continental puedan cruzar el Atlántico y servir de inspiración para la continua revisión y reelaboración normativa en nuestras regiones.

El denominado “efecto Bruselas”²⁷ evidencia cómo la Unión Europea (UE) actúa como una superpotencia influyente que moldea estándares globales. Al promulgar regulaciones que configuran el entorno empresarial internacional, la UE eleva los estándares globales en privacidad de datos, salud, protección del consumidor, medio ambiente, leyes antimonopolio, competencia y discurso de odio en línea impregnando de notable europeización a una gran variedad de aspectos importantes del comercio global. A diferencia de otras potencias que imponen su influencia de forma directa, la UE logra que las empresas multinacionales adopten voluntariamente sus regulaciones. En contraste con la forma en que las superpotencias ejercen su influencia global la UE domina el mercado global mediante la externalización involuntaria de sus normas, consolidándose como el principal regulador mundial.²⁸ El efecto Bruselas –una frase acuñada por primera vez por Bradford en 2012– sitúa a la UE para jugar un papel directo en la imposición de estándares, atento a que las fuerzas del mercado por sí solas suelen ser insuficientes siendo la U.E. – no China ni EEUU– quien mediante los mecanismos globalizadores del mercado como regulador mundial extiende su influencia hacia el futuro.

Este enfoque no busca obstaculizar la innovación ni limitar el desarrollo de IA propia en Europa, sino proponer una alternativa ética frente a modelos como los de Estados Unidos (centrado en el beneficio económico de los datos) o China (orientado al control social). Desde esta perspectiva humanista, se destaca la necesidad de supervisión humana constante sobre los sistemas de IA, reforzando valores como la prudencia y la ética en su diseño y uso desde la impronta humanista desde la prudencia de educarse en la duda instalando valores éticos.

Uno de los ámbitos donde esto adquiere relevancia es en el trabajo. La mejora tecnológica en la toma de decisiones empresariales no solo permite procesar

27. Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (Oxford: Oxford University Press, 2020).

28. Columbia Law School, “The Brussels Effect: The EU’s Role as a Global Regulator,” Public Law Research Paper No. 14-539 (2020), <https://scholarship.law.columbia.edu>.

grandes volúmenes de datos, sino también sustituir totalmente al personal de recursos humanos mediante sistemas de IA. Actualmente, tecnologías como el machine learning permiten tomar decisiones automatizadas sin intervención humana directa.²⁹ Esta automatización incrementa el riesgo de discriminación y control sobre los trabajadores, lo que activa las protecciones del artículo 22 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD). Según la interpretación doctrinal mayoritaria, una intervención humana superficial no sería suficiente para desactivar estas protecciones: solo si un humano puede revisar, valorar y eventualmente revertir la decisión, se considera una “intervención significativa”. Así lo establece el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT29),³⁰ que subraya que la revisión debe ser real y efectiva.

La Ley de IA de la UE no es sólo una regulación regional; sus implicaciones resuenan a nivel mundial. Como primera ley integral de IA, sienta un precedente que otras naciones probablemente considerarán al redactar sus propias políticas de IA. Al establecer altos estándares para la gobernanza de la IA, la UE pretende predicar con el ejemplo, promoviendo el desarrollo y uso ético de esta tecnología en todo el mundo.

La coordinación entre el Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA) y el resto del marco normativo vigente -Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) o la normativa laboral aplicable- representa una cuestión de considerable relevancia jurídica. En particular el considerando 1 del RIA establece que: “Este Reglamento garantiza la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios basados en la IA, impidiendo así que los estados miembros impongan restricciones al desarrollo, la comercialización y el uso de sistemas de inteligencia artificial, a menos que lo autorice explícitamente el presente Reglamento.” A partir de esta disposición, parte de la doctrina ha planteado la posibilidad de que el RIA limite o incluso impida la adopción de regulaciones nacionales más restrictivas en materia de inteligencia artificial. De confirmarse la interpretación

29. Adrián Todolí Signes, *Inteligencia artificial y relaciones laborales: riesgos, desafíos y oportunidades* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023).

30. El Grupo de Trabajo Órgano consultivo independiente de la UE en materia de protección de datos y privacidad. Creado por la Directiva 95/46/CE.

comentada, podría producirse en la práctica una restricción a la capacidad de los Estados Miembros para establecer niveles de protección superiores a los previstos en el propio Reglamento de la Unión Europea. Esta limitación o impedimento hacia los Estados Miembro tendría por objeto de los productos de IA puedan venderse y circular libremente por toda la UE bajo normas armonizadas.

4.1 Disposiciones clave de la Ley de IA

i. Prohibición de sistemas de riesgo inaceptable: Quedan vedadas las aplicaciones de IA que representan amenazas significativas a la seguridad o a los derechos fundamentales, como sistemas de puntuación social estatal, manipulación subliminal o ciertos usos de reconocimiento biométrico en espacios públicos.

ii. Regulación de sistemas de alto riesgo: Aquellos utilizados en sectores como salud, educación, seguridad y empleo están sujetos a estrictos requisitos: evaluaciones de riesgo, calidad de datos y supervisión humana.

iii. Transparencia y responsabilidad: Las empresas deben informar claramente cómo funcionan sus sistemas de IA, incluyendo sus capacidades, limitaciones y propósitos.

iv. Cumplimiento y aplicación: Se establece una estructura de gobernanza con autoridades nacionales y una Junta Europea de IA para garantizar el cumplimiento y atender reclamaciones.

En resumen, el Reglamento de IA (RIA) regula la comercialización y puesta en servicio de sistemas de IA en la UE, mientras que el RGPD se aplica al uso de datos personales, tanto en el entrenamiento de algoritmos como en decisiones automatizadas con impacto jurídico. Para ilustrarlo con un ejemplo, si la IA fuera un arma de fuego, el RIA establecería las condiciones de seguridad para su fabricación y comercialización, mientras que el RGPD y otras normativas nacionales determinarían cuándo, cómo y por quién puede usarse (licencias, penalidades, protección contra el abuso, etc.).

Esta diferenciación entre comercialización y uso es fundamental para entender la interacción entre ambas regulaciones. Por ejemplo, el RIA permite

“autocertificaciones” para garantizar la seguridad de sistemas de IA. Además, el principio de transparencia ha adquirido una relevancia central. Un estudio muestra que el 94 % de los documentos sobre IA analizados lo incluyen como principio fundamental,³¹ y otro confirma que es el valor ético más mencionado en documentos sobre algoritmos.³²

Estos principios éticos se han incorporado ampliamente en la normativa que estamos analizando, tanto el G.D.P.R. como el RIA incluyen el principio de transparencia, además de otros derechos que concretan este principio multifacético.

La transparencia ha sido calificada como un término polisémico, sobre el cual es difícil establecer una definición unívoca, la cual dependerá, en cierto modo, de la perspectiva que se elija en su análisis. Pero, además, es esencialmente instrumental, en cuanto a que la transparencia tiene valor como instrumento para detectar conductas inapropiadas y ejercer frente a ellas derechos de rescimiento.

En el ámbito empresarial, la transparencia se plasma en el derecho a la información, que impone obligaciones sobre qué datos deben ser compartidos con los trabajadores.³³ En este contexto, el objetivo es encontrar un equilibrio entre el poder de dirección empresarial y los derechos fundamentales de los empleados.

La aplicación del principio de transparencia es una herramienta eficaz para la empresa en cuanto a que impulsa la confianza de sus clientes y proveedores, pero también de la propia administración pública y de las personas trabajadoras. Así como tiene la función de promover una mayor reputación corporativa -valor reputacional- que incide en la mejora de su negocio.

Finalmente, el RIA da un paso adelante e introduce por primera vez en una norma jurídica de alcance comunitario el concepto de sistema automatizado

31. Anna Jobin, Marcello Lenca, and Effy Vayena, “The Global Landscape of AI Ethics Guidelines,” *Nature Machine Intelligence* 1, no. 9 (2019): 389-399, <https://doi.org/10.1038/s42256-019-0088-2>.
32. Jessica Morley, Luciano Floridi, Libby Kinsey, and Anat Elhalal, “From What to How: An Initial Review of Publicly Available AI Ethics Tools, Methods and Research to Translate Principles into Practices,” *Science and Engineering Ethics* 26 (2020): 2141-2168, <https://doi.org/10.1007/s11948-019-00165-5>.
33. Eva Blázquez Agudo, *Derechos laborales en la era digital: transparencia y poder empresarial* (Madrid: Editorial Laboris, 2024).

de reconocimiento de emociones definiéndolo como un sistema de inteligencia artificial destinado a distinguir o inferir las emociones o las intenciones de las personas físicas a partir de sus datos biométricos.

CONSIDERACIONES FINALES

Actualmente, la tecnología permite una observación prácticamente omnipresente de la actividad laboral. Dispositivos como sensores, videocámaras, GPS, wearables o software espía capturan millones de datos sobre la prestación de servicios. Sin embargo, esta enorme cantidad de información sería de escasa utilidad sin el procesamiento algorítmico que, a través de sistemas automatizados, genera conclusiones fácilmente comprensibles para la gestión empresarial.

El dato de que un teletrabajador durante el día ha realizado diez mil pulsaciones del teclado, dos mil del ratón, puede decirnos poco sobre el correcto cumplimiento de sus funciones, pero si esta información es procesada por el algoritmo el cual nos indica que el índice de productividad de ese trabajador es tres sobre diez, tendremos más claro el significado. Si adicionalmente este algoritmo nos dice que la media de productividad entre los compañeros es de ocho sobre diez la información será más útil. Y si finalmente el algoritmo establece una prelación (ranking) entre todos los trabajadores de la empresa el responsable de recursos humanos probablemente lo tenga sencillo a la hora de que la empresa decida despedir trabajadores. Podría sostenerse inclusive, en favor de la empresa, que la decisión del despido es completamente justificada por baja productividad. Esto plantea desafíos serios. Un ejemplo elocuente lo constituye el caso de una trabajadora de Amazon despedida por un algoritmo que no computó una ausencia justificada por fallecimiento familiar, evidenciando los riesgos de decisiones automatizadas no supervisadas. La falta de transparencia, reconocida como uno de los principales problemas por el RGPD y el Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE (RIA), puede impedir que las

personas comprendan o impugnen adecuadamente las decisiones que las afectan.³⁴

La transparencia es vista como una garantía adicional -tanto en el G.D.P.R. como en la IA Act- para mitigar riesgos asociados a los sistemas de IA lo que significaría un contrapeso a la caja negra que representan muchos algoritmos donde sus procesos internos son opacos y difíciles de entender incluso para sus desarrolladores, provocando decisiones ambiguas, la falta de rendición de cuenta dificultan la comprensión de cómo se toman aquellas.

El objetivo de la protección no persigue atemorizar a las empresas ante la posibilidad de aplicar sanciones sino convencer que deben respetar y proteger derechos y libertades con medidas prácticas lógicas, comprensibles que incrementen su valor reputacional.

Desde el 2 de febrero de 2025, entraron en vigor los capítulos I y II del RIA, estableciendo un marco normativo destinado a garantizar un desarrollo responsable de la IA en la Unión Europea. El Reglamento adopta un enfoque basado en el riesgo, con especial atención a la protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales. En línea con el considerando 29, se reconoce que, si bien la IA puede tener usos beneficiosos, también puede emplearse indebidamente para prácticas de manipulación o control social que atentan contra los valores fundamentales de la UE como la dignidad, la igualdad y la libertad.³⁵

El comienzo de la aplicación simultánea de las disposiciones de los capítulos I y II de la norma responde a una razón claramente relacionada con la propia lógica del Reglamento. La norma determina, como explica su considerando 29 que, al margen de los múltiples usos beneficiosos que pueden darse a la IA, esta tecnología también puede utilizarse indebidamente y proporcionar nuevas y poderosas herramientas para llevar a cabo prácticas de manipulación, explotación y control social.

34. Comisión Europea, "Reglamento sobre la Inteligencia Artificial (Reglamento UE 2024/0125)" (Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea, 2024).

35. Unión Europea, *Considerandos del Reglamento de Inteligencia Artificial* (Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea, 2024).

Tales prácticas, se consideran sumamente perjudiciales e incorrectas, deben estar prohibidas, pues van en contra de los valores de la Unión de respeto de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia y el Estado de Derecho y de los derechos fundamentales consagrados en la Carta de Derechos Fundamentales como el derecho a la no discriminación, a la protección de datos a la intimidad, entre otros.

Uno de los objetivos principales de esta regulación no es imponer miedo con sanciones, sino fomentar confianza. Para ello, exige que los sistemas de IA sean transparentes, comprensibles y auditables. El requisito de supervisión humana, si bien puede ralentizar los procesos, es esencial para asegurar la legalidad, la ética y la equidad de las decisiones automatizadas. En ámbitos como el financiero o laboral, esta intervención humana es clave para prevenir discriminaciones, sesgos o errores que podrían vulnerar derechos fundamentales.³⁶

La supervisión humana garantiza que las decisiones de la IA cumplan con las regulaciones legales y éticas, evitando infracciones que podrían resultar en sanciones legales entre ellas en el ámbito del trabajo y de la industria financiera que conlleva el acatamiento de requisitos legales, los supervisores humanos pueden asegurar de que las decisiones de la IA las cumplan.

El cumplimiento de estos requisitos se ha señalado, pueden limitar la eficiencia: la necesidad de supervisión humana puede ralentizar el proceso de toma de decisiones de la IA reduciendo la eficiencia y la velocidad que estas tecnologías pueden ofrecer, por ejemplo, en el sector financiero donde la rapidez es crucial estimando que la intervención humana para la detección de fraudes en tiempo real puede retrasar la respuesta. Implementar un sistema efectivo de supervisión humana puede ser complejo y requerir una formación extensa y continua para que los supervisores comprendan adecuadamente cómo funcionan los sistemas de IA.

La regulación exige la transparencia como una medida crucial para construir confianza y garantizar que las decisiones de la IA sean justas y no discriminatorias.

36. Ignasi Beltrán de Heredia y Ruiz, "Hacia el estatuto del yo inconsciente de la persona trabajadora", 1-40.

rias, requiriendo para este propósito, detalles concisos, completos, correctos, pertinentes, comprensibles y accesibles.

En síntesis, las aplicaciones de IA en la gestión del talento humano deben cumplir con ciertos criterios fundamentales:

a) Se prohíben sistemas de IA para influir en la toma de decisiones sobre condiciones laborales de manera injustificada o discriminatoria violando derechos fundamentales

b) Se veta el uso de reconocimiento emociones en entornos laborales y educativos, evitando que las empresas utilicen IA para evaluar el estado emocional de un empleado como indicador de productividad, así como la medición parametrizada de la pausa en la actividad.

c) No se permite la vigilancia biométrica masiva en el trabajo protegiendo la privacidad de trabajadores

d) Los algoritmos de selección de candidatos deberán garantizar un proceso justo, transparente y exento de toda lo que implique trato discriminatorio.

e) Se refuerzan las obligaciones de los empleadores en cuanto a la "explicabilidad" (deber de informar) el funcionamiento de los sistemas de IA usados en la contratación.

f) Se establecen límites a la monitorización mediante IA en entornos de trabajo híbrido o teletrabajo.

La humanidad está ante un momento histórico en el binomio entre tecnología y trabajo. ¿Será el inicio de un nuevo paradigma en la gestión del talento?

Al tratar la regulación de la Inteligencia Artificial, como lo hizo la Unión Europea, es fundamental que el debate previo se centre en la Protección de Datos Personales. Además, la regulación de ambos aspectos debe complementarse con un sólido programa de Ciberseguridad el cual no puede abordarse de manera aislada. Es necesario un enfoque integral que garantice la protección tanto de la tecnología, como de los datos de los usuarios. Estamos en la antesala de una gran transformación que socaba profundamente la idea de acto libre

voluntario y, sin lugar a duda, cortocircuita la idea de identidad.³⁷ El RIA de la UE ha dado un primer paso. No obstante, los espacios para que la IA pueda ser utilizada para condicionar a las personas por debajo del nivel consciente son muy superiores de lo deseable.

REFERENCIAS

- Beltrán de Heredia y Ruiz, Ignasi. "Hacia el estatuto del yo inconsciente de la persona trabajadora." *Revista Trabajo y Derecho*, no. 19 (2024): 1-40.
- Blázquez Agudo, Eva. *Derechos laborales en la era digital: transparencia y poder empresarial*. Madrid: Editorial Laboris, 2024.
- Bradford, Anu. *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Columbia Law School. "The Brussels Effect: The EU's Role as a Global Regulator." Public Law Research Paper No. 14-539, 2020. <https://scholarship.law.columbia.edu>.
- Comisión Europea. "Reglamento de Inteligencia Artificial." 2024. <https://eur-lex.europa.eu>.
- Comisión Europea. "Reglamento sobre la Inteligencia Artificial (Reglamento UE 2024/0125)." Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea, 2024.
- Crawford, Kate. *Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence*. New Haven: Yale University Press, 2022.
- Eagleman, David. *El cerebro: nuestra historia*. Barcelona: Anagrama, 2017.
- González Fuster, Gloria. *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Dordrecht: Springer, 2014.
- Harari, Yuval Noah. *21 lecciones para el siglo XXI*. Barcelona: Debate, 2023.
- Harari, Yuval Noah. *Homo Deus: Breve historia del mañana*. Barcelona: Debate, 2018.
- Heersmink, Richard. "Brain-Computer Interfaces and Human Enhancement: Ethical and Policy Implications." *Philosophy & Technology* 34, no. 3 (2021): 613-632.
- Ienca, Marcello, and Roberto Andorno. "Towards New Human Rights in the Age of Neuroscience and Neurotechnology." *Life Sciences, Society and Policy* 13, no. 5 (2017): 1-27.
- Jobin, Anna, Marcello Ienca, and Effy Vayena. "The Global Landscape of AI Ethics Guidelines." *Nature Machine Intelligence* 1, no. 9 (2019): 389-399. <https://doi.org/10.1038/s42256-019-0088-2>.
- Lassalle, José. *Civilización artificial*. Barcelona: Arpa, 2024.
- Morley, Jessica, Luciano Floridi, Libby Kinsey, and Anat Elhalal. "From What to How: An Initial Review of Publicly Available AI Ethics Tools, Methods and Research to Translate

37. Ignasi Beltrán de Heredia y Ruiz, "Hacia el estatuto del yo inconsciente de la persona trabajadora", 1-40.

Principles into Practices." *Science and Engineering Ethics* 26 (2020): 2141-2168.
<https://doi.org/10.1007/s11948-019-00165-5>.

Pursell, Carla. "Algorithmic Management and Hiring: Ethical and Legal Challenges." *Journal of Tech and Work* 12, no. 1 (2024).

Sanchez-Monedero, Javier, Lina Dencik, and Lilian Edwards. "What Does It Mean to 'Solve' the Problem of Discrimination in Hiring?" *Technology in Society* 63 (January 2020): 101385.

Sartre, Jean-Paul. *Huis Clos*. Paris: Éditions Gallimard, 1947.

Todolí Signes, Adrián. *Inteligencia artificial y relaciones laborales: riesgos, desafíos y oportunidades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

Todolí Signes, Adrián. *Trabajo subordinado y algoritmos: La dirección y control algorítmico del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 7 de diciembre de 2023, C-634/21. ECLI:EU:C:2023:957.

Unión Europea. *Considerandos del Reglamento de Inteligencia Artificial*. Bruselas: Diario Oficial de la Unión Europea, 2024.

Zuboff, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism*. New York: PublicAffairs, 2019.

Received on 05/03/2025

Approved on 16/05/2025

PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN THE EUROPEAN UNION:

the horizontal effect of the directives in the light of the
jurisprudence of the ECJ¹

Fabiana Félix Ferreira²

ABSTRACT: At the European level, the principle of non-discrimination is expressly stated first and foremost in Article 2 of the TEU. In the context of the EEC, this principle exclusively reflected the rejection of any protectionist policy that might hinder, not only the creation of the common market, but more broadly the realization of any form of free trade. With the transition to the EU and, above all, the institution of European citizenship, on the other hand, the prohibition of non-discrimination becomes part of this restricted group of principles that characterize the profound purpose of the new European project - that is, the assimilation of the citizens of the member states - becoming an instrument for the affirmation of the EU as a unitary space based on identity. The research that is conducted concerns the Principle of non-discrimination within the European Union and the attribution of horizontal direct effects in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union.

KEYWORDS: Principle of non-discrimination; European Union; Court of Justice of the European Union.

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: EL EFECTO HORIZONTAL DE LAS DIRECTIVAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

RESUMEN: A nivel europeo, el principio de no discriminación está consagrado expresamente, en primer lugar, en el artículo 2 del TUE. En el contexto de la CEE, este principio reflejaba exclusivamente el rechazo a cualquier política proteccionista que pudiera obstaculizar, no solo la creación del mercado común, sino más ampliamente, la realización de cualquier forma de libre comercio. Con la transición a la UE y, sobre todo, con la institución de la ciudadanía europea, por otro lado, la prohibición de la discriminación pasa a formar parte de este reducido grupo de principios que caracterizan el propósito fundamental del nuevo proyecto europeo —es decir, la asimilación de los ciudadanos de los Estados miembros—, convirtiéndose en un instrumento para la afirmación de la UE como un espacio unitario basado en la identidad. La investigación que se lleva a

1. F. F. Ferreira, "Principle of non-discrimination in the European Union: the horizontal effect of the directives in the light of the jurisprudence of the ECJ," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 305 et seq.
2. Research fellow at the Alma Mater Studiorum - University of Bologna. International PhD in Legal Sciences from the University of Perugia, Italy, curriculum in Public Law. Lawyer and researcher. <https://orcid.org/0009-0006-6680-6332>.

cabo aborda el principio de no discriminación en la Unión Europea y la atribución de efectos directos horizontales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Principio de no discriminación; Unión Europea; Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

SUMARY: Introduction; 1. Reconstruction of the European Directives concerning the Principle of Non-Discrimination; 1.1 The prohibition of discrimination on grounds of sex; 1.2 Directive 2000/78/EC on a general framework for equality in employment and occupation; 1.2.1 The prohibition of discrimination on grounds of disability; 1.2.2 The prohibition of discrimination on grounds of age; 1.2.3 The prohibition of discrimination on grounds of sexual orientation; 1.2.4 The prohibition of discrimination on grounds of religion and belief; 1.3 Directive 2000/43/EC implementing the principle of equality between persons irrespective of racial or ethnic origin; 1.4 Discrimination on grounds of nationality; 2. Final considerations; References.

INTRODUCTION

As is well known, the fundamental objective of the Constitutive Treaty of a common Europe was the formation of a single economic market. For this reason, the precepts on equality were aimed solely at the free movement of workers between Member States, ensuring fair competition between companies in the various states and preventing countries with cheaper labor from having a lower production cost.³

Therefore, the European Community was characterized by a purely economic logic, in which it was intended to favor the free movement (only) of workers⁴ as factors of production, on the assumption of the benefits that this would bring in terms of a better allocation of workers and, consequently, a better functioning of the market.

3. Mark Bell, *Antidiscrimination Law and the European Union* (Oxford: Oxford University Press, 2002). Mark Bell, "Equality and the European Union Constitution," *Industrial Law Journal* 33, no. 3 (September 2004): 242–260. <https://doi.org/10.1093/ijl/33.3.242>. Marzia Barbera e Silvia Borelli, "Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione," in *La tutela antidiscriminatoria: Fonti strumenti interpreti*, ed. Marzia Barbera e Alberto Guariso (Torino: Giappichelli, 2020), 33. Luca Giacomelli, *Ripensare l'eguaglianza: Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria* (Torino: Giappichelli, 2018), 66. Marzia Barbera, ed., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio* (Milano: Giuffrè, 2007), XIX.
4. Council Regulation (EEC) No 1612/68 of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community, *Official Journal of the European Communities* L 257 (19 October 1968): 2–12.

The “common market” and the “approximation of the economic policies of the member states” were the two fundamental instruments through which the Community pursued its own long-term objectives.⁵

The European Economic Community was founded on a liberal outlook, which saw market mechanisms as instruments capable of guaranteeing long-term freedom and social prosperity. Its political project aimed, therefore, at building a common European market based on free competition between companies and on the free movement of workers from one Community country to another. It is through the creation of such a market that an improvement in the living conditions of the citizens of the member states could be achieved. From this functionalist perspective, the Treaties that founded the European Common Market in 1957 deal with discrimination only in those aspects that can interfere with the proper functioning of the market.⁶

In the Community system, equality⁷ ended up playing mainly the role of favoring economic integration and market access, rather than its other typical commutative and participative functions, and even less its redistributive function.⁸

However, it should be noted that the creation of a European labor market dates back to the late 1970s, when social concerns arose, with the aim that workers would have a minimum uniform treatment in the various states, and when the first directives on the free movement of workers were introduced. Over the years, the scope of this principle has been extended to the form that we know today.

The principle of non-discrimination,⁹ starting from a merely functional connotation, in an exclusively economic perspective, for the realization of the single

5. Massimo V. Benedettelli, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee* (Padova: CEDAM, 1989), 12.

6. Marzia Barbera and Silvia Borelli, *Principio di eguaglianza*, 22. Oreste Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario: Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order* (Milano: Giuffrè, 2005), 7.

7. Bernard Williams, “The Idea of Equality,” in *Philosophy, Politics and Society*, 2nd ser., ed. Peter Laslett and W. G. Runciman (Oxford: Blackwell, 1962), 110. Ian Carter, *L’idea di eguaglianza* (Torino: Feltrinelli, 2001), 24.

8. Marzia Barbera e Silvia Borelli, *Principio di eguaglianza*, 23. Chiara Favilli, *Non-discrimination in the Law of the European Union* (Bologna: 2008).

9. See, among others: Richard Plender, “Equality and Non-Discrimination in the Law of European Union,” *Pace International Law Review* 7, no. 1 (Winter 1995): 57; Gráinne de Búrca, “The Role of Equality in European Community Law,” in *The Principle of Equal Treatment in EC Law: A*

market, was enriched, in fact, by other elements, taking on the social protection needs of community workers to go beyond the limits of labor, to cover areas such as education, social protection, including social security and health, to finally constitute, even going beyond the social dimension, the necessary element for the very survival of the community system.¹⁰

The Directives referring to the principle of non-discrimination within the EU will be analyzed below.

1. RECONSTRUCTION OF THE EUROPEAN DIRECTIVES CONCERNING THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION

1.1 The prohibition of discrimination on grounds of sex

The prohibition of discrimination¹¹ based on sex is, together with the prohibition of discrimination based on nationality, one of the first and most important achievements of the European Union's legal system. Equal treatment between women and men and non-discrimination based on sex are fundamental principles of EU law. The European Union's approach to equality has evolved considerably over time, and the initial emphasis on equal pay and on preventing

Collection of Papers by the Centre for European Legal Studies, ed. Alan Dashwood and Siofra O'Leary (London: Sweet & Maxwell, 1997), 13. Mark Bell, *Antidiscrimination Law and the European Union*. Mark Bell, "The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening," in *The Evolution of EU Law*, 2nd ed., ed. Paul Craig and Gráinne de Búrca (Oxford: Oxford University Press, 2011), 611. Sacha Prechal, "Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Thems", *Common Market Law Rev* (2004): 533; Evelyn Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005). Luisa Azzena, "La costruzione del principio di uguaglianza nell'ordinamento comunitario," *Diritto pubblico comparato ed europeo* (2007): 1419. Marzia Barbera, ed., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio* (Milano: Giuffrè, 2007). Dagmar Schiek and Victoria Chege, eds., *European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law* (Abingdon: Routledge, 2009). Isabelle Chopin and Eirini-Maria Gounari, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe: The 27 EU Member States Compared* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010). Sandra Fredman, *Discrimination Law* (New York: Oxford University Press, 2002), 106. Francesco Basenghi, "Indirect Discrimination: The Italian Choice," *Hamline Law Review* 20, no. 3 (Spring 1997): 605. Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, 6th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2015), 936-37.

10. Oreste Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, 295.

11. Antonio D'Aloia, *Discriminazioni, eguaglianza e azioni positive: il diritto diseguale* (Reggio Emilia: Diabasis, 2008), 201. Antonio D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale* (Cedam, Padova, 2002; Luigi Ferrajoli, "Eguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea," in *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea: diritti fondamentali e rispetto della diversità*, ed. Alessandro Galasso (Milano: Franco Angeli, 2007).

distortions of competition between Member States has given way to a concern with equality as a fundamental right. This is demonstrated by the attention given to equality in the Treaty establishing the European Union, in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.¹²

By virtue of the community order for the purposes of economic integration and the elimination of barriers to development, one of the greatest obstacles to economic growth that the Union has always had to face has been represented by inequalities between men and women in the world of work.

The development of gender-based protection has served both an economic and a political purpose and remains one of the European Union's fundamental tasks. The recognition of the social and economic importance of ensuring equal treatment has been further consolidated by the priority given to respect for this principle in the Charter of Fundamental Rights.

Equal treatment of men and women¹³ is one of the main objectives not only of the European Union's actions since the Treaty of Rome, but it is also one of the Union's most important values, expressly provided for in Article 2 of the Treaty on European Union, which are part of the constitutional identity of the EU.

It is interesting to note that among the values concerning equality, equal treatment of men and women is the only one described with a positive meaning. Among the values in article 2, non-discrimination in general is mentioned, and then equality between men and women is specified. Such a statement brings us to the essential content of the prohibition of gender-based discrimination within the European Union, which consists not only in refraining from any discrimination between men and women, but also in actively promoting equality, which may take the form, under certain conditions, of a series of positive discriminations.

12. On the concept and scope of sex discrimination, see Linda Senden, "Conceptual Convergence and Judicial Cooperation in Sex Equality Law," in *The Coherence of EU Law: The Search for Unity in Divergent Concepts*, ed. Sacha Prechal and Bert van Roermund (New York: Oxford University Press, 2008), 370-373. Massimo V. Benedettelli, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee*, 60.

13. Anna Lorenzetti and Barbara Pezzini, "Il principio di parità tra uomo e donna nell'integrazione europea: costruzione del genere e costruzione dell'uguaglianza," in *Politica e diritti sociali nell'Unione europea: Quale modello sociale europeo?*, ed. Pietro Gargiulo (Napoli: Editoriale Scientifica, 2011), 81-113.

Positive discrimination provides that the member states of the Union may establish behaviors (as seen in the previous chapter, so-called positive actions) that benefit a certain category of subjects against other categories. This possibility has been “constitutionalized” within the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which, in addition to providing a particularly broad notion of equal treatment between men and women in Article 23 paragraph 1 and paragraph 2, fully incorporates the category of positive discrimination. However, it should be noted that the scope of the Charter is still narrower than that of the Treaties.¹⁴ The importance of the case law on the principle of non-discrimination on the basis of gender dates back to the 1970s, due to the inclusion of Article 119¹⁵ in the Treaty establishing the European Economic Community (later 141 EC and now 157 TFEU), which regulated equal treatment between men and women in the world of work, with particular reference to remuneration.¹⁶

Since the mid-twentieth century, the commitment of the European institutions has been imminent in trying to ensure effective gender equality between men and women in a wide variety of fields, from social security, to services, to pay, to maternity and vacations, etc.

14. Anna Lorenzetti, “Il diritto antidiscriminatorio europeo: genesi ed evoluzione,” in *La costruzione del genere: norme e regole, studi*, ed. Barbara Pezzini (Bergamo: Bergamo University Press; Sestante, 2012), 107.

15. Anna Lorenzetti, “Il diritto antidiscriminatorio europeo,” 101.

16. *Defrenne v. Sabena*, Case 43/75, EU:C:1976:56. On this legal basis, Ms. Defrenne brought before the Court of Justice legislation that discriminated significantly against women in relation to men. The three judgments were triggered by an appeal brought by a flight attendant against Belgian legislation on retirement pensions applicable to that category. In fact, the national regulation provided for the termination of the employment contract for women when they reached the age of 40, with consequences in terms of the value of their pension. On this occasion, the European Commission, which appeared before the court, specified however that the principles of Community law, and in particular that of Article 119, can generate subjective rights only with respect to the member state, and not with respect to private citizens. The Court has gone far beyond the limits set by the Commission, going so far as to state that Article 119 expresses a principle of a mandatory nature. The role of principles is therefore not only that of being instruments of interpretation, as established by international and common law doctrine, but that of being true «constitutional principles», which generate rights for individuals. The application of the principle, again in the words of the Court, does not apply only to public authorities, but can be extended to contracts between individuals, thus going so far as to provide for a hypothesis of application of the so-called horizontal direct effect. However, the Court does not deny the direct application of Article 119. On the other hand, it admits that the scope of Article 119 cannot go beyond the interpretation of its literal concept, which refers to equal treatment in remuneration and not to other discrimination related to the terms of the employment contract. The dichotomy between rights and principles has not been resolved even by the most recent case law.

However, in recent years, the protection afforded to this type of discrimination is no longer achieved by legislative and jurisprudential means alone, but through the active promotion of gender equality policies within the European Union and individual member states.¹⁷

The instrument is still widely used in both politics and business to compensate for the chronic shortage of women in leadership positions in the world of work.¹⁸

In this sense, there is the Directive 2002/73/EC, of September 23rd, 2002, of the European Parliament and the Council, amending Directive 76/207/EEC, of February 9th, 1976, on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, which aims to achieve the implementation of the principle of equality and non-discrimination on the grounds of sex in companies, requiring the Member States, in its article 8, to adopt appropriate measures to encourage social dialogue between employers and employees on equal treatment in order to promote its application. It requires the Member States, in article 8, to take appropriate measures to encourage social dialogue between employers and workers on equal treatment in order to promote its application, placing greater emphasis on collective bargaining as an instrument for the implementation of the principle of equality, and the Member States are called upon to encourage employers to implement and promote equality in companies in a planned, systematic, and crosscutting way.

With regard to Directive 2004/113/EC implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, the European Parliament's Committee on Women's Rights and Equal

17. The activism of the Court in the period from the early 1960s transformed the principle of equal pay, which initially had a vertical dimension, pertaining to relations between the European Community and member states, into a principle with horizontal effects, capable, that is, of acting on inter-private relations. Marzia Barbera e Silvia Borelli, *Principio di eguaglianza*, 26-29.

18. *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, Case C-450/93, EU:C:1995:322, regarding Directive 76/207/EEC on equal treatment between men and women on national measure that would give a woman an advantage over a man (establishment of quotas). See also *Badeck and Others*, Case C-158/97, EU:C:2000:163, and *Marshall*, where it was stated that measures favoring women in relation to men are compatible with Directive 76/207/EEC.

Opportunities had repeatedly urged the Commission to present a proposal for a directive to prohibit discrimination based on sex in areas other than employment.

Even with resistance from various interest groups, the proposal was finally adopted on November 5, 2003. However, due to the strong resistance it encountered, its scope was reduced so that it only covers access to and supply of goods and services, leaving out other areas such as media content and advertising, education, and decision-making processes.

The proposal is unequivocally based on article 13 of the EC Treaty, which must be interpreted in the light of articles 2 and 3 of the Treaty.

These articles oblige the Community not only to combat discrimination based on sex, but also to eliminate inequalities and to promote gender equality in all its activities. On July 5, 2006, the European Parliament and the Council adopted Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation. This Directive consolidates and modernizes the EU *acquis* in this area by merging previous Directives and introducing some new elements. It is based on Article 157(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

Directive 2006/54/EC basically aims to consolidate European Union legislation with regard to Equal Treatment between genders, simplifying some provisions of previous directives and incorporating the case law of the Court of Justice of the European Union. However, the obligation to transpose the Directive applies only to those provisions that constitute substantive changes, which concern the definition of remuneration; the express extension of the application of equal treatment in occupational social security schemes to pension schemes applicable to specific categories of workers, such as civil servants; the express extension of the horizontal provisions to occupational social security schemes; and the express reference to discrimination resulting from gender reassignment.

1.2 Directive 2000/78/EC on a general framework for equality in employment and occupation

With the Amsterdam Treaty, in addition to the existing competence to legislate on discrimination based on nationality, the Union was given specific competence to take action to combat discrimination based on age, gender, race, religion, disability, and sexual orientation.¹⁹

In particular, a role of primary importance is played by Directives 2000/78/EC and 2000/43/EC,²⁰ backed by the current Article 19 TFEU,²¹ constituting the first attempt to harmonize the framework on a variety of types of discrimination in anti-discrimination law. The previous pieces of legislation, in fact, mainly covered the areas of discrimination based on sex and nationality. However, the abundance of legislative texts does not diminish the important role played by case law over these years.

19. Lisa Waddington and Aart Hendriks, "The expanding concept of employment discrimination in Europe: from direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination," *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 18, no. 4 (2002): 403–428, DOI. 10.54648/5113464.
20. On these directives see Elspeth Guild, "European Developments: The EC Directive on Race Discrimination—Surprises, Possibilities and Limitations," *Industrial Law Journal* 29, no. 4 (December 2000): 416, <https://doi.org/10.1093/ijl/29.4.416>. Paul Skidmore, "European Development: EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment—Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?" *Industrial Law Journal* 30, no. 1 (March 2001): 128, <https://doi.org/10.1093/ijl/30.1.126>. Pasquale Chieco, "Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione," *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 21, no. 1 (2002): 75. Mark Bell, "Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive," *European Law Journal* 8, no. 3 (2002): 384–399; Gregor Thüsing, "Following the U.S. Example: European Employment Discrimination Law and the Impact of Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC," *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 19, no. 2 (2003): 187. Timothy Jones, "The Race Directive: Redefining Protection from Discrimination in EU Law," *European Human Rights Law Review*, no. 5 (2003): 515.
21. Article 19: 1. Without prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. 2. By way of derogation from paragraph 1, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may adopt the basic principles of Union incentive measures, excluding any harmonization of the laws and regulations of the Member States, to support action taken by the Member States in order to contribute to the achievement of the objectives referred to in paragraph 1.

1.2.1 The prohibition of discrimination on grounds of disability

As far as the prohibition of discrimination based on disability is concerned,²² the first initiative was established by the entry into force of the Charter of Fundamental Rights of the European Union in 2001. The Charter provides, in addition to the inclusion of the ground of disability in Article 21,²³ a specific provision (Article 26)²⁴ that was born with an eminently programmatic character and, after the entry into force of the Lisbon Treaty, constitutes a legally binding obligation for the institutions of the European Union and for the member states when they implement Union law.

Article 26 can also be considered as a source of inspiration for secondary legislation, since the obligation to find reasonable accommodation for persons with disabilities in terms of workplace accessibility and to maintain employment is also contained in the provisions of Directive 2000/78/EC.

Subsequently, Directive 2000/78/EC came into force, which implements the provisions contained in Article 19 TFEU by ensuring a framework protection against discrimination on the basis of disability, regulating in particular those situations where accessibility to the workplace must be balanced with the needs of the employer.

The purpose of Directive 2000/78/EC with regard to disabled people is made explicit in Recital 16: "The provision of measures to accommodate the needs of disabled people at the workplace plays an important role in combating discrimination on grounds of disability".

22. According to Article 1 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD): "persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others".

23. Article 21 - Non-discrimination: 1. Any discrimination based on any ground such as sex, race, color, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited. 2. Within the scope of application of the Treaties and without prejudice to any of their specific provisions, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.

24. Article 26 - Integration of persons with disabilities: The Union recognizes and respects the right of persons with disabilities to benefit from measures designed to ensure their independence, social and occupational integration and participation in the life of the community.

Thus, Directive 2000/78/EC deals with the accessibility of services exclusively for people with disabilities²⁵ and is the existing secondary legislation in the EU for the protection of people with disabilities. The Directive contains a number of provisions protecting the specific position of people with disabilities in an attempt to harmonize the protection offered at different levels within member state legislation and to diversify it to recognize the specificity of this type of discrimination. However, Directive 2000/78/EC applies only to the scope of employment. Consequently, the protection offered to disabled people by EU legislation remains restricted mainly to this scope and cannot be extended to those other services that are not related to it, such as education.

It is important to note that Directive 2000/78/EC applies not only to disabled people who are discriminated against, but also to family members or relatives of disabled people who are stigmatized because of their disability.

It also notes the existence of a legal obligation for member states to undertake positive action in support of people with disabilities, including the restructuring or adaptation of workplaces. This obligation is even clearer in article 5²⁶ of the directive, which regulates the so-called reasonable accommodation for disabled people.

1.2.2 The prohibition of discrimination on grounds of age

The principle of non-discrimination on the grounds of age²⁷ is governed, in addition to the provision of the Treaties, by Directive 2000/78/EC (Art. 4.1 and 6). The development of case law on this specific feature of discrimination has

25. For a more in-depth study on disability, see Anna Lorenzetti, "Dis-eguaglianza e disabilità," in *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, ed. Michele Della Morte (Napoli: Editoriale Scientifica, 2016), 174.

26. Article 5 - Reasonable accommodation for disabled persons: In order to guarantee compliance with the principle of equal treatment in relation to persons with disabilities, reasonable accommodation shall be provided. This means that employers shall take appropriate measures, where needed in a particular case, to enable a person with a disability to have access to, participate in, or advance in employment, or to undergo training, unless such measures would impose a disproportionate burden on the employer. This burden shall not be disproportionate when it is sufficiently remedied by measures existing within the framework of the disability policy of the Member State concerned.

27. Olivia Bonardi, "Le discriminazioni basate sull'età," in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, ed. Marzia Barbera (Milano: Giuffrè, 2007), 125 and following.

been so relevant that it has led to the declaration of the horizontal direct effect of the principle of non-discrimination even without the condition of expiry of the deadline of the directive for the activation of direct effect having been met²⁸ (in this case, the deadline for the transposition of the directive had not yet expired).

The prohibition of age discrimination is certainly one of the grounds of discrimination on which case law has made the most progress towards the constitutionalization of the principle of non-discrimination.²⁹

The first judgment to address the issue of age discrimination under Directive 2000/78/EC was *Mangold*,³⁰ as will be detailed below when the Court's jurisprudential evolution with respect to the application of horizontal direct effect will be addressed. The *Mangold* case is distinguished mainly because it involves two private parties and, therefore, involves analyzing the ability of the non-discrimination principle to produce direct horizontal effects from a supporting standard, the directive, which, as seen earlier, is not able to produce this type of effect by its very nature as a legal instrument that confers rights and not obligations on individuals.

Case law on the prohibition of age discrimination has contributed substantially to the development of the non-discrimination principle as such. While *Mangold* was the first judgment to enshrine the direct horizontal effect of the non-discrimination principle, *Kücükdeveci* is particularly important because it confirms *Mangold's* jurisprudential direction. The result that could be achieved

28. With regard to the rule giving rise to direct effect, using Article 157 as a basis in the *Defrenne II* case, in the *Mangold* case the basis is Directive 2000/78/EC. However, as the Court specified in *Mangold*, the application of the prohibition of discrimination does not depend on the legal instrument, but on its nature as a general principle of law.

29. In this sense, see Silvia Borelli, "La Corte di Giustizia (ancora) alle prese con discriminazioni in ragione dell'età," *Rivista critica del diritto del lavoro* 4 (2009): 934; Fabrizio Amato, "Discriminazione per età: Cenerentola troverà la sua scarpetta?," *D&L: Rivista critica di diritto del lavoro* (2009): 87; Laura Calafà, "Le discriminazioni fondate sull'età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio 'emergente,'" *Rivista italiana di diritto del lavoro* 29, no. 4 (2010): 993-1001; Marco Falsone, "La discriminazione per età nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia," *Questione Lavoro* 1 (2014): 14-27; Massimo Roccella and Daniela Izzi, *Lavoro e diritto nell'Unione europea* (Padova: CEDAM, 2010).

30. *Werner Mangold v. Rüdiger Helm*, Case C-144/04, EU:C:2005:709.

by these decisions is the strengthening of the possibility of giving direct horizontal effect to directives.³¹

Recital 18 of Directive 2000/78/EC suggests that, at least in principle, it is possible to invalidate the prohibition of age discrimination where it constitutes an essential and determining characteristic (e.g., art. 4.1) for the exercise of the functions assigned, using the armed forces and public security forces as an example, however, case law has already confirmed that the prohibition of age discrimination can take precedence even over the requirements of public security.

The ground of age discrimination³² is one of the last to become part of the Union's legal system (it was only with the Treaty of Amsterdam that it was introduced among the grounds for discrimination in the legal basis of the then Article 13 of the EC Treaty). Despite this, the development of the prohibition of age discrimination has occurred in harmony with the significance attached to this principle in the order of the member states, and this is mainly due to the large number of exceptions to the rule provided for in secondary legislation. It should also be recognized that member states often hide discriminatory or punitive intentions behind reasons such as rebalancing employment between generations or setting a specific age as a requirement for admission to or participation in a public competition.

1.2.3 The prohibition of discrimination on grounds of sexual orientation

Originally, the Treaty of Rome provided only for the prohibition of discrimination on the grounds of sex, in particular by forbidding member states to prohibit any pay gap between men and women, in order to ensure competition between

31. José Antonio Barciela Pérez, "El efecto directo de las Directivas en las relaciones entre particulares," *Noticias de la Unión Europea* (May 2010): 304.

32. Prohibition of age discrimination: on this subject see Fausta Guarriello and Federica Minolfi, "Da cenerentola a leading case: discriminazione per età e Carta dei diritti fondamentali," in *Diritti, Lavori, Mercati* 1 (2011): 103–107. Valerio Lubello, "Discriminazione basata sull'età e deroghe ammesse per obiettivi di politica del lavoro, mercato del lavoro e formazione professionale," in *Diritto pubblico comparato ed europeo* (2009): 1928–1932. Marco Pacini, "Il principio generale europeo di non discriminazione," *Giornale di diritto amministrativo* 8 (2010): 779–787.

companies and prevent an economic operator from taking advantage of the fact that it employs women rather than men. It was only later that the Amsterdam Treaty, reformulating Article 19 TEC, and the Charter of Fundamental Rights, with the provision of Article 21, made reference to sexual orientation, introducing in the prohibition of discrimination a focus no longer simply on the biological fact of belonging to one of the two sexes, but also on the profile of interpersonal and affective relationships.³³

The principle of non-discrimination on the basis of sexual orientation³⁴ is included from the outset in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Protection against such discrimination is provided primarily by Framework Directive 2000/78/EC, although limited to the field of employment relationships, as well as by the EU Charter of Fundamental Rights and the text of the Treaties.

It should be noted that, unlike in the European Union, where the EU Charter of Fundamental Rights expressly includes non-discrimination on the basis of sexual orientation among the protected areas, the ECHR does not provide direct protection against this type of discrimination.³⁵

Even the European Convention on Human Rights does not explicitly prohibit discrimination on the basis of sexual orientation. In this case, however, there was no need for a formal amendment of the Convention because the Strasbourg Court, interpreting Article 14, which prohibits discrimination on the basis of sex, held generally that discrimination on the basis of sexual orientation was also covered by the prohibition. The Court, however, did not issue a ruling on the prohibition of discrimination until the adoption of EC Directive 2000/78, which,

33. Angela Pisano, "Divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale: il caso Maruko," in *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea* (Napoli: Editoriale Scientifica, 2011), 199.

34. See Mark Bell, "Sexual Orientation in Employment: An Evolving Role for the European Union," in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, ed. Robert Wintemute and Mads Andenæs (Oxford: Hart Publishing, 2001), 668. Kees Waaldijk and Matteo Bonini-Beraldi, *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2006), 42, 115.

35. Although Article 14 of the ECHR does not explicitly mention «sexual orientation» as a protected characteristic, the ECtHR has expressly stated in a number of cases that it is among the «other» characteristics protected by Article 14.

in implementation of Article 19 TFEU, established a general framework for equal treatment in employment and occupation.³⁶

The Court of Justice recognized discrimination on the basis of sexual orientation for the first time in the case of Tadao Maruko.³⁷

Mr. Maruko took legal action to have his right to a widow's pension recognized by the Vddb, whose refusal, in his view, infringed the principle of equal treatment, since the German legislature, in amending the Social Security Code, had intended to place solidarity on an equal footing with marriage in this area.³⁸

It is important to note that the European Court cannot go so far as to determine whether the domestic legislature should have put marriage and civil partnership on an equal footing, since the regulation of civil status is outside the sphere of competence of the European Union and there is no principle common to the member states that marriage and partnership of a different nature should be placed on an equal footing.³⁹

The Maruko judgment allows us to take into account a few elements. First, the Court applied the principle of equal treatment to persons who not only manifested a different sexual orientation, but who, by virtue of that orientation, had a different legal status: spouse and registered partner. The Court's reasoning allows, however, to identify the distinctive aspect of discrimination based on sexual orientation compared to that based on sex, namely the relational aspect: while sex is a biological characteristic of the individual, sexual orientation is delineated in the relationship between people, coloring a cohabitation with

36. Angela Pisano, "Divieto di discriminazione," 200.

37. *Tadao Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, case C-267/06, EU:C:2008:179. For an analysis of the judgment see, among others, Marina Nicolosi, "Le discriminazioni per orientamento sessuale: osservazioni a margine della sentenza Maruko," *Argomenti di diritto del lavoro* (2010): 289. L. Laura Calafà, "Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione superstiti: il caso Tadao Maruko dinanzi alla Corte di Giustizia CE," *Rivista giuridica del lavoro* (2009): 248. Laura Ronchetti, "I due volti dell'Europa: il principio di non discriminazione tra libertà e uguaglianza. A proposito delle sentenze Maruko e Fuffert della Corte di giustizia," *Giurisprudenza italiana* (2009): 564. Daniela Izzi, "La direttiva 2000/78 tutela le aspettative previdenziali del partner omosessuale di un lavoratore deceduto? Il commento," *Lavoro nella giurisprudenza* (2008): 1231.

38. Angela Pisano, "Divieto di discriminazione," 205.

39. Angela Pisano, "Divieto di discriminazione," 206

affectio maritalis and therefore making it worthy of protection that other forms of cohabitation lack.⁴⁰

The competence in matters of civil status, although internal, must be exercised without infringing on community law, so that the member states could not maintain regimes that regulate similar situations differently: if *de facto* union and marriage were considered similar situations, the states could not regulate them differently. But to reach such a claim, there would have to be a rule of European Union law, even in the form of a general principle common to the Member States, requiring that the two situations be considered analogous. In conclusion, European legislation could act as an accelerator in a process that, in any case, as the distribution of powers currently stands, will have to start with the national legal systems.⁴¹

The main consideration supporting this approach is that the prohibition of discrimination, including on the basis of sexual orientation, is present in the Charter of Fundamental Rights, which did not introduce new rights and freedoms, but codified rights and principles already recognized in Community law. According to this approach, the right to equal treatment regardless of sexual orientation would not have been enshrined but only declared in Directive 2000/78/EC, would have existed prior to the latter and could therefore be invoked also for the period before its entry into force. Otherwise, it would be the only element of discrimination described in Article 19 TFEU that does not have the status of a principle of European Union law.

Therefore, national legislation granting a partner in a civil partnership a supplementary pension of a lower amount than a married insured person must

40. The Court's sphere of intervention has intrinsic limitations, linked to the roles assigned by the Treaty to the referring courts and the Court of Justice: the latter cannot establish whether two situations are to be treated analogously (which is the responsibility of the national legislature), nor even whether they are in fact treated analogously in the national legal system (which is the responsibility of the referring court); it can only dictate lines of principle to establish whether or not the two situations deserve the same treatment. The Court cannot and will not interfere in the regulation of marital status to the extent of dictating a European marital status. Therefore, the Union judge can only push for discrimination in an anti-discriminatory sense in systems where elements of equal treatment already exist, but not push for non-discrimination in systems where joint unions are not provided for or are regulated as something completely different from marriage. Angela Pisano, "Divieto di discriminazione," 210.

41. Angela Pisano, "Divieto di discriminazione," 210..

be considered discriminatory, since the same national legislation reserves marriage to partners of different sexes and, at the same time, regulates registered partnerships and marriage in a similar way with regard to the obligation of mutual assistance and community of life, which are the *raison d'être* of the supplementary pension.⁴²

If the road to the recognition of discrimination on the basis of sexual orientation is difficult and tormented in Strasbourg, in Luxembourg, after a difficult start, things are decidedly better.

1.2.4 The prohibition of discrimination on grounds of religion and belief

The protection of discrimination on the grounds of religion is a relatively new phenomenon in EU law and European law in general, and an extremely relevant one.⁴³

In modern constitutions, the protection of religious freedom has always been placed alongside the protection of freedom of thought. The European Union has also accepted and promoted this scheme, including religious freedom under the protection of fundamental rights alongside freedom of thought in Article 10 of the Charter, and repeating the same scheme in Article 21.

As far as the European Union is concerned, its origin, as mentioned above, lies in the integration process in the first decades, which was devoted almost exclusively to economic integration. The religious phenomenon was dealt with more satisfactorily within the states.

However, the increase in immigration processes, together with the progressive increase in the complexity and number of new religions, led to a need for regulation at the European level, mainly to meet the needs of the labor market.

42. See Matteo Bonini Baraldi, "La pensione di reversibilità al convivente dello stesso sesso: prima applicazione della direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione basata sull'orientamento sessuale," *Famiglia e diritto* (2008): 666.

43. Laura De Gregorio, *Le religioni nel diritto dell'Unione Europea* (Bologna: Il Mulino, 2012), L.S. Rossi, "Diritto, religioni, diritti fondamentali: la via dell'Unione Europea," in *Laicità e diritto*, ed. Stefano Canestrari (Bologna: Bononia University Press, 2007).

This led to the drafting of a framework directive, a clear example of harmonization that provides a reference point, in addition to the Treaties and the Charter, for protection against religious discrimination.

This directive provides protection against religious discrimination in the workplace. Therefore, the aim is primarily to regulate the relationship between employer and employee in order to prevent discrimination in the execution of employment contracts. This directive is naturally combined with the protection offered at the national level, which is, however, primarily the result of its implementation.

Article 4 of the directive provides that dismissal on religious grounds may occur if circumstances arise that make it impossible to perform the employment contract, that is, if the task to which the person is assigned can no longer be reliably performed by him. As in the case of the European Union, the protection of religious freedom in general, and that of religious autonomy in particular, are areas that have come to the attention of the European Court of Human Rights relatively recently.

The principle of the autonomy of religious organizations, in fact, is stressed as fundamental to the development of a pluralistic society.

1.3 Directive 2000/43/EC implementing the principle of equality between persons irrespective of racial or ethnic origin

The protection against discrimination based on ethnicity and race is one of the first to be introduced, and this is mainly due to the multiplicity of armed conflicts and persecutions aimed at exterminating certain ethnic and racial groups, also to migration and globalization processes, which stimulate the miscegenation of different peoples.⁴⁴

44. Article 1 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (to which all member countries of the European Union and the Council of Europe are party), created within the UN in 1966, defines racial discrimination as covering the criteria of «race, color, descent, or national or ethnic origin». While EU law does not explicitly refer to language, color and descent as protected characteristics, this does not mean that these characteristics cannot be protected as part of race or ethnic origin, since language, color and descent are closely associated with race and ethnic origin.

The most notable instrument in international law is undoubtedly the 1965 United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, already in the EU Treaties, the provision regulating discrimination based on racial and ethnic origin is Article 19 TFEU, which provides that Parliament and the Council may adopt measures specifically designed to combat racial and ethnic discrimination.

Reference to racial hatred emerges in the analysis of paragraph 3 of Article 67,⁴⁵ which contains a provision authorizing the Union, in establishing the area of freedom, security and justice, to take the necessary measures to prevent and combat racism and xenophobia.

The secondary legislation of the European Union provides for an *ad hoc* instrument for the protection of the prohibition of discrimination on the grounds of race,⁴⁶ which was adopted on the basis of the powers conferred by Article 19 TFEU. This instrument is Directive 2000/43/EC, which regulates in detail the principle of non-discrimination on the basis of race and ethnic origin.⁴⁷

The directive introduces a specific recital that excludes the use of the word race in support of the many theories about the division of human beings into groups based on certain physical or genetic characteristics:

Whereas (6): The European Union rejects theories which attempt to determine the existence of separate human races. The use of the term 'racial origin' in this Directive does not imply an acceptance of such theories.

The directive, which expresses the principle of equal treatment on the basis of race, is a sister directive to the framework directive on discrimination in employment and occupation, whose adoption was preceded by a few months.

45. Article 67(3) TFEU: The Union shall endeavour to ensure a high level of security through measures to prevent and combat crime, racism and xenophobia, and through measures for coordination and cooperation between police and judicial authorities and other competent authorities, as well as through the mutual recognition of judgments in criminal matters and, if necessary, through the approximation of criminal laws.

46. See M. BELL, *Racism and Equality in the European Union*, Oxford, 2008.

47. On the implementation of the prohibition of discrimination on the basis of race in Union law see Davide Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto: Un'indagine comparata per un modello «europeo» dell'antidiscriminazione* (Padova: CEDAM, 2008).

The directive recognizes, in the same way as Directive 2000/78/EC, three different types of discrimination. Direct discrimination, according to which: "Direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation on grounds of racial or ethnic origin".⁴⁸

Indirect discrimination, on the other hand, according to which: "Indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared with other persons, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary".⁴⁹

And harassment, which is described as: "Harassment shall be deemed to be discrimination within the meaning of paragraph 1, when an unwanted conduct related to racial or ethnic origin takes place with the purpose or effect of violating the dignity of a person and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment. In this context, the concept of harassment may be defined in accordance with the national laws and practice of the Member States".⁵⁰

Directive 2000/43/EC, unlike the directive previously discussed, 2000/78/EC, is not limited in its material scope.⁵¹ It can therefore be said that the material scope of this Directive coincides almost entirely with that of European Union law, since it applies not only to employment benefits, but also to other areas, such as social benefits, education, access to and supply of goods and services, including housing.

48. Article 2.2 a) Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

49. Article 2.2 b) Council Directive 2000/43/EC.

50. Article 2.3 Council Directive 2000/43/EC.

51. See Laura Pignataro, "Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata (la Direttiva 2000/78/CE e la Direttiva 2000/43/CE)," in *Diritto del lavoro dell'Unione europea: Commentario*, ed. Franco Carinci and Alberto Pizzoferrato, vol. 9 (Torino: Giappichelli, 2010), 427.

Nor is the Directive limited in its personal scope, i.e. to the individuals to whom it applies. According to Article 3 of the Directive, it applies to all persons, whether in the public or private sector, including bodies governed by public law. This means that Directive 2000/43/EC applies not only to the recruitment and selection of personnel by public and private employers, but also to all situations where a person is subject to discrimination on the grounds of race or ethnicity, regardless of whether this is practiced by private individuals or public authorities. The specific reference to public law bodies is inserted in order to include in the scope of the Directive situations of public-private links. However, it should be specified that this Directive is combined⁵² with the provisions of the Treaties governing the prohibition of discrimination on grounds of nationality⁵³ and the free movement rights of European citizens. Therefore, an important limit to the application of this Directive is the possession of European citizenship and the exercise of the associated rights of movement.

Furthermore, it is clearly specified that it is not possible, through this directive, to derogate from the conditions, which remain fixed by member states, for the entry of third- country nationals into the national territory (with the exception of asylum seekers and long-term residents).

As far as the temporal scope is concerned, Directive 2000/43/EC became applicable in 2003 (the deadline expired on July 19, 2003). It is not subject, as was the case with Directive 2000/78/EC on age and disability, to further extensions that would extend the deadline for its application.

In the same way as Directive 2000/78/EC, but without the same level of complexity, Directive 2000/43/EC also maintains some exceptions for cases in which the racial or ethnic characteristic is an essential and determining requirement for employment. Article 4 provides:

52. Art. 3.2 Directive 2000/43/EC: This Directive does not cover difference of treatment based on nationality and is without prejudice to provisions and conditions relating to the entry into and residence of third country nationals and stateless persons on the territory of Member States, and to any treatment which arises from the legal status of the third-country nationals and stateless persons concerned.

53. Art. 18 TFUE. Within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.

Notwithstanding Article 2(1) and (2), Member States may provide that a difference of treatment which is based on a characteristic related to racial or ethnic origin shall not constitute discrimination where, by reason of the nature of the particular occupational activities concerned or of the context in which they are carried out, such a characteristic constitutes a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate.

As in Article 4(1) of Directive 2000/43/EC, this provision identifies particular cases where race or ethnic origin can be considered a “genuine and determining characteristic” for employment purposes. However, the Directive subjects this type of exception to a very restrictive test: the aim pursued by the national rule containing the derogation must be legitimate and must follow a proportionality⁵⁴ test (i.e., necessity and appropriateness).

The provision has so far remained unimplemented, in part because it is unclear how restrictive such a provision must be to avoid leading to abuse of the right. That leaves the school example, for which we can at least say that this kind of exception can be activated, of the request for a black actor to play the role of a historical or political figure who is also black.

Another exception to the application of the directive is represented by the category of “positive discrimination”, that is, those episodes of discrimination that occur specifically to bridge the persistent gap between two categories of subjects, one discriminated against and the other not, as seen previously. In this regard, the directive expressly⁵⁵ provides for the possibility of including what are defined as “positive actions” among the instruments to protect equal treatment on the basis of race.

Member States must ensure that persons protected by the Directive enjoy the necessary protection before the courts. One of the greatest difficulties in exercising victims’ rights in court is the burden of proof, since most of the time the victim is in a position of subordination to the person perpetuating the discri-

54. Stefano Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica* (Torino: Giappichelli, 2011), 224.

55. Article 5 Directive 2000/43/EC: With a view to ensuring full equality in practice, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting specific measures to prevent or compensate for disadvantages linked to racial or ethnic origin.

mination. For this reason, Article 8 of the Directive imposes a duty on member states to provide for national measures that reverse the burden of proof from the victim to the perpetrator.

With regard to penalties, Article 15 of Directive 2000/43 clearly states that Member States must provide for sanctions that are effective, dissuasive and proportionate. Consequently, it is necessary that national legislation provide for an appropriate balance between criminal and administrative sanctions and the opportunity for judicial redress in order to properly implement the Directive.

1.4 Discrimination on grounds of nationality

In the field of application of the Treaty on the Functioning of the European Union, the prohibition of discrimination on grounds of nationality is foreseen in articles 18 and 45, formerly articles 6 and 48 of the 1957⁵⁶ TEC, originally enshrined in the founding treaty to ensure the proper functioning of the common market. Not so common is the observation that this origin also explains why the principle of non-discrimination initially appears, in community law, not so much as a subjective right, but as a rule of objective action.⁵⁷

Thus, discrimination on the basis of nationality, which is laid down both in treaty provisions, in the general principle developed by the Court of Justice, and in implementing provisions, almost always directives. However, there is no secondary legislation expressly implementing the prohibition of discrimination on grounds of nationality by providing for an organic system of protection. In fact, the power provided for in Article 18(2) TFEU has never been exercised to this end and, at the same time, Directive 2000/43/EC implementing equal treatment irrespective of racial or ethnic origin expressly excludes its application to "differences of treatment based on nationality (Article 3), unless there is indirect discrimination based on racial or ethnic origin".⁵⁸

56. As main sources of antidiscrimination law are 18 TFEU and the directive on long-term foreign residents, 2003/119.

57. Marzia Barbera e Silvia Borelli, *Principio di eguaglianza*, 22.

58. Chiara Favilli, "I ricorsi collettivi nell'Unione europea e la tutela antidiscriminatoria: verso un autentico approccio orizzontale," *Il Diritto dell'Unione Europea* 19, no. 3 (2014): 439-63.

Article 18 of the Treaty on the Functioning of the European Union states that any discrimination on grounds of nationality is prohibited within the framework of the Treaties: "within the scope of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited"; and paragraph 2 of the same article allows the Parliament and the Council to adopt specific rules implementing the prohibition.

The prohibition of discrimination on grounds of nationality in Community law is formulated in terms of an absolute prohibition in Article 18 of the Treaty; however, this rigidity is mitigated, in the area of free movement, by the provision of a limited and exhaustive number of exceptions. In particular, with regard to the free movement of persons (i.e., the free movement of workers and freedom of establishment), states are allowed to adopt measures providing for special treatment for foreigners for reasons of public policy, public security, and public health. A similar derogation is recognized with respect to the free movement of services by virtue of the explicit reference made in Article 55 of the Treaty.⁵⁹

In EU law, the prohibition of discrimination on grounds of nationality applies in the context of free movement of persons and concerns only citizens of EU Member States. In addition, the non-discrimination directives provide for a number of exclusions from their scope concerning third-country nationals.⁶⁰

The non-discrimination directives expressly exclude from their scope discrimination on the grounds of nationality, which is the subject of the Free Movement Directive.⁶¹ Under the latter, only citizens of EU Member States have the right to enter and reside in other EU Member States. After a period of five years of legal residence in another EU Member State, an EU citizen becomes entitled to permanent resident status, which gives him/her equivalent rights to the category of "worker". This is particularly important with regard to nationality

59. This provision in fact refers to the rules contained in Article 46 of the Treaty, which provides for exceptions to the principle of non-discrimination with regard to the free movement of workers.

60. Chiara Favilli, "The Application to Third-Country Nationals of the Prohibition of Discrimination on Grounds of Nationality," in *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, ed. Giandomenico Caggiano (Turin: G. Giappichelli Editore, 2014), 115.

61. Directive 2004/38/EC on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

discrimination, since EU law is much more restrictive in this regard. Directive 2004/38/EC also codified the case law of the Court of Justice - which is very extensive in this regard and has the constant aim of increasing freedom of movement - by incorporating into the directive a number of principles that the Court had laid down in rulings on the interpretation of EC Treaty provisions and secondary legislation.⁶²

Thus, it is emphasized that EU law prohibits discrimination on grounds of nationality only in the specific context of free movement of persons. In particular, EU law on free movement confers a limited number of rights on third-country nationals.

The principle of non-discrimination on the basis of nationality implies, in turn, that the EU citizen, when deciding to move to another member state, should tend to enjoy the same "social advantages" that the host state grants to its own citizens. Indeed, if this were not the case, this difference in treatment would end up having a negative impact on the effective enjoyment and exercise of freedom of movement.⁶³

Therefore, the right not to be discriminated against on the basis of nationality is configured as a subjective legal situation that derives directly from the status of EU citizen.⁶⁴ It is a right that, at least tends to arise as a result of the exercise of freedom of movement and whose fundamental character guarantees horizontal effectiveness (so- called *drittwirkung*).

62. Adelina Adinolfi, "La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione," in *Diritto dell'Unione europea - Parte speciale*, ed. Girolamo Strozzi (Turin: Giappichelli, 2017), 67.

63. It should be noted that the principle of non-discrimination on the basis of nationality must be attributed to the content of the status of citizen of the Union. Moreover, it must be regarded as an essential component of European citizenship, the main purpose of which is to enable citizens of the Union «who are in the same situation to obtain, irrespective of nationality and subject to such exceptions as are expressly provided for in this respect, the same treatment in law». This is an exclusive right of Union citizens. Although the article does not expressly say so, the prohibition operates only in relation to persons who are nationals of a Member State. The Court has made it clear that Article 18 TFEU «does not apply in the case of any difference in treatment between nationals of the Member States and third-country nationals». See *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, Case C-85/96, EU:C:1998:217 and *Rudy Grzelczyk*, Case C-184/99, EU:C:2001:458.

64. In fact, European Union law has seen its scope extended to events that are essentially devoid of a cross- border character, but in which the non-recognition of anti-discrimination protection would have profoundly impaired the effectiveness of the essential core of rights conferred by the status of EU citizen.

Art. 18 of the Treaty on the Functioning of the European Union states that any discrimination based on nationality is prohibited as a precondition and condition for the establishment of a free market. However, to consider the principle only instrumental to the process of economic integration would certainly be reductive. Undoubtedly, this type of discrimination developed mainly within the Single Market (supreme value and ultimate goal of the 1957 European Economic Community) both as an attitude to impede the movement of goods from other member states and also as an attempt to hinder the free movement of persons.

The 1957 Treaty of Rome, in art. 7,⁶⁵ prohibited any discrimination on grounds of nationality, while art. 48 provided for the abolition of any discrimination on grounds of nationality as regards employment, pay and other conditions of work between workers of the member states.

The initial economic concerns of the principle of equal pay for men and women and on the basis of nationality, as a corollary to the free movement of workers, have been extended both as to their fields, not limited to matters of pay and access to work, and to protected social groups.

The application of the principle of non-discrimination on the basis of nationality, in fact, provides not only that citizens of member states should not be discriminated against against citizens of other member states, but also that there is a minimum level of application of EU law that must be respected despite the territorial boundaries of member states.

Two examples, of all, are particularly emblematic: the directives on the free movement of citizens and their families within the European Union (2004/38/

65. Article 7 of the Treaty of Rome, now 12, which identifies among the «principles» inspiring the community legal system the prohibition of discrimination on the basis of nationality, highlights Article 48 (2), which reaffirms this prohibition in reference to the free movement of subordinated labor. Article 7 represents a mere programmatic declaration that is substantiated and acquires force only through the other more specific provisions of the Treaty of equality, at other times it is applicable autonomously, but only residually, in order to censor unjustified differences of treatment that are not covered by these provisions. Massimo V. Benedettelli, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee* (Padua: CEDAM, 1989), 84-85. According to the author, from this point of view, article 7 could certainly be used to censor differentiated treatment on the basis of nationality which is not explicitly prohibited in the more specific sectoral regulations of the Treaty of Rome and which, however, seems unfair in the light of these regulations, just as it could be used for a more accurate and complete interpretation of these regulations.

EC) and the tax policies of Directive 2004/52/EC, provides that residence rights attributable to the EU citizen may only be exercised if the citizen simultaneously exercises his or her freedom of movement.

The exclusion from the scope of the new anti-discrimination legislation⁶⁶ of differences of treatment based on the nationality of third-country nationals, apart from being questionable in itself because of its extent, since it concerns not only the conditions of entry and residence, but “any treatment arising from the legal status of the third-country nationals or stateless persons concerned”, comes up against the same prohibitions based on racial and ethnic origin against foreign immigrants, because of the multiple nature that discrimination tends to take on.⁶⁷ In most cases, national legislation before and after the Directives in question does not make protection against discrimination conditional on nationality or citizenship.⁶⁸

The individual prohibitions contained in the directives and the general principle of non-discrimination derived from the Charter therefore allow the discriminatory nature of measures taken against third-country nationals on the basis of their nationality to be reviewed in EU law as well.⁶⁹

It should also be noted that the prohibition of discrimination on grounds of nationality has direct effect and is therefore likely to create rights for Union citizens which can be protected directly before national courts.⁷⁰

At the national level, moreover, this prohibition concerns not only the acts and conduct of public authorities, but also, to a certain extent, limits the autonomy of private individuals. According to established case law, both the

66. Dagmar Schiek, Mark Bell, and Lisa Waddington, eds., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* (Oxford: Hart Publishing, 2007).

67. Marzia Barbera, ed., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, XXXIX.

68. Marzia Barbera, ed., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, XXXIX. Isabelle Chopin, Fiona Palmer, and Mark Bell, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe: The 25 EU Member States Compared* (Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2007), 8.

69. In Italy, with regard to standing to act against discrimination on the grounds of nationality, both of EU citizens and third-country nationals, the discipline is contained in Legislative Decree 286/1998, which was already in force at the time of the implementation of the anti-discrimination directives and which does not allow such standing. Discrimination on the basis of race and ethnic origin, on the other hand, is regulated by Legislative Decree 215/2003.

70. Adam Roberto and Antonio Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea* (Turin: G. Giappichelli, 2007), 392.

discriminatory practices of a company that holds exclusive rights over a certain matter and the rules and conduct adopted in the exercise of its legal autonomy by associations or bodies of a non-public nature. In general terms, therefore, contracts collectively regulating subordinate employment, as well as contracts between private individuals, should be considered covered by the prohibition of non-discrimination on the basis of nationality.⁷¹

FINAL CONSIDERATIONS

The directive is seen as an instrument of harmonization of legislation. When the matter to be legislated on needs to be uniform, the Union acts by means of regulations.⁷² For this reason, regulations always have a direct effect. However, the direct effect of directives is exceptional, since, as a rule, individuals can only make use of the rules contained in directives after they have been transposed into national law. It is therefore quite clear that directives are regulations addressed directly to the member states. The main effect of a directive is to create a transposition obligation for the recipient member state.

Regulations are supranational acts, expressing a relationship of supremacy of Union law over national law. Directives, on the other hand, lack this supremacy, being an eminently cooperative act between the Union and the internal order. However, despite this lack of subordination, during the transposition period, states must refrain from adopting any measures that might compromise the result prescribed by the directives, and national courts are responsible for monitoring the legality of national provisions.

After the deadline for transposition of a directive has passed and yet if the recipient state has remained inactive, the directive enjoys direct effect if it is precise and unconditional. Direct effect appears as a sanction for the state for

71. Adam Roberto and Antonio Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, 393.

72. See Sacha Prechal and Bert Van Roermund, eds., *The Coherence of EU Law: The Search for Unity in Divergent Concepts* (Oxford: Oxford University Press, 2008). E. L. Paniagua, "Las fuentes del derecho de la Unión Europea," in *Derecho de la Unión Europea*, ed. P. C. Alonso (Valencia: 2019). Alicia López de los Mozos Díaz-Madroñero, *La directiva comunitaria como fuente del Derecho*, Cuadernos del Congreso de los Diputados (Madrid: Congreso de los Diputados, 2010), 59.

not fulfilling its obligation in a timely or incorrect manner, this occurs when the state transposes a directive incorrectly.

In the 2000s, important directives were adopted regarding the principle of non- discrimination, namely Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC, instruments that symbolize a fundamental reference of antidiscrimination law in the EU, allowing individuals a fair and equitable perspective of access to opportunities. Since then, the Court of Justice has expressed itself in several cases on the application of the effects of the directives.

The case law of the Court of Justice, in some specific cases, allows the direct effect of a directive between individuals, that is, it enshrines the horizontal effect, sometimes even before the transposition deadline has passed.

Directives will also have horizontal effect, even before the transposition deadline, when they give effect to general principles of law or fundamental rights. In the area of fundamental rights, the European Union, after the Treaty of Lisbon, is formally bound by the Charter of Fundamental Rights, which has the same legal force as the Treaties. Of course, before the Charter became binding, no violation could be claimed.

REFERENCES

- Adinolfi, Adelina. "La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione." In *Diritto dell'Unione europea - Parte speciale*, edited by Girolamo Strozzi, 67-?. Turin: Giappichelli, 2017.
- Amato, Fabrizio. "Discriminazione per età: Cenerentola troverà la sua scarpetta?" *D&L: Rivista critica di diritto del lavoro* (2009): 87.
- Azzena, Luca. "La costruzione del principio di uguaglianza nell'ordinamento comunitario." *Diritto pubblico comparato ed europeo* (2007): 1419
- Badeck and Others*. Case C-158/97. EU:C:2000:163.
- Barbera, Marzia, and Silvia Borelli. *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*. Catania: Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona," 2012.
- Barbera, Marzia, e Silvia Borelli. "Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione." In *La tutela antidiscriminatoria: Fonti strumenti interpreti*, editado por Marzia Barbera e Andrea Guariso. Torino: Giappichelli, 2020.
- Barbera, Marzia, ed. *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*. Milano: Giuffrè, 2007.

Barciela Pérez, José Antonio. "El efecto directo de las Directivas en las relaciones entre particulares." *Noticias de la Unión Europea* 304 (May 2010).

Basenghi, Francesco. "Indirect Discrimination: The Italian Choice." *Hamline Law Review* 20, no. 3 (Spring 1997).

Bell, Mark. "Equality and the European Union Constitution." *Industrial Law Journal* 33, no. 3 (September 2004): 242–260. <https://doi.org/10.1093/ijl/33.3.242>.

Bell, Mark. "Sexual Orientation in Employment: An Evolving Role for the European Union." In *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships*, edited by Robert Wintemute and Mads Andenæs, 653–76. Oxford: Hart Publishing, 2001.

Bell, Mark. "Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive." *European Law Journal* 8, no. 3 (2002): 384–399.

Bell, Mark. *Antidiscrimination Law and the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

Benedettelli, Massimo V. *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee*. Padova: CEDAM, 1989.

Benedettelli, Massimo V. *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*. Padua: CEDAM, 1989.

Bonardi, Olivia. "Le discriminazioni basate sull'età." In *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, edited by Marzia Barbera, 125ss. Milano: Giuffrè, 2007.

Bonini Baraldi, Matteo. "La pensione di reversibilità al convivente dello stesso sesso: prima applicazione della direttiva 2000/78/CE in materia di discriminazione basata sull'orientamento sessuale." *Famiglia e diritto* (2008): 666

Borelli, Silvia. "La Corte di Giustizia (ancora) alle prese con discriminazioni in ragione dell'età." *Rivista critica del diritto del lavoro* 4 (2009): 934-940.

Calafà, Laura. "Le discriminazioni fondate sull'età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio 'emergente'." *Rivista italiana di diritto del lavoro* 29, no. 4 (2010): 993-1001.

Calafà, Laura. "Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione superstiti: il caso Tadao Maruko dinanzi alla Corte di Giustizia CE." *Rivista giuridica del lavoro* (2009): 248.

Carter, Ian. *L'idea di eguaglianza*. Torino: Feltrinelli, 2001.

Chieco, Pasquale. "Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione." *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 21, no. 1 (2002): 75-117.

Chopin, Isabelle, and Eleni-María Gounari. "Developing Anti-Discrimination Law in Europe: The 27 EU Member States Compared". Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010.

Chopin, Isabelle, Fiona Palmer, and Mark Bell. *Developing Anti-Discrimination Law in Europe: The 25 EU Member States Compared*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2007.

Cognetti, Stefano. Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica. Torino: Giappichelli, 2011.

Council Regulation (EEC) No 1612/68 of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community. *Official Journal of the European Communities* L 257, 19/10/1968, 2–12.

Craig, Paul, and Gráinne de Búrca. *EU Law: Text, Cases, and Materials*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

D'Aloia, Antonio. *Discriminazioni, eguaglianza e azioni positive: il diritto diseguale*. Reggio Emilia: Diabasis, 2008.

D'Aloia, Antonio. *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*. Padova: Cedam, 2002.

De Gregorio, Laura. *Le religioni nel diritto dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino, 2012.

Defrenne v. Sabena. Case 43/75. EU:C:1976:56.

Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen. Case C-450/93. EU:C:1995:322.

Ellis, Evelyn. *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Falsone, Marco. "La discriminazione per età nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia." *Questione Lavoro* 1 (2014): 14–27.

Favilli, Chiara. "I ricorsi collettivi nell'Unione europea e la tutela antidiscriminatoria: verso un autentico approccio orizzontale." *Il Diritto dell'Unione Europea* 19, no. 3 (2014): 439–63.

Favilli, Chiara. *Non-discrimination in the Law of the European Union*. Bologna: 2008.

Ferrajoli, Luigi. "Eguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea." In *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea: diritti fondamentali e rispetto della diversità*, edited by Alessandro Galasso. Milano: Franco Angeli, 2007.

Fredman, Sandra. *Discrimination Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

Guarriello, Fausta, and Federica Minolfi. "Da cenerentola a leading case: discriminazione per età e Carta dei diritti fondamentali." In *Diritti, Lavori, Mercati* 1 (2011): 103–107.

Guild, Elspeth. "European Developments: The EC Directive on Race Discrimination—Surprises, Possibilities and Limitations." *Industrial Law Journal* 29, no. 4 (December 2000): 416–423. <https://doi.org/10.1093/ijl/29.4.416>.

Izzi, Daniela. "La direttiva 2000/78 tutela le aspettative previdenziali del partner omosessuale di un lavoratore deceduto? Il commento." *Lavoro nella giurisprudenza* (2008): 1231

Jones, Timothy. "The Race Directive: Redefining Protection from Discrimination in EU Law." *European Human Rights Law Review*, no. 5 (2003): 515–526.

López de los Mozos Díaz-Madroñero, Alicia. *La direttiva comunitaria como fuente del Derecho*. Cuadernos del Congreso de los Diputados. Madrid: Congreso de los Diputados, 2010.

Lorenzetti, Anna, and Barbara Pezzini. "Il principio di parità tra uomo e donna nell'integrazione europea: costruzione del genere e costruzione dell'uguaglianza." In *Politica e diritti sociali nell'Unione europea: Quale modello sociale europeo?*, edited by Pietro Gargiulo, 81-113. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.

Lorenzetti, Anna. "Dis-eguaglianza e disabilità." In *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, edited by Michele Della Morte, 174-192. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016.

Lubello, Valerio. "Discriminazione basata sull'età e deroghe ammesse per obiettivi di politica del lavoro, mercato del lavoro e formazione professionale." *Diritto pubblico comparato ed europeo* (2009): 1928-1932.

Nicolosi, Marina. "Le discriminazioni per orientamento sessuale: osservazioni a margine della sentenza Maruko." *Argomenti di diritto del lavoro* (2010): 289.

Pacini, Marco. "Il principio generale europeo di non discriminazione." *Giornale di diritto amministrativo*, no. 8 (2010): 779-87.

Paniagua, E. L. "Las fuentes del derecho de la Unión Europea." In *Derecho de la Unión Europea*, edited by P. C. Alonso. Valencia: 2019.

Pignataro, Laura. "Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata (la Direttiva 2000/78/CE e la Direttiva 2000/43/CE)." In *Diritto del lavoro dell'Unione europea: Commentario*, edited by Franco Carinci and Alberto Pizzoferrato, 9:401. Torino: Giappichelli, 2010.

Pisano, Angela. "Divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale: il caso Maruko." In *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, 199. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.

Plender, Richard. "Equality and Non-Discrimination in the Law of European Union." *Pace International Law Review* 7, no. 1 (Winter 1995).

Pollicino, Oreste. *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario: Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*. Milano: Giuffrè, 2005.

Prechal, Sacha, and Bert Van Roermund, editors. *The Coherence of EU Law: The Search for Unity in Divergent Concepts*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Roberto, Adam, and Antonio Tizzano. *Manuale di diritto dell'Unione europea*. Turin: G. Giappichelli, 2007.

Roccella, Massimo, and Daniela Izzi. *Lavoro e diritto nell'Unione europea*. Padova: CEDAM, 2010.

Ronchetti, Laura. "I due volti dell'Europa: il principio di non discriminazione tra libertà e uguaglianza. A proposito delle sentenze Maruko e Fuffert della Corte di giustizia." *Giurisprudenza italiana* (2009): 564.

Rossi, L.S. "Diritto, religioni, diritti fondamentali: la via dell'Unione Europea." In *Laicità e diritto*, edited by Stefano Canestrari. Bologna: Bononia University Press, 2007.

Schiek, Dagmar, and Victoria Chege, eds. *European Union Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*. Abingdon: Routledge, 2009.

Senden, Linda. "Conceptual Convergence and Judicial Cooperation in Sex Equality Law." In *The Coherence of EU Law: The Search for Unity in Divergent Concepts*, edited by Sacha Prechal and Bert van Roermund, 370–373. New York: Oxford University Press, 2008.

Skidmore, Paul. "European Development: EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment—Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?" *Industrial Law Journal* 30, no. 1 (March 2001): 126–132. <https://doi.org/10.1093/ilj/30.1.126>.

Strazzari, Davide. *Discriminazione razziale e diritto: Un'indagine comparata per un modello «europeo» dell'antidiscriminazione*. Padova: CEDAM, 2008.

Thüsing, Gregor. "Following the U.S. Example: European Employment Discrimination Law and the Impact of Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC." *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 19, no. 2 (2003): 187.

Waldijk, Kees, and Matteo Bonini-Beraldi. *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2006.

Waddington, Lisa and Aart Hendriks. "The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination." *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 18, no. 4 (2002): 403–28. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/International+Journal+of+Comparative+Labour+Law+and+Industrial+Relations/18.4/5113464>.

Williams, Bernard. "The Idea of Equality." In *Philosophy, Politics and Society*, 2nd ser., edited by Peter Laslett and W. G. Runciman. Oxford: Blackwell, 1962.

Received on 17/03/2025

Approved on 15/05/2025



ARTICLES

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA UNIÓN EUROPEA:

análisis de su evolución¹

Roberto Ruiz Díaz Labrano²

RESUMEN: Cada Estado en el espacio comunitario de la Unión Europea posee normas y mecanismos destinados a resolver cuestiones y relaciones en que se presentan elementos de conexión que señalan la posibilidad – potencialidad – de la aplicación de la legislación privada o civil de otro Estado, así como la determinación de la jurisdicción estatal competente, es decir sobre materias propias del Derecho Internacional Privado. La diversidad legislativa de los Estados Miembros y consecuentemente de soluciones o particularidades del derecho de cada Estado, constituye el campo propio del Derecho Internacional Privado, que, a raíz del aumento de vínculos y relaciones jurídicas que desarrollan los ciudadanos de los Estados Miembros del proceso de integración europeo, han impulsado dictar normas comunitarias sobre los temas más relevantes y también que se dicten con la finalidad de armonización de las reglas aplicables y jurisdicción competente. En efecto, con la construcción del Mercado Único y la implementación de la libre circulación de las persona, bienes y servicios al igual que la libertad para la instalación y actuación de las empresas o sociedades en el espacio integrado, se vio la necesidad de establecer normas comunitarias a través de Reglamentos y Directivas, cuya naturaleza especial y el principio de primacía en el ámbito sobre el derecho interno, permite afirmar la existencia de un Derecho Internacional Privado de la Unión Europea o Comunitarización del Derecho Internacional Privado, cuyos inicios y desarrollo constituye el objeto del presente trabajo. La construcción del espacio integrado europeo, independientemente de las legislaciones internas que rigen para las situaciones vinculadas a los Estados Miembros y que provienen del Derecho Internacional Privado se insertan por medio de Reglamentos y Directivas al Derecho Comunitario con respeto al orden jerárquico de éstas últimas.

PALABRAS CLAVES: Derecho Privado; Derecho Internacional Privado; Derecho Comunitario Europeo.

1. R. R. D. Labrano, "El derecho internacional privado en la Unión Europea análisis de su evolución," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 339 et seq.
2. Doctor en Ciencias Jurídicas. Ex presidente y miembro del Tribunal Permanente del Mercosur. Profesor Titular de las materias de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de Derecho Internacional Privado, en el curso de Doctorado en la misma Facultad. Prof. de la Maestría en Derecho Internacional Privado e Integración de la Universidad de Buenos Aires. <https://orcid.org/0009-0004-5575-7315>.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE EUROPEAN UNION: ANALYSIS OF ITS EVOLUTION

ABSTRACT: Each State within the European Union's community space has rules and mechanisms aimed at resolving issues and relationships that involve connecting factors indicating the possibility—or potential—of applying the private or civil law of another State, as well as determining the competent State jurisdiction; that is, matters pertaining to Private International Law. The legislative diversity among Member States, and consequently the variety of solutions or specificities of each State's law, constitutes the domain of Private International Law. Due to the increasing number of legal ties and relationships developed by citizens of the Member States within the European integration process, there has been a push to enact community rules on the most relevant issues, with the aim of harmonizing applicable rules and determining competent jurisdiction. Indeed, with the establishment of the Single Market and the implementation of the free movement of persons, goods, and services, along with the freedom of establishment and operation for companies or corporations within the integrated space, the need arose to establish community norms through Regulations and Directives. Their special nature and the principle of primacy over domestic law support the assertion of the existence of a European Union Private International Law—or the communitarization of Private International Law—which is the focus of this paper. The construction of the integrated European space, regardless of the internal laws governing situations related to Member States and deriving from Private International Law, is incorporated into Community Law through Regulations and Directives, with due respect for their hierarchical order.

KEYWORDS: Private Law; Private International Law; European Community Law.

INDÍCE: Introducción; 1. La legislación europea; 2. Antecedentes del derecho internacional privado comunitario; 3. La necesidad de un derecho internacional privado comunitario; 4. Los reglamentos como instrumento legislativo comunitario; 5. Reglamentos procesales; 6. Reglamentos sobre notificación y prueba procesal; 7. El derecho originario y el derecho internacional privado; 8. La comunitarización del derecho internacional privado; 9. Desafíos Actuales. Inteligencia Artificial; Consideraciones finales. Referencias.

INTRODUCCIÓN

La consolidación del proceso de integración europea ha generado un profundo impacto en las disciplinas jurídicas, entre ellas el Derecho Internacional Privado, que ha debido adaptarse a los nuevos desafíos derivados del establecimiento del Mercado Único y la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales. Si bien cada Estado miembro de la Unión Europea mantiene su competencia de dictar normas para resolver los denominados conflictos de leyes y jurisdicciones, la diversidad de las adoptadas y la necesidad de construir el

Mercado Interior, ha impulsado se dicten normas comunitarias tendientes a la armonización legislativa, que por su primacía genera un derecho comunitario del DIPr.

Se puede hablar así de un Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, que se conforma con los reglamentos, directivas y decisiones adoptadas por las instituciones comunitarias. Se han dictado así diversas normativas como a en materias como la ley aplicable a las obligaciones contractuales, la cooperación judicial, los procedimientos de insolvencia, la protección de consumidores o incluso la inteligencia artificial, todo lo cual permite afirmar la existencia de una comunitarización del DIPr.

Este trabajo se propone analizar los orígenes, fundamentos y desarrollo de este fenómeno, abordando tanto los instrumentos comunitarios como las implicancias de su incorporación en los ordenamientos jurídicos nacionales, y evaluando su impacto en la construcción de un verdadero espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

1. LA LEGISLACIÓN EUROPEA

La estructura jurídica del derecho comunitario europeo se inicia y evoluciona a través de diversos instrumentos jurídicos, se conforma en primer lugar, sobre las bases del derecho originario, representado por los Tratados Constitutivos e Institucionales de la unión.

También con el derecho derivado o normas de aplicación emanadas de los órganos e instituciones y que, en su conjunto, sumado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforman el derecho comunitario sobre el cual se sientan las bases programáticas y orgánicas de la integración por los Estados Miembros, estableciendo sus objetivos y los órganos destinados a la implementación.

El derecho comunitario es de naturaleza especial, a raíz del principio de supremacía algunos autores le atribuyen naturaleza supranacional, se diferencia del derecho interno y del derecho internacional por ciertas características como

la primacía sobre los derechos nacionales en el ámbito de su competencia, la aplicabilidad directa de las normas comunitarias por los Estados miembros y el efecto directo sobre los mismos. El derecho comunitario otorga derechos e impone obligaciones a los Estados Miembros y sus ciudadanos, así como a las instituciones u órganos comunitarios.

El derecho originario se conforma con los Tratados denominados Constitutivos, incluyendo los Tratados de adhesión de nuevos miembros, entre los que se pueden distinguir de los Tratados Fundacionales, específicamente:

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado en París y que entró en vigor el 23 de julio de 1952 (que ha cumplido el plazo previsto de vigencia de cincuenta años).

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (CE), firmado en Roma y que entró en vigor el 1 de enero de 1958.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), firmado en Roma que entró en vigor el 1 de enero de 1958.

Se identifican también como Tratados Fundacionales los de adhesión de nuevos Estados miembros, en 1973 (Dinamarca, Reino Unido e Irlanda), 1981 (Grecia), 1986 (España y Portugal), 1995 (Austria, Suecia y Finlandia), y 2004 (Chequia, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia). El Reino Unido abandonó el proceso.³

Los Tratados Fundacionales a lo largo de la evolución del proceso de integración europeo, ha sido objeto de importantes modificaciones institucionales y de ampliación de nuevos ámbitos de competencia por medio de los siguientes instrumentos: El Acta única Europea (AUE), firmada en Luxemburgo y la Haya que entró en vigor el 1 de julio de 1987; (ii) El Tratado de la Unión Europea, firmado

3. Por medio del procedimiento previsto en el artículo 50 del Tratado de Lisboa. Lo que parecía una consulta del Primer Ministro con respuesta preanunciada, dio lugar al rechazo del sí a la salida del Reino Unido y que debía continuar siendo miembro de la Unión Europea, no fue tal, los ciudadanos británicos por escaso margen votaron por el retiro. De este modo y por primera vez en el proceso de integración europeo, un Estado Miembro luego de 43 años de haberse adherido, decide vía referéndum abandonar años de esfuerzos para unir y construir la integración europea. El referéndum realizado en el Reino Unido el 23 de junio de 2016 produjo el siguiente resultado: Votos a favor del Brexit: 17.410.742: Votos a favor de permanecer: 16.577.342; Total de votos: 33.577.342. Participación: 72%.

en Maastricht que entró en vigor el 1º de noviembre de 1993 (iii) El Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

El Tratado de Niza, que entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

En cuanto al derecho comunitario derivado, se refiere a los actos normativos que adoptan las Instituciones dentro del ámbito de las respectivas competencias atribuidas por los Tratados, se identifican del siguiente modo: (i) Reglamentos, constituyen actos comunitarios aplicables de forma directa y uniforme a todos los Estados miembros; (ii) Directivas, establecen objetivos que corresponde alcanzar a los Estados miembros, eligiendo los medios necesarios para alcanzarlos; (iii) Decisiones, que obligan únicamente a los destinatarios; (iv) Recomendaciones (no vinculantes); (v) Dictámenes (no vinculantes); (vi) La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), también integran por sus efectos derecho derivado.

Otros instrumentos integran también el acervo comunitario, como los acuerdos internacionales de la Unión, los convenios entre los Estados miembros, las resoluciones, declaraciones, conclusiones y comunicaciones interpretativas de la Comisión, los instrumentos de la Política Exterior de Seguridad Común "PESC", artículos 13-(15 del TUE) y Justicia y Asuntos de Interior "JAI" (artículo 34 del TUE), y otros instrumentos como directrices o programas marco plurianuales.⁴

La sistematización de estas normas, el análisis de su prevalencia frente a normas de objeto similar pero de normas internas de los Estados Miembros, requiere de una estructuración operativa, lo que sólo es posible si consideramos, como corresponde, a las normas jurídicas de la integración como un orden jurídico.⁵ Tiene características y mecanismos propios como el modo de incor-

4. El contenido, los principios y los objetivos políticos de los Tratados. La legislación adoptada en aplicación de los Tratados. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del Tribunal de Primera Instancia y de los Tribunales especializados. Las declaraciones y resoluciones adoptadas en el marco de la Unión. Los actos en materia de política exterior y seguridad común. Los actos acordados en materia de justicia y asuntos de interior. Los convenios internacionales celebrados por la Comunidad, así como los celebrados por los Estados miembros entre sí en el ámbito de las actividades de la Unión. Los países candidatos deben aceptar este acervo comunitario antes de adherirse a la Unión Europea. Las excepciones y exenciones al acervo comunitario son escasas y de alcance limitado. La Unión se ha fijado como objetivo mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo, evitando su desnaturalización.
5. Según Leóntin Constantinesco el Derecho Comunitario es un orden jurídico con marcada autonomía. En realidad, para tener una aproximación a esta deleitación como disciplina

poración de la normativa comunitaria por los Estado Miembros, de aplicación de las disposiciones comunitarias, el efecto de su incumplimiento y la manera de resolver los conflictos.⁶

Con el derecho comunitario se está a la vez frente a ser parte de un orden jurídico interestatal y un orden jurídico supranacional, que se ocupa de relaciones complejas, públicas y privadas, generadas dentro del proceso de integración en base a una normativa especial de naturaleza autónoma.

El principio de jerarquía normativa le otorga singular importancia y relevancia, porque implica la sumisión del derecho comunitario originario y derivado. A título de ejemplo el Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 que se ocupa de regular la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial.⁷

Ahora bien, cada Estado en el espacio comunitario posee normas y mecanismos destinados a resolver cuestiones y relaciones en las cuales se presentan elementos de conexión que señalan la posibilidad – potencialidad – de la aplicación de la legislación privada de otro Estado, así como la determinación de la jurisdicción estatal competente, es decir sobre materias propias del Derecho Internacional Privado.

La diversidad legislativa de los Estados Miembros y consecuentemente de soluciones o particularidades del Derecho Internacional de cada Estado, constituye el campo propio del Derecho Internacional Privado, que, en la complejidad de la legislación de los Estados Miembros, suma las que involucran otros Estados no comunitarios, todo lo cual presenta un verdadero laberinto en la interpretación que debe desentrañar. Se acentuó por el proceso de integración comunitaria.

autónoma, es necesario tener bien claro el campo que ocupa el Derecho Nacional -interno e internacional- y el Derecho Comunitario.

6. Roberto Ruiz Díaz Labrano, *Mercosur, Integración y Derecho* (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1999).
7. Javier Carrascosa González, "El Derecho Internacional Privado Europeo: La auténtica Constitución Civil de la Unión Europea," *Actualidad Civil*, no. 9 (2022).

Así como se ha buscado a través de Tratados y Convenios internacionales facilitar las soluciones, en el ámbito comunitario fue necesario impulsar la adopción de normas y reglas especiales vinculadas al Derecho Internacional Privado a fin de facilitar su aplicación y armonizar las soluciones por la multiplicación de situaciones y relaciones privadas con elementos de internacionalidad y consecuentemente, de conexión con la legislación interna de los Estados Miembros.⁸

Sobre esta natural preocupación y como antecedente de las primeras iniciativas, se reconoce la realizada por el representante permanente de Bélgica dirigido a la Comisión a nombre de su gobierno y también al Reino de los Países Bajos y del Gran ducado de Luxemburgo fundado en la opinión de expertos de los Estados Miembros.

Esta iniciativa tenía por principal propósito la supresión de las dificultades que resultaban de la diversidad de las reglas de conflictos en la legislación de los Estados Miembros, en especial dentro del dominio del derecho de los contratos, estaba claro que el trabajo debía ser emprendido con urgencia, sobre todo por las modificaciones legislativas que los Estados miembros preveían introducir en sus respectivas legislaciones para la adecuación a las reglas comunitarias y la construcción de la Unión Aduanera.⁹

2. ANTECEDENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO

En palabras del Sr. T. Vogelaar, Director General de Mercado Interior y Aproximación de Legislaciones de la Comisión, en su discurso inaugural como presidente de la reunión de expertos gubernamentales celebrada del 26 al 28 de febrero de 1969 en los albores del proceso, se dijo:

Esta propuesta debería dar lugar a una unificación completa de las normas de conflicto. De este modo, en cada uno de nuestros seis países, en lugar de las normas de conflicto existentes y con la excepción de los casos de

8. En el Proceso de Integración del Mercosur, se siguió la misma orientación Liliana Etel Rapallini, "La Injerencia Del Derecho Internacional Privado En El Mercosur," *Perspectivas*, no. 4 (July 2021), <https://revistas.ucalp.edu.ar/index.php/Perspectivas/article/view/164>.

9. Roberto Ruiz Díaz Labrano, *Derecho Internacional Privado* (Asunción: Editorial La Ley – Thomson Reuters, 2010; 2nd ed., Buenos Aires: Editorial La Ley, 2023), 271–77.

aplicación de acuerdos internacionales vinculantes para cualquier Estado miembro, entrarían en vigor normas de conflicto idénticas tanto en las relaciones inter se de los Estados miembros como en las relaciones con Estados no comunitarios. Este desarrollo daría lugar a un corpus común de normas jurídicas unificadas que abarcaría el territorio de los Estados miembros de la Comunidad. La gran ventaja de esta propuesta reside, sin duda, en que se incrementaría el nivel de seguridad jurídica, se fortalecería la confianza en la estabilidad de las relaciones jurídicas, se facilitarían los acuerdos sobre jurisdicción según la ley aplicable y se reforzaría la protección de los derechos adquiridos en todo el ámbito del derecho privado. En comparación con la unificación del derecho sustantivo, la unificación de las normas de conflicto de leyes es más viable. "especialmente en el ámbito del derecho de propiedad, porque las reglas de conflicto se aplican únicamente a las relaciones jurídicas que implican un elemento internacional".¹⁰

Lo cierto es que los primeros esfuerzos de armonización en la entonces Comunidad Europea¹¹ fueron direccionados a establecer un sistema o régimen de circulación de las decisiones judiciales entre los Estados Miembros, para dicho efecto era menester la armonización o incluso la unificación de las reglas de competencia judicial aplicada por los Estados, lo que se concretó en el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968.

Por otra parte, siempre bajo la perspectiva de construcción del mercado interior, se encaró el problema de la ley aplicable a los contratos internacionales, buscando eliminar la disparidad de soluciones, según fuera el órgano jurisdiccional estatal, evitando así el fórum shopping, lo que se concretó con el Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las relaciones contractuales.

En los albores de la armonización Antonio Ortiz-Arce¹² expresaba

La unificación de las reglas de conflicto de leyes resulta necesaria para garantizar que un mismo asunto entre las mismas partes sea juzgado de acuerdo con la misma ley, cualquiera que sea la jurisdicción competente, en el interior de la Comunidad». Así se expresa en el contexto comunitario a través del «Séptimo Informe general sobre la actividad de las Comunidades

10. Mario Giuliano y Paul Lagarde, *Informe sobre la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 282 (31 de octubre de 1980): 1-50, EUR-Lex, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_1980_282_R_0001_01.

11. La Comunidad Europea es originada y conformada por varios instrumentos institucionales, el Tratado de París, firmado el 18 de Abril de 1951, que creó en 1952 la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), posteriormente, el 25 de Marzo de 1957 los dos Tratados de Roma que crearon la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o Euratom).

12. Antonio Ortiz-Arce de la Fuente, "Comunidad Económica Europea y Derecho Internacional Privado," *Revista de Instituciones Europeas* 1, no. 3 (1974): 1067-1120.

Europeas». En realidad, en el Tratado de Roma instituyendo la CEE el derecho internacional privado aparece sujeto a los imperativos de la armonización o, mejor, de la unificación en una extensión reducida; no obstante, cabría señalar que el paulatino ajuste y acoplamiento del derecho internacional privado de los Estados miembros aparece justificado dentro del «acto de confianza» amplio¹³ concedido por los Estados a la Comunidad general y que la dinámica del mercado común global ha hecho difícil en la práctica el deslindamiento entre los sectores jurídicos nacionales afectados y no afectados.¹⁴

Por su parte el reconocido autor Alfonso Luis Calvo Caravaca, en un artículo, que data del 2003 refería sobre la comunitarización del derecho europeo que “La cuestión de la existencia de un Derecho Internacional Privado (DIPr) propio de la Comunidad Europea ha sido y es objeto de arduas polémicas doctrinales. Durante muchos años, la mayor parte de la doctrina sostuvo que la Comunidad Europea carecía de un DIPr propio y se limitaba a unificar o armonizar algunas normas de DIPr de los Estados miembros con el fin de ayudar a un correcto funcionamiento del “mercado interior”.¹⁵ Pero esta perspectiva, hoy día, no es defendible”.¹⁶

13. Cfr. Pierre Pescatore, *Le droit de l'intégration* (Bruxelles: Bruylant, 1972), 25. “los tratados instituyendo las Comunidades Europeas, y esto es cierto sobre todo con respecto al Tratado la CEE, han fijado objetivos en vez de formular reglas materiales... estos tratados han constituido actos de confianza mutua por parte de los Estados miembros”. A nivel de la decisión se puede comprobar el margen de autonomía concedido por los Estados miembros a los órganos comunitarios, por ejemplo, en Pierre-Henri Teitgen, “La décision dans la Communauté Économique Européenne,” *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* 134, no. 3 (1971): 604-605.
14. Antonio Ortiz-Arce de la Fuente, “Comunidad Económica Europea y Derecho Internacional Privado”.
15. El referido autor refiere Vid. en general, Centre Culturel Portugais, *Direito internacional e direito comunitário: atos do colloque: Paris, 5 e 6 de abril de 1990* (Paris: Centre Culturel Portugais, 1991). Maria Rita Saulle, *Diritto comunitario e diritto internazionale privato* (Nápoles: Giannini, 1983). Giorgio Badiali, *Le droit international privé des Communautés européennes*, vol. 191, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (Leiden: Brill | Nijhoff, 1985). Tito Ballarino, “La CEE e il diritto internazionale privato”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* (1982): 1-13. Antoon Victor Marie Struycken, “Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé,” in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 232 (Leiden: Brill | Nijhoff, 1992), https://doi.org/10.1163/1875-8096_pp1rdc_A9780792322481_02. Erik Jayme, *Ein internationales Privatrecht für Europa* (Heidelberg: Decker and Müller, 1991). Dominik Lasok y Peter A. Stone, *Conflict of Laws in the European Community* (Abingdon, Oxon: Professional Books, 1987). In the Spanish doctrine, vid. Julio D. González Campos, “Cuestiones de Derecho Internacional Privado en las Comunidades Europeas”, en *I Symposium sobre España y las Comunidades Europeas* (Valladolid: Universidad de Valladolid, 1983), 111-131. José Carlos Fernández Rozas, “Derecho Internacional Privado y Derecho comunitario,” *Revista de Instituciones Europeas* 17 (1990): 785-826.
16. Alfonso Luis Calvo Caravaca, “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea,” *Anales de Derecho*, no. 21 (2003): 49-69.

Desde el inicio, la construcción del mercado interior requirió de la armonización legislativa de materias propias del Derecho Internacional Privado. En su evolución, actualmente existe una enorme elaboración de fuentes comunitarias sobre este derecho y con las cuales la doctrina europea ha establecido la extensión de la comunitarización,¹⁷ dos ámbitos bien definidos, por un lado el que guarda relación con la competencia interna o interregional, que se refiere a la creación del denominado “espacio comunitario de libertad, seguridad y justicia”, reglas que se ocupen de la competencia judicial internacional, el derecho aplicable, y lo que concierne a la validez extraterritorial de las decisiones.

3. LA NECESIDAD DE UN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COMUNITARIO

La regulación comunitaria del Derecho Internacional Privado, que fue edificando teniendo presente fundamentalmente la construcción del mercado interior

17. Calvo Caravaca en su artículo sobre “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea”, refiere sobre la comunitarización la siguiente bibliografía: Fausto Pocar, “La comunitarizzazione del DIPrivato: una european conflict of laws revolution,” *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (RDIPP) 36, no. 4 (2000): 873–884. Theodorus Martinus de Boer, “Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century,” in *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, ed. Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll (New York: Transnational Publishers/Ardsley, 2001), 193–214. Hélène Gaudemet-Tallon, “Quel Droit International Privé pour l’Union Européenne?,” in *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, ed. Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll (New York: Transnational Publishers/Ardsley, 2001), 319–338. Jürgen Basedow, “The Communitarisation of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam,” *Common Market Law Review* 37 (2000): 687. Jürgen Basedow, “European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam,” in *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, ed. Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll (New York: Transnational Publishers/Ardsley, 2001), 175–192. Katharina Boele-Woelki, “Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe,” in *Liber Amicorum K. Siehr* (The Hague: TMC Asser Press, 2000), 61–77. Pedro Alberto de Miguel Asensio, “El Tratado de Amsterdam y el DIPr.,” *La Ley UE*, 30 de marzo de 1998, 1–3. M. Helmberg, “Der Einfluß des EG-Rechts auf das IPR,” *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 3 (1997): 89–96; *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 4 (1997): 137–147. Hans Ulrich Jessurun d’Oliveira, “The EU and a Metamorphosis of Private International Law,” in *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 111–136. Susanne Knöfel, “EC Legislation on Conflict of Laws: Interactions and Incompatibilities between Conflict Rules,” *International and Comparative Law Quarterly* 47 (1998): 439–445. Christian Kohler, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam,” *Revue Critique de Droit International Privé* 88 (1999): 1–30. Stefan Leible and Ansgar Staudinger, “El Art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del DIPr. y procesal?,” *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 1 (2001): 89–115. Elisa Pérez Vera, “El DIPr. y la UE,” in *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza, Actas XIX Jornadas AEP-DIRI* (Madrid: BOE/Universidad de Cantabria, 2003), 173–188. Kurt Siehr, “European Private International Law and Non-European Countries,” in *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, ed. Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll (New York: Transnational Publishers/Ardsley, 2001), 289–300.

y un espacio comunitario de libertad y justicia, exigió igualmente establecer reglas respecto a cuestiones patrimoniales, personales y familiares y de cooperación jurídica internacional. El Derecho Internacional Privado pasaría así, a ser materia de “competencia compartida” entre la Comunidad Europea y los Estados miembros, de modo que cuando la Comunidad regulase un aspecto concreto de DIPr., los Estados perderían “competencias legislativas” en relación a la materia regulada por instrumentos jurídicos comunitarios.

Así pues, si todas las materias del DIPr. pueden verse afectadas por esta “comunitarización”, se produce el llamado efecto “trasvase comunitario”: en buena medida, el DIPr. está pasando de ser elaborado por los legisladores nacionales, a ser “fabricado” por instituciones comunitarias. No obstante, la “comunitarización del DIPr.” debe llevarse a cabo con pleno respeto a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.”.¹⁸

La construcción del espacio integrado europeo, independientemente de las legislaciones internas que rigen para las situaciones vinculadas a los Estados Miembros que provienen del Derecho Internacional Privado, se insertan por medio de Reglamentos y Directivas al Derecho Comunitario.

Como ha sido expuesto, el hecho de que existan relaciones o situaciones extra comunitarias, o con terceros Estados, ha dividido a la doctrina entre quienes consideran que estas relaciones son ajenas a la competencia comunitaria y los que consideran que existe un interés comunitario. Se cita como tesis intermedia a F. Pocar, quien “entiende que cuando existe competencia de la Comunidad Europea en el “aspecto interno”, debe existir también en el “aspecto externo”.¹⁹

Lo cierto es que las reglas establecidas respecto a la libre circulación, libre residencia y la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, han provocado un aumento de las relaciones y situaciones con elementos extra locales, lo que ha impactado al Derecho Internacional Privado y a la necesidad de dictar normas comunitarias que respondieran a las necesidades de agilización, armonización y previsibilidad jurídica en el espacio integrado.

18. Alfonso Luis Calvo Caravaca, “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea”.

19. Alfonso Luis Calvo Caravaca, “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea”.

Podemos señalar actualmente como las principales disposiciones que han generado la necesidad de reglamentar materias propias del Derecho Internacional Privado, el Artículo 3, apartado 2 del Tratado de la Unión Europea del cual surge que la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y prevención y lucha contra la delincuencia.

Otra disposición central, es el Artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al expresar:

1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

2. Con este fin, y sin perjuicio de la aplicación de los artículos 45, 46, 50, 56 y 62, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las medidas destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos mencionados en el apartado 1.

3. A los efectos del apartado 1 y sin perjuicio del artículo 45, el Consejo adoptará, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas sobre seguridad social o protección social. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

No menos relevantes son los Títulos IV y V del TFUE. El Título IV se ocupa de la Libre circulación de personas, servicios y capitales dentro de la Unión Europea, incluyendo: el Capítulo 1: Trabajadores, que establece la libre circulación de trabajadores y la no discriminación por razón de nacionalidad. El Capítulo 2: Derecho de establecimiento, que regula el derecho de establecimiento de los ciudadanos de la Unión en otros Estados miembros. El Capítulo 3: Servicios, que establece la libre prestación de servicios dentro de la Unión y el Capítulo 4: Capitales y pagos, que regula la libre circulación de capitales y pagos dentro de la Unión.

En cuanto al Título V se ocupa del Espacio de libertad, seguridad y justicia dentro de la Unión Europea, e incluye el Capítulo 1: Disposiciones generales, que establece los principios y objetivos del espacio de libertad, seguridad y justicia. El Capítulo 2: Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, que regula las políticas de control de fronteras, asilo e inmigración. El Capítulo 3: Cooperación judicial en materia civil, que establece la cooperación judicial en materia civil entre los Estados miembros. El Capítulo 4 que se ocupa de la Cooperación judicial en materia penal entre los Estados miembros. El Capítulo 5: Cooperación policial, que establece la cooperación policial entre los Estados miembros.

Podemos mencionar igualmente el Artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión que establece de que: Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación", y que "Todo ciudadano de la Unión puede acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado".

Lo concreto es que la construcción del Derecho Internacional Privado Comunitario surge como consecuencia de la libre circulación de personas, servicios y capitales y la necesidad de crear instrumentos de unificación y armonización en las materias que son esenciales para el desarrollo de estas libertades, hechos que acentuaron las relaciones y situaciones privadas de Derecho Internacional Privado y que, en virtud del interés de armonización, inició la evolución del derecho comunitario en estas áreas.

La base fundamental, es el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuyo Título IV se ocupa de la Libre Circulación de Personas, Servicios y Capitales, y su Capítulo I Trabajadores en su Artículo 45. (antiguo artículo 39 TCE), dispone:

1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

- a). de responder a ofertas efectivas de trabajo;
- b). de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;
- c). de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;
- d). de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.

4. LOS REGLAMENTOS COMO INSTRUMENTO LEGISLATIVO COMUNITARIO

Ahora bien, cuál ha sido el instrumento normativo utilizado para esta tarea, han sido los Reglamentos en los cuales se puede apreciar la temática de Derecho Internacional Privado abordado desde una legislación comunitaria:

Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE L 351 de 20 diciembre 2012), conocido como Reglamento Bruselas I-bis;

Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DOUE L 178 de 3 julio 2019) (Reglamento Bruselas II-ter);

Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177 de 4 julio 2008);

Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE L 199 de 31 julio 2007);

Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), conocido como «Reglamento Roma III»;

Reglamento CE núm. 4-2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 enero 2009); (7) Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015.

Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (DOUE L 141/19 de 5 junio 2015);

Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012);

Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la

ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016);

Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8 julio 2016);

Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (DOUE L 181/4 de 29 junio 2013).

5. REGLAMENTOS PROCESALES

Establecen procedimientos europeos específicos que coexisten con los procedimientos nacionales:

Reglamento (CE) No 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DOUE L 143 de 30 abril 2004);

Reglamento (CE) No 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 399 de 30 diciembre 2006);

Reglamento (CE) No. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DOUE L 199 de 31 julio 2007);

Reglamento (UE) no 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (DOUE L núm. 189 de 27 de Junio de 2014).

6. REGLAMENTOS SOBRE NOTIFICACIÓN Y PRUEBA PROCESAL

Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas) (versión refundida) (DOUE núm. 405, de 2 de diciembre de 2020);

Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») (versión refundida) (DOUE núm. 405, de 2 de diciembre de 2020).

7. EL DERECHO ORIGINARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En este proceso, el Acta Única Europea de 1986, que tuvo por objetivo principal dinamizar y profundizar la integración europea en 1986 y estableció una serie de mecanismos de aceleración del Mercado Común,²⁰ enfatizando la comunidad europea sin fronteras y la necesidad de un espacio judicial europeo.

Con posterioridad, con el Tratado de Ámsterdam²¹ la cooperación judicial pasa del “Tercer Pilar” al “Primer Pilar”, a partir de lo cual las instituciones resultan competentes para la comunitarización de todo lo relacionado al Derecho Internacional Privado en lo que se refiere a la competencia judicial internacional, ley aplicable y la eficacia extraterritorial de las decisiones en la medida que resulte necesario a la construcción del mercado interior.

20. Respecto a las acciones específicas emprendidas ver Comisión de las Comunidades Europeas, *Cuarto Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la puesta en práctica del Libro Blanco de la Comisión sobre la realización del Mercado Interior*, COM(89) 311 final (Bruselas, 20 de junio de 1989).

21. El Tratado de Ámsterdam fue aprobado por el Consejo de la Unión Europea en 1997, entró en vigor tras la preceptiva ratificación por parte de todos los Estados miembros el 1º de mayo de 1999. Con el Tratado de Ámsterdam se alteró la estructura política de la Unión, debido a la ampliación prevista para otros Estados. También el Tratado de Niza modificó el TUE.

El Tratado de Ámsterdam fue aprobado por el Consejo de la Unión Europea en 1997, entró en vigor tras la preceptiva ratificación por parte de todos los Estados miembros el 1º de mayo de 1999.²²

Posteriormente vendrá el Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht suscrito el 7 de febrero de 1992 en la localidad holandesa que lleva dicho nombre, modifica los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas (Tratado de París (1951), los Tratados de Roma de 1957 y el Acta Única Europea de 1986). El tratado entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

El Tratado de Ámsterdam aprobado por el Consejo de la Unión Europea en 1997, entró en vigor tras la ratificación por parte de todos los Estados miembros el 1º de mayo de 1999. Con el Tratado de Ámsterdam se alteró la estructura política de la Unión, debido a la ampliación prevista para otros Estados. También el Tratado de Niza modificó el TUE.

Pues bien, el Tratado de Maastricht, citado más arriba, dispuso medidas para la construcción de un “espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas” que constituye un objetivo en sí mismo, de la UE (Art. 3.2 TUE). Esta referencia establece los principios generales de la Unión que se rige por:

El respeto de la Unión a la igualdad entre los Estados miembros y la garantía de una cooperación leal entre ellos, para lograr los objetivos comunes.

El Respeto de la identidad nacional, los valores fundamentales, la soberanía, las libertades y derechos fundamentales y las instituciones de cada Estado miembro:

El respeto de la Unión a la identidad, los valores, la soberanía y las libertades de cada Estado miembro, así como sus instituciones.

Antes del Tratado de Maastricht la cooperación internacional de los Estados Miembros estaba sustentada en los Tratados Internacionales bilaterales o multilaterales de los cuales eran Estados Partes, como por ejemplo el Convenio

22. Con el Tratado de Ámsterdam se alteró la estructura política de la Unión, debido a la ampliación prevista para otros Estados. También el Tratado de Niza modificó el TUE.

de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil.

Su exposición de motivos se funda en el artículo 220 de dicho Tratado Constitutivo de la Unión Europea, y el deseo de garantizar la simplificación de las formalidades a las que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las resoluciones judiciales, fortalecer en la protección jurídica de las personas establecidas en la misma y facilitar el reconocimiento y establecer un procedimiento rápido al objeto de garantizar la ejecución de las resoluciones judiciales, de los documentos públicos con fuerza ejecutiva y de las transacciones judiciales.

Maastricht introdujo el uso de los Reglamentos como instrumento normativo de carácter general para los miembros de la comunidad, han significado el mecanismo por el cual se fue construyendo un derecho comunitario europeo. Entre ellos el Reglamento (CE) N° 44/2001 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (Bruselas I), el Reglamento (CE) N° 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis). Y el Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia.

En junio de 2007 el Consejo de la Unión Europea decidió impulsar un tratado de enmienda del TUE, el nuevo texto recibe el nombre de Tratado de reforma. El Tratado de la Comunidad Europea pasa a llamarse Tratado sobre el funcionamiento de la Unión. El Tratado de Enmienda del Tratado de la Unión Europea (TUE) se refiere a cualquier modificación o reforma que se realice en el TUE, el tratado establece la base legal de la Unión Europea. El TUE, junto con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), define la finalidad y la gobernanza de las instituciones centrales de la UE. Las enmiendas al TUE se llevan a cabo a través de un proceso formal que involucra a todos los Estados Miembros.

En materia de cooperación judicial, ha sido el Art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea hecho en Roma el 25 de marzo de 1957²³ (Reformado a través del Tratado de Lisboa), cuyo texto es el siguiente:

Artículo 81

1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;

b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;²⁴

Sobre el último punto, la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, fue dictado el (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») (versión refundida) («D.O.U.E.L.» 2 diciembre).

Sobre el citado artículo fue dicho: "La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales.

23. Título del Tratado redactado por el apartado 1) del artículo 2 del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea («D.O.U.E.C.» 17 diciembre). Vigencia 1 diciembre 2009. Téngase en cuenta que en todo el Tratado se han hecho modificaciones horizontales, conforme establece el artículo 2 del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea («D.O.U.E.C.» 17 diciembre; Acta de corrección de errores «D.O.U.E.C.» 29 marzo 2010). Los artículos, secciones, capítulos, títulos y partes del presente Tratado se reenumeran de nuevo de conformidad con las tablas de correspondencias que figuran en el Anexo del Tratado de Lisboa, conforme establece el número 1 del artículo 5 del citado Tratado. Véase la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007 («D.O.U.E.C.» 14 diciembre).

24. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, art. 81.

Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros". De acuerdo a la disposición citada, las instituciones comunitarias poseen competencia para adoptar las normas que consideren necesarias para la cooperación judicial transfronteriza, que deberán ser adoptadas por los Estados Miembros, la disposición consolida la competencia para la comunitarización del DIPr.²⁵

El mismo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea hecho en Roma el 25 de marzo de 1957 en el artículo 67²⁶ ha dispuesto:

1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros.

2. Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países.

3. La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales.

25. María Dolores Ortiz Vidal, "Espacio Judicial Europeo Y Tratado De Lisboa: Hacia Un Nuevo Derecho Internacional Privado," *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2, no. 1 (2010): 376-402, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/109>.

26. El Art. 67 del TFUE (antiguo artículo 61 TCE y antiguo artículo 29 TUE), en especial sus numerales 1º y 4º. Véase Capítulo 1 del título V de la tercera parte, que comprende los artículos 67 a 76, introducido el apartado 64) de la letra B del artículo 2 del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea («D.O.U.E.C.» 17 diciembre). Téngase en cuenta que los citados artículos fueron remunerados por la tabla de correspondencias que figura anexa al Tratado de Lisboa. Vigencia: 1 diciembre 2009 Téngase en cuenta la Sentencia TJUE (Gran Sala) de 22 de junio de 2010, que resuelve la cuestión prejudicial planteada interpretando los artículos 67 y 267 TFUE, presentada en el marco de un procedimiento tramitado contra dos nacionales argelinos, tendente a obtener la prolongación de su internamiento en un centro de extranjeros. Véase Res. relativa a las amenazas que se ciernen sobre el espacio europeo sin fronteras (Schengen) («D.O.U.E.C.» 5 abril 2016).

4. La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.”²⁷

En cuanto al Tratado de Lisboa, suscrito en el año 2007 y en vigor desde 2009, ha reformado la estructura institucional de la Unión Europea (UE), otorgando más poder al Parlamento Europeo y haciendo que la UE fuera más democrática, eficiente y transparente.²⁸

En lo que se refiere al ámbito legislativo, simplificó los procedimientos y creó un nuevo puesto de Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad²⁹ y reconoció la Carta de Derechos Fundamentales de la UE como jurídicamente vinculante.

El Tratado dotó a la Unión Europea de una personalidad jurídica propia, que, al permitir firmar acuerdos internacionales, amplía el campo de instrumentos jurídicos internacionales a los cuales es posible adherir.

El Tratado de Lisboa no produjo cambios directos en el Derecho Internacional Privado comunitario, si bien estableció procedimientos de revisión ordinarios y simplificados para la modificación de los tratados, lo que podría incidir en la evolución del derecho internacional privado europeo. Tal vez importante es mencionar que cambió el nombre del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a “Tribunal de Justicia de la Unión Europea” y amplió su jurisdicción en ciertos asuntos.

8. LA COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Tal como menciona Jurgen Basedow

27. Véase el Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

28. El tratado reforzó la política exterior de la Unión Europea, creando la figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, que combina los puestos de Alto Representante de Política Exterior y Comisario de Relaciones Exteriores.

29. El tratado reforzó la política exterior de la Unión Europea, creando la figura del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, que combina los puestos de Alto Representante de Política Exterior y Comisario de Relaciones Exteriores.

El objetivo inicial de la Comunidad Económica Europea no fue la armonización ni la unificación del derecho privado, sino la integración de los mercados. Esta meta tuvo y tiene que lograrse por la implementación de las así denominadas libertades fundamentales, la libre circulación de mercancías, la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento, la libre circulación de servicios y la libre circulación de capitales. Desde el principio que disposiciones particulares del tratado han encargado y facultado a la Comunidad, que ahora es la Unión, para promulgar legislación pertinente diseñada para suprimir barreras impuestas por el derecho nacional. Las competencias de la Unión derivadas del tratado son específicas y se rigen por el principio de atribución. A diferencia de un Estado soberano, la Unión no tiene una competencia legislativa completa, y hasta los años 1999 los altos representantes”.³⁰

Lo cierto es que desde el inicio de la construcción del mercado interior se percibió como necesario la armonización legislativa del Derecho Internacional Privado y se fueron gestando en el seno de la comunidad instrumentos considerados esenciales para el funcionamiento del espacio integrado, especialmente con los Reglamentos, que han dado lugar a sostener la comunitarización del derecho internacional privado en la Unión Europea.³¹

30. Libro Jürgen Basedow, *El Derecho de las Sociedades Abiertas: Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*, trans. Teresa Puig Stoltenberg, 1st ed. (Bogotá: Editorial Legis, 2017), 268-71.

31. Sobre la comunitarización del espacio europeo, se mencionan especialmente Calvo Caravaca en su artículo sobre “El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea”, refiere sobre la comunitarización la siguiente bibliografía Fausto Pocar, “La comunitarizzazione del DIPrivato: una european conflict of laws revolution,” *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (RDIPP) 36, no. 4 (2000): 873-884. Theodorus Martinus de Boer, “Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century,” in *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, ed. Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll (New York: Transnational Publishers/Ardsey, 2001), 193-214. Hélène Gaudemet-Tallon, “Quel Droit International Privé pour l’Union Européenne?,” in *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, ed. Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll (New York: Transnational Publishers/Ardsey, 2001), 319-338. Jürgen Basedow, “The Communitarisation of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam,” *Common Market Law Review* 37 (2000): 687. Jürgen Basedow, “European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam,” in *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, ed. Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll (New York: Transnational Publishers/Ardsey, 2001), 175-192. Katharina Boele-Woelki, “Unification and Harmonisation of Private International Law in Europe,” in *Liber Amicorum K. Siehr* (The Hague: TMC Asser Press, 2000), 61-77. Pedro Alberto de Miguel Asensio, “El Tratado de Amsterdam y el DIPr.,” *La Ley UE*, 30 de marzo de 1998, 1-3. M. Helmberg, “Der Einfluß des EG-Rechts auf das IPR,” *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 3 (1997): 89-96; *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 4 (1997): 137-147. Hans Ulrich Jessurun d’Oliveira, “The EU and a Metamorphosis of Private International Law,” in *Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North* (Oxford: Oxford University Press, 2002), 111-136. Susanne Knöfel, “EC Legislation on Conflict of Laws: Interactions and Incompatibilities between Conflict Rules,” *International and Comparative Law Quarterly* 47 (1998): 439-445. Christian Kohler, “Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d’Amsterdam,” *Revue Critique de Droit International Privé* 88 (1999): 1-30. Stefan Leible and Ansgar Staudinger, “El Art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad

Es fácil entender que las primeras reglamentaciones se refirieron al reconocimiento y ejecución de sentencias, especialmente en materia civil y mercantil³² y avanzado sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.³³

Los Reglamentos se han ocupado sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales³⁴ y la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales,³⁵ también sobre cuestiones como el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos,³⁶ aspectos como diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial³⁷ y sobre uno de los primeros temas abordados el procedimiento de insolvencia sobre el cual se dictó el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (DOUE L 141/19 de 5 junio 2015);

Estos reglamentos mencionados a título de ejemplo, señalan la variedad de temas derecho internacional privado abordados por el derecho comunitario, evidentemente impulsado por la construcción del mercado común y la consolidación de las cuatro libertades en el mercado único.

Calvo Caravaca señala que la “regulación comunitaria del Derecho Internacional Privado, siempre sobre la base de la construcción del mercado interior

Europea para la unificación del DIPr. y procesal?,” *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 1 (2001): 89–115. Elisa Pérez Vera, “El DIPr. y la UE,” in *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza, Actas XIX Jornadas AEP-DIRI* (Madrid: BOE/Universidad de Cantabria, 2003), 173–188, entre tantos otros.

32. Reglamento (CE) N° 44/2001 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (Bruselas I).
33. Reglamento (CE) N° 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).
34. Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).
35. Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»).
36. Reglamento CE núm. 4-2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.
37. Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

y el objetivo de construir un espacio comunitario de libertad y justicia, exigió igualmente establecer reglas respecto a cuestiones patrimoniales, personales y familiares". El DIPr. de este modo "pasaría así, a ser materia de "competencia compartida" entre la Comunidad Europea y los Estados miembros, de modo que cuando la Comunidad regulase un aspecto concreto de DIPr., los Estados perderían "competencias legislativas" en relación a la materia regulada por instrumentos jurídicos comunitarios. Así pues, si todas las materias del DIPr. pueden verse afectadas por esta "comunitarización", se produce el llamado efecto "trasvase comunitario": en buena medida, el DIPr. está pasando de ser elaborado por los legisladores nacionales, a ser "fabricado" por instituciones comunitarias. No obstante, la "comunitarización del DIPr." debe llevarse a cabo con pleno respeto a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.". ³⁸

Como expresa Jurgen Basedow³⁹

En el ámbito del derecho privado, la directiva ha sido hasta ahora el instrumento empleado con más frecuencia por la Unión. No es inusual que las directivas permitan reservas o concedan a los Estados miembros la elección entre diferentes modelos para su implementación o que simplemente establezcan requisitos mínimos; en particular, en el derecho de consumo los Estados miembros pueden contemplar una protección más rigurosa para el consumidor.

Al disponer los Estados miembros de un cierto margen de transposición, las discrepancias entre las legislaciones de los Estados miembros son inevitables. Y como tales incoherencias no son descartadas de manera efectiva por la obligación del tribunal de interpretar la ley nacional en conformidad con una directiva⁴⁰, la necesidad de disponer de normas de conflicto subsiste para el tribunal del foro para determinar solo cuál de las legislaciones implementadas por los Estados miembros es aplicable al caso pendiente". ⁴¹

Se crea por tanto un derecho internacional comunitarizado que convive con las normas internas de los Estados Miembros, que en realidad no son aplicables solo cuando se en el marco de competencia de la Unión Europea, pero

38. Alfonso Luis Calvo Caravaca, "El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea".

39. Jürgen Basedow, *El Derecho de las Sociedades Abiertas...*

40. Sabine von Colson y Elisabeth Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen, Case-14/83. cons. 26.

41. Véase Jürgen Basedow, "Conflict of Laws and the Harmonisation of Substantive Private Law in the European Union," in *Liber Amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems*, ed. Mads Andenæs et al. (London: British Institute of International and Comparative Law, 2007), 178.

subsisten como normas de conflicto nacionales y son aplicables a relaciones y situaciones que no se refieren al espacio comunitario o no se encuentren aún abarcados por el mismo.

9. DESAFÍOS ACTUALES: INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El avance de las relaciones jurídicas ha sido influenciado por el uso masivo de Internet lo cual genera varias cuestiones como que

los operadores del ciberespacio, recurriendo al Derecho Internacional Privado, podrán conocer cuál es la ley aplicable a la organización de la actividad que desarrollan, a las relaciones jurídicas que celebran, e incluso podrán ponderar la licitud de sus conductas en la red y, asimismo, conocerán quién será el juez competente en caso de conflicto. A poco que observemos más detenidamente el fenómeno de Internet y la razón de ser del Derecho Internacional Privado, veremos que más que una amenaza constituye un desafío, un estímulo para encontrar las soluciones más adecuadas a las relaciones jurídicas internacionales, en donde se hallan en juego intereses privados y se ponen en contacto diversos ordenamientos jurídicos, en este peculiar espacio virtual.⁴²

Ahora, el Derecho Internacional Privado se encuentra ante la conmoción que la Inteligencia Artificial introduce, como por ejemplo en las ejecuciones multijurisdiccionales en el metaverso, atendiendo que los elementos de conexión tradicionales de los ordenamientos jurídicos, tales como residencia habitual, establecimiento y localización de bienes inmuebles, pueden quedar carentes de sentido en el contexto del metaverso, lo que sin duda habrá de influir en los conflictos y situaciones derivadas de la contratación internacional como ser el momento u oportunidad de formalización de los contratos y los "sistema automatizado" o efectos del uso de un sistema automatizado en el reconocimiento jurídico de la formación de un contrato.

Con relación a aspectos jurisdiccionales el TJUE sobre el enfoque en mosaico y la competencia para la acción de indemnización por daños y perjuicios derivados de una publicación en línea con arreglo al artículo 7, apartado 2, del Reglamento Bruselas I bis en el asunto Gtflx Tv, C-251/20, resolvió en la cuestión

42. Luciana Beatriz Scotti, "Incidencias de las nuevas tecnologías en el Derecho Internacional Privado," *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata* 50 (2020).

prejudicial consultiva: “En esencia, el tribunal remitente pretendía determinar si el enfoque del mosaico resistía la prueba del tiempo (también) en contextos como el descrito en la cuestión prejudicial.”

A la cuestión prejudicial, el Tribunal respondió afirmativamente.

Quien interponga una acción no sólo para la rectificación de información y la supresión de contenidos, sino también para la indemnización del daño moral y material resultante, podrá reclamar ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio sea o haya sido accesible un contenido publicado en línea la indemnización del daño causado en el territorio de dicho Estado miembro, pese a que –como parece subrayar el Tribunal de Justicia en su respuesta– dichos tribunales no serían competentes para pronunciarse sobre la rectificación o la supresión de contenidos.⁴³

Miguel-Ángel Michinel Álvarez refiere

las peculiaridades de la digitalización pueden requerir herramientas de mayor alcance, tanto por lo que se refiere a la configuración de las propias relaciones contractuales existentes, como en lo que atañe a las responsabilidades de los nuevos sujetos (prestadores de nuevos servicios, plataformas digitales...); todo lo cual debe plasmarse en los correspondientes instrumentos armonizados, como se verá, a fin de poder conseguir el objetivo final de salvaguarda del mercado digital interior de la U.E.⁴⁴

El mismo autor expresa

La economía de plataforma se caracteriza por la existencia de una estructura (o “plataforma”) que permite realizar transacciones mediante la conexión de dos partes contractuales (sea para la compra de un bien, sea para prestar un servicio) y que sirve como un punto de encuentro basado en la acción externa, generando así un producto complementario a la plataforma misma, cuya característica principal es la presencia de efectos de red; de modo que, a mayor número de usuarios, más atractivo se vuelve el bien o el servicio.⁴⁵ 24. A través de sus términos y condiciones (en general, apresuradamente aceptados por los usuarios), estas plataformas en línea se convierten en reguladores de segmentos significativos de la población y del mercado mundial. Los problemas legales que acarrea este tipo economía digital exigen soluciones alternativas a las pensadas para un entorno analógico, dado que éstas no resultan siempre útiles ante el nuevo panorama.⁴⁵

43. TJCE Asunto Gtflix Tv, C-251/20.

44. Miguel-Ángel Michinel Álvarez, “El TJUE y el Derecho Internacional Privado: Ante la digitalización de bienes y servicios,” *Cuadernos de Derecho Transnacional* 15, no. 1 (2023): 573-609, <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.7554>.

45. Miguel-Ángel Michinel Álvarez, “El TJUE y el Derecho Internacional Privado: Ante la digitalización de bienes y servicios,” *Cuadernos de Derecho Transnacional* 15, no. 1 (2023): 573-609, <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.7554>.

La preocupación de la Unión Europea sobre el uso de la Inteligencia Artificial se refleja en el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial,⁴⁶ comúnmente conocido como Ley de IA de la UE, entró en vigor el 1 de agosto de 2024. Según la exposición de motivos:

El objetivo del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior mediante el establecimiento de un marco jurídico uniforme, en particular para el desarrollo, la comercialización, la puesta en servicio y el uso de sistemas de inteligencia artificial (IA) en la Unión, de conformidad con los valores de la Unión, promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un alto nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la «Carta»), incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, proteger contra los efectos nocivos de los sistemas de IA en la Unión y apoyar la innovación. El presente Reglamento garantiza la libre circulación transfronteriza de bienes y servicios basados en IA, impidiendo así que los Estados miembros impongan restricciones al desarrollo, la comercialización y el uso de sistemas de IA, salvo que lo autorice explícitamente el presente Reglamento.⁴⁷

La extensa exposición de motivos también menciona que

La IA es una familia de tecnologías en rápida evolución que contribuye a una amplia gama de beneficios económicos, ambientales y sociales en todo el espectro de industrias y actividades sociales. Al mejorar la predicción, optimizar las operaciones y la asignación de recursos, y personalizar las soluciones digitales disponibles para individuos y organizaciones, el uso de la IA puede proporcionar ventajas competitivas clave a las empresas y promover resultados beneficiosos desde el punto de vista social y ambiental, por ejemplo, en los ámbitos de la salud, la agricultura, la seguridad alimentaria, la educación y la formación, los medios de comunicación, el deporte, la cultura, la gestión de infraestructuras, la energía, el transporte y la logística, los servicios públicos, la seguridad, la justicia, la eficiencia energética y de los recursos, la vigilancia ambiental, la conservación y restauración de la biodiversidad y los ecosistemas, y la mitigación y adaptación al cambio climático.

Marion Ho-Dac expone que

La Ley de IA establece tres bloques regulatorios principales: Primero, establece normas armonizadas relativas a la comercialización, puesta en servicio y uso de sistemas de IA en la Unión. Incluye, con un mayor nivel de granularidad,

46. Y además se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Ley de Inteligencia Artificial) (Texto pertinente a efectos del EEE).

47. Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024.

disposiciones que prohíben ciertas prácticas de IA (como la puntuación social o la predicción de delitos bajo ciertas condiciones), así como requisitos específicos para sistemas de alto riesgo y modelos de IA. El segundo bloque consiste en un denso esquema público de cumplimiento que cubre, por un lado, las normas de vigilancia del mercado que deben implementar las autoridades nacionales. Por otro lado, estas normas están reforzadas por un marco de gobernanza a nivel federal/de la UE, inspirado en otros instrumentos regulatorios del mercado único digital, y encarnado por la Oficina de IA. El tercer conjunto de normas establece medidas para promover la innovación, especialmente en forma de entornos controlados de pruebas, medidas de apoyo y exenciones regulatorias para pymes y empresas emergentes.⁴⁸

Marion Ho-Dac sobre cuestiones de derecho internacional privado señala "A pesar de la ausencia de referencias a normas o instrumentos de DIP en la Ley de IA, ni siquiera para regular la interacción entre la Ley y la normativa de la UE sobre DIP, existen algunos puntos de contacto importantes entre ambos ámbitos. Estos pueden identificarse tanto en la fase de implementación como en la de cumplimiento del marco regulatorio de la Ley de IA."⁴⁹

El reglamento revela de modo indudable el interés de la Unión Europea en regular el uso y aplicación de la Inteligencia Artificial y si bien resulta todavía apresurado señalar todos los ámbitos del Derecho Internacional Privado que se verán afectados por la IA la iniciativa europea, pese a algunas críticas sobre la regulación, es sin duda auspiciosa, lo mismo cabe decir de la iniciativa del HCCH como lo relacionado al Proyecto sobre Propiedad Intelectual, sobre el cual la Oficina Permanente (OP) sigue haciendo un seguimiento de las novedades que se producen en torno a la intersección entre la propiedad intelectual y el derecho internacional privado (DIPr), en particular en colaboración con la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Lo más auspicioso ha sido el mensaje de la presidenta Ursula von der Leyen en la Cumbre de Acción de Inteligencia Artificial organizada en París, donde pronunció un discurso ante líderes políticos y empresarios de IA de todo el mundo. La presidenta von der Leyen anunció la iniciativa InvestAI, que tendrá como objetivo movilizar 200.000 millones de euros para inversiones en IA en

48. Marion Ho-Dac, "La Ley de IA de la UE y el Derecho internacional privado: una primera mirada," *Blog or Journal Name*, October 21, 2024.

49. Marion Ho-Dac, "La Ley de IA de la UE y el Derecho internacional privado".

Europa, junto con la Iniciativa Europea de Campeones de IA presentada por empresas e inversores europeos que trabajan juntos al margen de la cumbre.

CONSIDERACIONES FINALES

La construcción del Mercado Único y el regular la libre circulación de las persona, bienes y servicios al igual que la libertad para la instalación y actuación de las empresas o sociedades en el espacio integrado, motivó la necesidad de disposiciones vinculadas al Derecho Internacional Privado, destinadas a reglar las cuestiones vinculadas a esta materia, como ha sido el caso del Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las relaciones contractuales, que como cuestiones vinculadas a la insolvencia transfronteriza, se manifestó desde el inicio del proceso de integración como una necesidad imperativa.

Si bien en un principio no fue un objetivo la armonización y armonización del derecho privado, sin embargo, pronto surgió la necesidad de regulaciones comunes para el Derecho Internacional Privado, lo que fue efectuado por medio Reglamentos y Directivas, que conforme al campo de su competencia legislativa se van incorporando como ordenamiento comunitario, caracterizado por su primacía frente a la legislación interna de los Estados Miembros en el mismo campo de competencia.

La Comunidad ha hecho uso de sus competencias adoptando varios instrumentos como por ejemplo, procedimientos de insolvencia, notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, cooperación para la obtención de pruebas en la misma área, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, normas comunitarias en el campo de protección al consumidor.

Se ha ocupado también, entre otros, de las reglamentaciones vinculadas a seguros, servicios financieros y propiedad intelectual, reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, reconocimiento y la ejecución de

las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo. También ha dictado reglamento sobre normas armonizadas sobre la inteligencia artificial, lo que evidencia un importante acervo de disposiciones que se relacionan con el Derecho Internacional Privado de fuente comunitaria.

La comunitarización en áreas del DIPr, se puede apreciar también con la adhesión a convenios internacionales que no tienen por fuente originaria en el derecho comunitario, pero si adquieren esta posición por adopción, como es el caso de la Decisión del Consejo 2006/719/CE de adhesión a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que permitió a la Comunidad Europea, actual Unión Europea (UE) adherirse a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), medida adoptada en el campo de la cooperación judicial en materia civil con implicaciones transfronterizas y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior.

Sin duda en los próximos años surgirán importantes novedades en todas las áreas y por supuesto también en relación al Derecho Internacional Privado. En conclusión, en la medida de construcción y profundización del espacio integrado y del Mercado Único y el desarrollo de las libertades básicas que representa, así como los nuevos desafíos que la tecnología plantea, se ampliará simultáneamente el derecho internacional privado comunitario como necesidad de un espacio comunitario de libertad y justicia.⁵⁰

REFERENCIAS

Acta Única Europea de 1986.

Badiali, Giorgio. Le droit international privé des Communautés Européennes / par Giorgio Badiali. Recueil des cours, Volume 191 (1985-II), pp. 9-182. Recueil des cours de l'Académie de La Haye.

Basedow, Jürgen. 2000. "The Communitarisation of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam" *Common Market Law Review* 37 (3): 687-708.

50. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Comunidad tiene competencias para adoptar medidas en el campo de la cooperación judicial en materia civil con implicaciones transfronterizas en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior.

Basedow, Jürgen. Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d'applications des lois contre les restrictions de la concurrence / par Jürgen Basedow. Recueil des cours, Volume 264 (1997), pp. 9-178. Recueil des cours de l'Académie de La Haye.

Basedow, Jürgen. *El Derecho de las Sociedades Abiertas: Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*. Translated by Teresa Puig Stoltenberg. 1st ed. Bogotá: Editorial Legis, 2017.

Boer, Th. M. de. 2001. "Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century." In *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, edited by Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll, 193-214. New York: Transnational Publishers.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis. "El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea" *Anales de Derecho*, no. 21 (2003): 49-69.

Calvo Caravaca, Alfonso-Luis. "El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea". *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* ISSN: 1692-8156 revistascientificasjaveriana@gmail.com Pontificia Universidad Javeriana Colombia.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007.

Comisión de las Comunidades Europeas. *Cuarto Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la puesta en práctica del Libro Blanco de la Comisión sobre la realización del Mercado Interior*. COM (89) 311 final. Bruselas, 20 de junio de 1989.

El ABC del Derecho de la Unión Europea - Marzo de 2023. Publicaciones de la EU.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que deriva del Tratado de Lisboa, se elaboró a partir del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE o Tratado CE), según establece el Tratado de Maastricht.

Fernández Rozas, José Carlos. "Derecho Internacional Privado y Derecho comunitario." *Revista de Instituciones Europeas* 17 (1990): 785-826.

Gaudemet-Tallon, Hélène. 2001. "Quel Droit International Privé pour l'Union Européenne?" In *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, edited by Patrick J. Borchers and Joachim Zekoll, 319-338. New York: Transnational Publishers.

González Campos, Julio D. "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en las Comunidades Europeas". En *I Symposium sobre España y las Comunidades Europeas*, 111-131. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1983.

Ho-Dac, Marion. "La Ley de IA de la UE y el Derecho internacional privado: una primera mirada." *Blog or Journal Name*, October 21, 2024.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=oj:JOC_1980_282_R_0001_01

Informe sobre la Convención sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de Mario Giuliano, Profesor de la Universidad de Milán, y Paul Lagarde, Profesor de la

Universidad de París I. DO C 282 de 31.10.1980, p. 1–50. EUR-Lex - 31980Y1031(01) – ES. C 282 Volumen 23 31 de octubre de 1980.

Javier Carrascosa González "[El Derecho Internacional Privado Europeo: La auténtica Constitución Civil de la Unión Europea](#)". Universidad de Murcia.

Jayme, Erik. "Un derecho internacional privado para Europa: Discursos con motivo de la concesión del Premio Estatal de Investigación de Baden-Württemberg 1989. Con una contribución sobre el derecho internacional privado y el mercado interior europeo, de Erik Jayme") Heidelberg: Decker y Müller, 1991. Volumen: VII.)

Michinel Álvarez, Miguel-Ángel. 2023. "El TJUE Y El Derecho Internacional Privado. Ante La digitalización De Bienes Y Servicios". *Cuadernos de Derecho Transnacional* 15 (1), 573–609. <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.7554>.

Ortiz Vidal, María Dolores. "Espacio Judicial Europeo Y Tratado De Lisboa: Hacia Un Nuevo Derecho Internacional Privado." *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2, no. 1 (2010): 376–402. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/109>.

Ortiz-Arce de la Fuente, Antonio. "Comunidad Económica Europea y Derecho Internacional Privado." *Revista de Instituciones Europeas* 1, no. 3 (1974): 1067–1120.

Pescatore, Pierre. *Le droit de l'intégration*. Bruxelles: Bruylant, 1972.

Pocar, Fausto. 2000. "La comunitarizzazione del DIPrivato: una european conflict of laws revolution." *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* 36 (4): 873–884.

Rapallini, Liliانا Etel. 2021. "La Injerencia Del Derecho Internacional Privado En El Mercosur." *Perspectivas*, no. 4 (July). <https://revistas.ucalp.edu.ar/index.php/Perspectivas/article/view/164>.

Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOUE L 177 de 4 julio 2008).

Reglamento (CE) No 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 399 de 30 diciembre 2006).

Reglamento (CE) No 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DOUE L 143 de 30 abril 2004).

Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE L 199 de 31 julio 2007).

Reglamento (CE) No. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DOUE L 199 de 31 julio 2007).

Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) (DOUE L 141/19 de 5 junio 2015).

Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley

aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016).

Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183 de 8 julio 2016).

Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DOUE L 178 de 3 julio 2019).

Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas) (versión refundida) (DOUE núm. 405, de 2 de diciembre de 2020).

Reglamento (UE) 2020/1784 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») (versión refundida) (DOUE núm. 405, de 2 de diciembre de 2020).

Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial.

Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (DOUE L 181/4 de 29 junio 2013).

Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012).

Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE L 351 de 20 diciembre 2012).

Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010).

Reglamento (UE) no 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (DOUE L núm. 189 de 27 de Junio de 2014).

Reglamento CE núm. 4-2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10 enero 2009);

(7) Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015.

Ruiz Díaz Labrano, Roberto. *Derecho Internacional Privado*. Asunción: Editorial La Ley – Thomson Reuters, 2010. 2nd ed. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2023. Pages 271–77.

Ruiz Díaz Labrano, Roberto. *Mercosur, Integración y Derecho*. Ediciones Ciudad Argentina e Intercontinental Editora. 1999.

Saulle, Maria Rita. *Diritto comunitario e diritto internazionale privato*. Nápoles: Giannini, 1983.

Scotti, Luciana Beatriz. "Incidencias de las nuevas tecnologías en el Derecho Internacional Privado." *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata* 50 (2020).

Struycken, Antoon Victor Marie. Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé / par Antoon Victor Marie Struycken. Recueil des cours, Volume 232 (1992-I), pp. 256–383. Recueil des cours de l'Académie de La Haye.

TJCE, 10 de abril de 1984, Asunto 14/83 (Sabine von Colson y Elisabeth Kamann contra Land Nordrhein-Westfalen), (1984) Rec. 1891, cons. 26.

TJCE, Asunto Gtflx Tv, C-251/20.

Tratado de Ámsterdam aprobado por el Consejo de la Unión Europea en 1997, entró en vigor el 1º de mayo de 1999.

Tratado de Lisboa, suscrito en el año 2007 y en vigor desde 2009 por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

Tratado de Maastricht suscrito el 7 de febrero de 1992 en la localidad holandesa que lleva dicho nombre, modifica los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas (Tratado de París (1951), los Tratados de Roma de 1957 y el Acta Única Europea de 1986). El tratado entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

Tratado de París de 1951.

Tratados de Roma de 1957.

Tratados e instrumentos fundacionales.

Received on 01/05/2025

Approved on 07/05/2025

DIGNIDAD DIGITAL PÓSTUMA:

presencia humana y avatares de inteligencia artificial generativa en *chatbots*. Un diálogo entre América y Europa^{1/2}

Julio Jesús Mormontoy Pérez³

RESUMEN: Actualmente no se habla de otro asunto referido a la Inteligencia Artificial (en adelante I.A.) y de cómo este crea mecanismos que facilitan las tareas domésticas que habitualmente necesitan de la intervención o inteligencia humana como la enseñanza y el aprendizaje a nivel de universidades, la toma de decisiones sobre aspectos de la vida o la resolución de problemas y demás. Todo ello ha avanzado a una escala imperceptible, pues se ha podido evidenciar que por medio de la I.A. Generativa (en adelante I.A. Gen), incluso se puede replicar la imagen, la cara o facciones de una persona fallecida (elaboración de rostros o caras nuevas), además de reproducir su tono de voz con las expresiones personales que esta habitualmente habría promulgado durante su vida, lo cual es producto del uso de la I.A. Gen. Por ello, uno de los principales objetivos de la presente investigación está dirigido a describir la importancia que va adquiriendo esta situación en la vida de las personas. Es decir, todo esto se hace posible debido a las huellas digitales o a los rastros que cada persona va dejando en el espacio virtual al hacer uso de la web y sus diferentes áreas o sitios; todo lo cual será analizado desde el uso del método científico como método general y del método descriptivo de manera inductiva. Por ende, esto nos conlleva a repensar y replantear un nuevo discurso que le será aplicable al afectado y, sin perjuicio de proteger en todo momento su dignidad y los atributos de esta por su cualidad de persona, además, posiblemente esto también nos conduce a replantear el concepto de la dignidad humana en los textos constitucionales y normas supranacionales respecto de la dignidad digital póstuma.

PALABRAS CLAVE: Dignidad digital; póstuma; ChatBots.

1. J. J. M. Pérez, "Dignidad digital póstuma: presencia humana y avatares de inteligencia artificial generativa en chatbots. Un diálogo entre América y Europa," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 374 et seq.
2. El presente artículo ha sido elaborado como parte del trabajo del Centro de Estudios e Investigación Cumbre Jurídica en el área de «Filosofía del derecho» en Chimbote, Áncash, Perú, cuyo director es el autor. Por otro lado, el autor agradece los comentarios críticos y sugerencias del Prof. Luis Fernando Concha Flores sobre una mejor presentación del trabajo. El autor también agradece los comentarios críticos de los árbitros anónimos de la revista.
3. Abogado por la Universidad Nacional del Santa. Mg. en Ciencias de la Educación mención Docencia e Investigación por la UNS. Investigador en el área de Filosofía del Derecho y Pedagogía Jurídica, docente de metodología de la investigación científica. Representante legal de SkyMobile - Chile, Región Metropolitana de Santiago. Director (ad honorem) del C.E.I. CUMBRE JURÍDICA, Perú. Miembro de la PASTORAL de jóvenes egresados de la Pontificia Universidad Católica de Chile (UC). <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0003-2799-229>.

POSTHUMOUS DIGITAL DIGNITY: HUMAN PRESENCE AND GENERATIVE ARTIFICIAL INTELLIGENCE AVATARS IN CHATBOTS. A DIALOGUE BETWEEN AMERICA AND EUROPE

ABSTRACT: Currently, there is no talk of another issue related to Artificial Intelligence (hereinafter AI) and how it creates mechanisms that facilitate domestic tasks that usually require human intervention or intelligence, such as teaching and learning at the university level, decision-making on aspects of life or problem solving, and so on. All this has advanced on an imperceptible scale, as it has been shown that by means of Generative A.I. (hereinafter A.I. Gen), it is even possible to replicate the image, face or features of a deceased person (elaboration of new faces or faces), in addition to reproducing their tone of voice with the personal expressions that they would have habitually promulgated during their life. which is the product of the use of the A.I. Gen. Therefore, one of the main objectives of this research is aimed at describing the importance that this situation is acquiring in people's lives. In other words, all this is made possible due to the digital footprints or traces that each person leaves in the virtual space when making use of the web and its different areas or sites; all of which will be analyzed from the use of the scientific method as a general method and the descriptive method in an inductive way. Therefore, this leads us to rethink and rethink a new discourse that will be applicable to the affected person and, without prejudice to protecting at all times their dignity and their attributes due to their quality as a person, in addition, this may also lead us to rethink the concept of human dignity in constitutional texts and supranational norms with respect to posthumous digital dignity.

KEYWORDS: Digital dignity; posthumously; ChatBots.

ÍNDICE: Introducción; 1. Primer cuarto de siglo, avances y revoluciones: I.A. e I.A. Generativa; 1.1 La dignidad, una mirada acuciosa del sentido humano en la era de la I.A. Gen; 1.1.1 Las bases teóricas de la dignidad en el razonamiento humano; 1.2 Antecedentes de la presencia humana en ChatBots: avatars con Inteligencia Artificial Generativa; 1.2.1 Avatar: concepción informática y fílmica; 1.2.2 El ChatBot: un programa informático con respuestas humanas; 1.2.3 El caso Microsoft; 1.2.4 La televisión y los ChatBots: el capítulo de la serie Black Mirror "I will be back"; 1.3 Dignidad póstuma como locución de la dignidad infinita; 1.4 Consideraciones éticas por parte de la UNESCO y de la A.I. Act. de la Unión Europea; 1.4.1 Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial; 1.4.2 Ley de I.A. de la UE: normativa sobre Inteligencia Artificial; Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

Respecto de la idea de replicar conversaciones e imágenes de personas desaparecidas o fallecidas por medio de avatars y ChatBots, como lo concierne a considerar nuevas tecnologías para reproducir al fallecido por medio de clones artificiales nos conduce a formular cuestionamientos de carácter ético y normativo que la literatura jurídica o las regulaciones estatales deban asumir.

Siendo que los dos principales objetivos de la presente investigación están dirigidos a describir la importancia de este tipo de situaciones en la vida de las personas que frente a la idea de revivir la presencia de familiares o amistades fallecidas o desaparecidas las vuelven a recrear con el uso de ChatBots y avatars con I.A. Gen., además, que el segundo objetivo de este trabajo es demostrar que sobre dicho asunto no se ha podido regular jurídicamente a nivel de textos constitucionales o normas supranacionales y solo se han emitido recomendaciones por parte de la UNESCO y de la A.I. Act. de la Unión Europea.

Además, este hecho nos conlleva a reflexionar si la dignidad de la persona deba ser desarrollada más ampliamente a nivel de textos constitucionales o normas supranacionales para comprender la protección de la *dignidad digital póstuma* recreada en avatars a partir del uso de ChatBots.

Es por ello que, en el presente artículo nos ayudaremos del uso del Método Científico como metodología empleada, pues desde el desarrollo de etapas reconocidas por una comunidad de expertos podremos estudiar y explicar fenómenos o comportamientos en un determinado campo de estudio como el Derecho sobre el cual se ha decidido investigar una situación en particular como la presencia humana en avatars con I.A. Gen., recreada a partir de ChatBots y de la cual se considera subyace la necesidad de proteger la dignidad digital póstuma del fallecido o desaparecido. Además, también nos asistiremos del uso del Método Descriptivo, el cual se centra en estudiar y analizar acontecimientos o fenómenos sociales contemporáneos a los cuales debemos brindarles mayores respuestas y así considerar propuestas regulativas a nivel ético y normativa.

Por ende, nos planteamos la siguiente interrogante: ¿recrear la presencia humana de personas fallecidas o desaparecidas por medio de ChatBots y avatars con I.A. Generativa nos conlleva a proteger la dignidad digital póstuma del causante a partir de una regulación ética y jurídica?

Para dar respuesta a dicha pregunta, en principio debemos indicar que la presente investigación recoge y estudia acuciosamente la idea de persona, la cual esta referida al problema de la identidad o vinculación existente entre la

persona viviente o el causante, si quizás este último es un fallecido, y la identidad digital, puesto que de esta última se desprende la idea de la dignidad del avatar al cual le alcanza una dignidad digital póstuma y que debe tener protección de todos los atributos inherentes a la persona (referidos a la imagen, el nombre, el honor y la reputación).

Por ello, respecto de la pregunta planteada nuestra hipótesis considera totalmente necesaria proteger la dignidad digital póstuma a partir de un marco ético y jurídico que permita abordar el desarrollo de la misma. Además, los tribunales de justicia podrán atender este tipo de controversias sobre las cuales aún no se ha regulado y garantizaría de mejor manera estos derechos humanos al verse posiblemente afectados.

Por eso, en este primer cuarto de siglo se ha considerado la llegada de la I.A. como la aparición de la Internet o si se quiere a la nueva Revolución Industrial que avanza más rápido que la ley o que supera a la regulación legal en los principales países que empiezan a conocerla.

Tal es el caso del uso masivo de la I.A. que está cada vez más arraigada en latitudes que esperan estar a la vanguardia de las nuevas tendencias tecnológicas donde se destaca la transformación de las redes sociales y su utilidad como herramientas comerciales, además del desarrollo masivo de aplicaciones (Apps), la superación tecnológica de los móviles o teléfonos celulares inteligentes, el metaverso o universo posrealidad donde en un entorno o espacio de múltiples agentes se funde la realidad física y la realidad virtual, sin dejar de mencionar a los avatars que simulan o reproducen la imagen de la persona a nivel digital.

Siendo esto así, nos surgen varias consultas adicionales: ¿qué hemos hecho para regular estas nuevas manifestaciones tecnológicas traídas por la I.A.? ¿Cuál debería ser la postura ética respecto del uso de estos sistemas que se componen con I.A. Gen?

La preocupación en Europa como en Estados Unidos de Norteamérica es notable ya que se vienen discutiendo ideas sobre quién deba manejar dichos datos personales para que así las diferentes compañías que operan estos

sistemas en el ejercicio de su libertad comercial no terminen por perjudicar a terceros o usuarios.

Todo esto surge con la intención de no restringir la libre competencia comercial sino con la intención de poder entender qué es lo que va a suceder con estos avances.

1. PRIMER CUARTO DE SIGLO, AVANCES Y REVOLUCIONES: I.A. E I.A. GENERATIVA

Actualmente es habitual que el uso de la I.A. este presente en diferentes áreas del Derecho, pues se ha podido demostrar que este tipo de inteligencia puede automatizar actos rutinarios, es decir, varios o la mayoría de actos u acciones que desarrolla un abogado pueden ser reemplazados mecánicamente con un gran nivel de exactitud por la I.A.

Tales actos pueden ir desde la redacción y composición de demandas, contestación de demandas o demás escritos, elaboración de contratos, predicción de fallos, interpretación de casuística y jurisprudencia. Esto expresa que quizás la labor del abogado deba ser más diligente para revisar los contenidos de los documentos que produce la I.A.

Pero, además, esto nos expresa que la labor del abogado cambiará rotundamente en el próximo cuarto de siglo de manera más célere que en los últimos doscientos años. Pues, en palabras de Garzón, precisa que: "Se ha señalado incluso que con la interacción de varias IAs se podría hacer, básicamente, una tesis doctoral en minutos. Desde la búsqueda de información, la organización de fuentes de información y, por supuesto, la redacción y composición de textos".⁴

A la fecha, el uso de la I.A. Generativa a nivel empresarial va en aumento, pues esta permite a muchas personas en calidad de clientes o usuarios recibir algún producto o servicio con un alto grado de efectividad, sobre ello, podemos citar a algunos casos ya conocidos como el uso del Chatbot para *recordar pagos* periódicos, el Chatbot para *confirmación y tracking* de compra, el Chatbot para

4. Ricardo Garzón Cárdenas, "Interacción de inteligencias artificiales", Facebook, 24 de diciembre de 2024, <https://www.facebook.com/@ricardo.g.cardenas.9/>.

publicidad *personalizada*, el Chatbot para *soporte técnico*, el Chatbot para generación de *facturas*, el Chatbot para generación de *citas o consultas*, el Chatbot para generación de *documentos*, y el Chatbot para *información y ayuda*.

Según el profesor Luis Fernando Concha, quien es especialista en Derecho de Daños e investigador en I.A. de la Universidad Católica de Bolivia, refiere que, en cuanto a las eventualidades para ciertos empleos u oficios, ya se vio de manera reciente cómo resulta posible que avatars puedan simular las actividades de presentación de noticias.

Pues incluso los promotores de la I.A., identifican estos problemas de reducción de acceso al trabajo y que parecen repercutir desde las actividades repetitivas hasta otras donde las ciencias matemáticas tengan protagonismo con destrezas técnicas como ocurre con las carreras de programación.

Además, también se pueden advertir en algunas indagaciones sobre una posible relación de la dependencia hacia los dispositivos con una cierta reducción del desarrollo o maduración de funciones sensoriales como ser la memoria o la capacidad de solucionar problemas rutinarios y teóricos de los usuarios por cuenta propia.⁵ Pero, en principio precisemos qué hemos concebido hasta el día de hoy como I.A., pues según el profesor Carlos Amunátegui en una entrevista que se le hiciera para el Diario Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, indica que: "Inteligencia Artificial es el nombre que le damos a un conjunto de tecnologías que logran ciertos resultados. Básicamente el resultado que se busca es realizar actos que en los seres humanos requiere de un proceso cognitivo. Es decir, lo que hace que califiquemos como Inteligencia Artificial a un dispositivo es que obtiene un resultado de algo y que si tuviera intervención humana requiriese algún acto de pensamiento".⁶

Siguiendo la línea de pensamiento del profesor Amunátegui, quien expresa que lo que no podrá cambiar en el abogado que honestamente investiga es

5. Luis Concha, "Inteligencia Artificial, enfoque de riesgos y responsabilidad civil: Aspectos centrales para una razonabilidad práctica," *Sapientia Iuris UC* (2024). DOI: 10.5281/zenodo.1473552.

6. Diario Constitucional. "Carlos Amunátegui, Derecho UC: Sobre el uso de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico," 5 de febrero de 2024, video, YouTube, 00:00:00 <https://www.youtube.com/watch?v=V03oWASqxs>.

que su criterio, su razonamiento, su perspectiva, su máxima de experiencia para abordar y tratar problemas no podrán ser desplazados o reemplazados por la I.A. en ninguna medida.

Es decir, las compañías o empresas cada vez son más invasivas, pues con el propósito de hacer cada vez más fácil nuestras vidas van recopilando datos personales los cuales quizás no presentan alguna protección jurídica y que más bien son utilizados para identificar patrones de comportamientos habituales o cotidianos o preferencias comerciales.

En otros términos, los ChatBots actualmente facilitan tareas de grandes entidades comerciales para acercar a más personas ofertando iniciativas de una vida cómoda y fácil donde el esfuerzo humano sea mínimo, pues con el uso de la I.A. Generativa se puede recrear incluso la presencia de personas fallecidas o desaparecidas con la ilusión de poder interactuar con ellas, lo cual hace de estos ChatBots una interacción más significativa, llevando dicha experiencia comercial a un nivel de preferencia distinto para los usuarios de estos servicios quienes con la ilusión de reencontrarse con alguien especial verán en estos medios la oportunidad para tan ansiado reencuentro aunque solo sea proyectada en una realidad virtual.

1.1 La dignidad, una mirada acuciosa del sentido humano en la era de la I.A. Gen

La dignidad humana es una característica que tenemos por el solo hecho de ser, es decir que no proviene de hacer o dejar de hacer algo, y que no termina.

En palabras de Carlos Frontaura, docente en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, precisa que:

La dignidad humana es una expresión moral que se nos otorga por nuestra condición de ser humano, de persona. Es decir, poseemos una condición que no proviene de una situación externa, que no deviene o deriva de nuestro alumbramiento o que no termina por un hecho negativo que nosotros hagamos, sino que es intrínseco a todo ser humano por la voluntad cristiana que las escrituras divinas, morales y jurídicas de la humanidad han acordado y por eso están al inicio de vuestras constituciones y normas supranacionales

o tratados internacionales rezando tradicionalmente: *Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos*.⁷

Con esto, podemos dar cuenta que la dignidad de la persona trasciende los patrones físicos a los espacios virtuales donde la presencia del ser es equiparable a alguien que, aunque ya no esté vivo sigue interactuando como si lo estuviera.

1.1.1 Las bases teóricas de la dignidad en el razonamiento humano

El concepto abstracto de este principio catalogado como dignidad humana solo ha podido merecer aproximaciones o alcances, pues en su calidad de ser la piedra angular sobre la cual se gestan otros derechos fundamentales, además de presentar un carácter intangible e inalienable como aquello que es digno, es decir, que tiene valor en sí, por sí, nos conlleva a entender que este principio es progresivo. Siendo que la virtualidad o la digitalización de las cosas no limitarían en ningún sentido la protección de esta garantía fundamental, al menos, frente a la I.A. o frente a la I.A. Generativa.

El registro más remoto en la humanidad sobre la concepción animal racional, social y político del hombre que a nuestros días llega y que se conceptualiza como responsabilidad de la libertad en ejercicio de sus actos, inicia con el filósofo Aristóteles, quien manifestaba que: "El hombre es un animal racional".⁸

Es decir, según Aristóteles la composición habitual del hombre es la razón. Aunque ello no signifique que en ocasiones el hombre se comporte o actúe de manera irracional.

En efecto, en la dimensión de las conductas concretas, los últimos siglos, en especial el siglo XX, han sido el escenario de masacres, esclavitudes y despotismos que sacuden las conciencias y que no tienen parangón con las sucedidas en el resto de la historia humana. Y en el ámbito de las doctrinas, desde los orígenes mismos del mencionado proceso de encumbramiento se

7. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. "Dignidad humana", 29 de enero de 2020, video, YouTube, 00:00:00, https://www.youtube.com/watch?v=phx4dgvx8M&ab_channel=DerechoUC.

8. Cultura Genial. "Qué es El hombre es un animal racional," Cultura Genial, ultimo acceso 20 de diciembre de 2024, <https://www.culturagenial.com/es/el-hombre-es-un-animal-racional/>.

ha producido, de modo paralelo, una deriva anti humanista y negadora, en definitiva, de la dignidad de la persona humana en cuanto realidad efectiva, fundada y justificada racionalmente.⁹

A partir de dichas ideas se puede manifestar que el hombre presenta una condición animal y social que aplica política, en ese sentido, toma decisiones. Por ello, su medio de manifestación no solo es la razón sino también la palabra como modo de manifestación de sus ideas, para expresar lo bueno o lo malo, lo favorable o perjudicial, así como lo justo y lo injusto. O sea, es mediante la palabra que el hombre distingue y expresa el bien y el mal; situación que nos distancia en razón de los otros animales.

Aquí, es importante hacer una aclaración sobre la *dignidad*, a partir de la Dignitas Infinita: "Dignidad es una palabra que se reserva al ser humano (...), portador de una dignidad infinita e intrínseca (...) para los animales, en cambio, hablamos de una *bondad cultural*, pues ellos reflejan, cada uno a su manera, un rayo de bondad y sabiduría (...), su existencia tiene sentido no solo en función del ser humano, sino también con un valor propio".¹⁰

La razón por la cual el hombre es un ser social, más que cualquier animal gregario es evidente. La naturaleza, como decimos, no hace nada en vano, y el hombre es el único animal que tiene palabra. Pues la voz es signo del dolor y del placer, y por eso la poseen también, los demás animales (...). Pero la palabra es para manifestar lo conveniente y lo perjudicial, así como lo justo y lo injusto.¹¹

También lo ha manifestado el filósofo y jurista Jeremías Bentham, quien precisa que: "La máxima felicidad del mayor número es la medida de lo bueno y lo malo. Pues la acción moralmente justa es aquella que tiende a la máxima felicidad, que se define como un estado de placer y ausencia de dolor".¹²

9. Carlos Ignacio Massini Correas, "Sobre dignidad humana y Derecho: La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el Derecho," *Prudentia Iuris* 83 (2017): 49–72, <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2808>.

10. Dicasterio para la Doctrina de la Fe, *Dignitas Infinita: Declaración sobre la Dignidad Humana* (Ciudad del Vaticano: Santa Sede, 8 de abril de 2024) <https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2024/04/08/080424c.html>.

11. Aristóteles, *La Política* (Ediciones Iliada), <https://www.isliada.org/libros/politica-aristoteles/>.

12. José Tasset, "La ética utilitarista de Jeremy Bentham: del Ser al Deber Ser," *Télos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, (2020), https://www.academia.edu/62284222/la_%c3%89tica_utilitarista_de_jeremy_bentham_del_ser_al_deber_ser_1.

Es decir, es moral todo aquello que nos produce placer sin el mínimo grado de dolor.

Por ende, debemos conocer como ha venido evolucionando el razonamiento del hombre en reconocimiento de lo que es moral y la salvaguarda de su dignidad, pues este principio abstracto, el cual según Boecio informa, que: "Una persona es una sustancia individual de naturaleza racional. En otras palabras, hay una dignidad ontológica, por la que todo lo que existe en cuanto distinto de la nada, tiene valor, y una dignidad moral, propia de las personas a nivel contemporáneo".¹³

Pues incluso, nos animaríamos a decir que el ser humano presenta una condición predilecta, que a nivel individual es reconocida y favorecida por su propia situación, y que como tal esta llamada a proteger derechos de terceros como propios. Pues esa es la calidad de una persona moralmente digna.

Puesto que según el planteamiento del filósofo y escritor lituano Enmanuel Lévinas indica, que: "La ética es la filosofía primera; es decir, la realidad básica del ser humano es su naturaleza moral".¹⁴

A nivel de las tradiciones clásicas de la filosofía moderna podemos citar a Kant y a nivel contemporáneo a Rawls quienes tratan de aproximarse a la idea de persona.

Para Kant, el ser humano es un ser que se distingue por sus diferentes capacidades que van desde la posibilidad de pensar, actuar o manifestarse acorde a su sistema de valores morales o principios. Por ende, la persona al presentar una condición que opera desde la razón es consciente de sí misma para poder elegir entre diferentes opciones o situaciones que le permiten gozar de autonomía siendo responsable de sus acciones.

13. Gabriel Martí Andrés, "Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada. Metafísica y Persona," Filosofía, conocimiento y vida 1, no. 1 (2009). <https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Fdigitalnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F6509963.pdf&psig=AOvVaw3w2kkVjOXYIEM2gfasdYrb&ust=1742392889189000&source=images&cd=vfe&opi=89978449&ved=0CAcQr5oMahcKEwiorl2b5ZOMAxUAAAAHQAAAAQBA>.

14. Dicasterio para la Doctrina de la Fe, "Dignitas Infinita."

Según Kant, el ser humano es un ser libre con la capacidad de dirigirse racionalmente en un sistema de vida moral, autónomo de las situaciones que lo rodean. En su teoría *La Ética* manifiesta continuamente que el hombre es un *fin en sí mismo*, con lo cual conceptualiza al ser humano. Además, manifiesta que el hombre no puede ni debe ser instrumentalizado para conseguir ciertos fines, sino que más bien este es un fin en sí mismo. Siendo que de ahí proviene su dignidad; de su cualidad fin en sí mismo como persona, que lo hace auténtico, autónomo, e irremplazable, con una cualidad invaluable que se denomina *dignidad*.¹⁵

Por todo ello, la idea de *La Ética kantiana* está situada o sostenida sobre la concepción de la dignidad humana que se traduce como la perteneciente a seres humanos moralmente racionales. Pues para Kant, la calidad de persona nos brinda una apreciación intrínseca e invaluable que no puede ser utilizada o instrumentalizada para lograr ciertos fines.

Por su parte, Rawls, manifiesta que: "Pues, los vínculos personales con la cultura son, por lo general, demasiado fuertes para ser rescindidos, algo que no debe lamentarse. Deberíamos operar con la asunción de que la gente querrá vivir y trabajar en su propia cultura societaria y de que ésta le proporcionará el contexto en ejercer su libertad y su elección personal".¹⁶

Hasta este punto, a nivel contemporáneo, creemos que los planteamientos de Kant y Rawls pueden ser reforzados, pues dichos razonamientos expresan que la cualidad de la cual gozamos está fuera de nosotros, refiriéndonos a esa cualidad digna, y que son expresiones identificables a priori del ser humano dotado de razón entre los que la tienen y frente a los que no la tienen.

Con todo ello se podría comprender que Kant y Rawls establecen que la dignidad del ser humano corresponde a nuestra estructura biológica y esta es conforme se han organizado nuestras sociedades, tal y como las percibimos. Aunque ¹⁷citando a Chávez-Fernández, expresa que la naturaleza humana, lo

15. Luis Felipe Martí Borbolla, "La dignidad humana en Kant," IPADE, 27 de junio de 2023, <https://www.ipade.mx/newsmedia/factor-humano/la-dignidad-humana-en-kant/>.

16. Will Kymlicka, Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías (Clarendon Press, 1996), https://books.google.cl/books/about/Multicultural_Citizenship.html?id=eiRqsXrJo1UC&redir_esc=y.

17. Chávez-Fernández Postigo, José Carlos. 2023. "Dignidad Humana E Injusticia Extrema. Distintas tradiciones iusfilosóficas en diálogo". *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, n.º 48 (junio):36-59. <https://doi.org/10.7203/CEFD.48.25530>.

único realmente capaz de hacernos a todos, sin importar nuestras enormes diferencias biológicas, psicológicas o sociales, es ser igualmente humanos. Pues según Finnis, la vida, la verdad y la armonía interpersonal como tales, son todos bienes humanos básicos, que brindan razones para fomentar y respetar a la comunidad, no solamente al nivel de relaciones conyugales o de vecindad inmediata, sino al nivel de la política, del Estado.¹⁸

En esa misma línea se ha podido comprender que la noción de *persona* no solo es moral, pues también es judeocristiana ya que presenta el aval de esta última al referirnos a nociones de ética y dignidad como expresión de la persona.

Estas ideas que conciernen al ser humano también son posibles de comprender a partir de su origen Abrahámico y que se expanden con la calidad religiosa que trae la iglesia católica la cual plantea, a partir de la Biblia, que el hombre es creado a imagen y semejanza de Dios, pero sobre todo que es creado como un sujeto libre y responsable de sus actos, pues goza de libre albedrío.

Hasta aquí, podemos referir que esta concepción iusnaturalista de la dignidad humana concebida a partir de la tradición aristotélica, puede ser entendida como una concepción *ius* filosófica, desde la perspectiva de la fortaleza de la tesis sobre la naturaleza humana que asume, pero siempre que se admita también que esa fuerza permite justificar suficientemente la que se exige comúnmente para el cumplimiento de los derechos humanos.¹⁹

1.2 Antecedentes de la presencia humana en ChatBots: avatares con Inteligencia Artificial Generativa

1.2.1 Avatar: concepción informática y fílmica

Debemos empezar diciendo que avatar en castellano puede tener diferentes acepciones, pues estas pueden estar referidas a un acontecimiento, algún hecho o suceso. Pero lo que debemos indicar puntualmente es que la referencia a la cual aludimos está dirigida a su acepción informática, la cual mediante un ele-

18. John Finnis, "Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales," *Persona y Derecho* 28 (1993): 9-26.

19. Chávez-Fernández Postigo, "Dignidad Humana e Injusticia Extrema."

mento gráfico identifica y personaliza a un usuario de alguna red social o servicio de comunicación digital para recrearlo con movimientos en una versión digital.

Bien podemos indicar que *Avatar* también es un film cuyo nombre es el mismo y ha sido escrito, dirigido y producido por el cineasta James Cameron, quien logró que dicha película se convirtiera en una de las más taquilleras de la historia por la gran cantidad de dinero recaudado. Esta trama narra la historia de Pandora, una luna de un planeta llamado *Polifemo* donde moran los *na'vi*. Estos seres extraterrestres están en conflicto con los seres humanos ya que viven sobre un yacimiento de un mineral que podría resolver los problemas de energía de la Tierra. Es en este escenario que un grupo de científicos crean el programa *Avatar*, el cual permite transportar la mente de los seres humanos a cuerpos artificiales de los *na'vi* para interactuar en Pandora.²⁰

Por todo ello, debemos precisar que el significado de la palabra *avatar* en la presente investigación está referido a aquel gráfico humano recreado con movimientos en una versión digital y que nos permite interactuar en una red social o espacio de la internet.

1.2.2 El ChatBot: un programa informático con respuestas humanas

Debemos indicar que un ChatBot es parte de un programa informático inteligente que no solo emula, sino que también emite opiniones y respuestas en una conversación o comunicación que se pueda establecer con dicho programa.

Lo llamativo de todo esto resulta que en un principio solo se esperaba que este sistema operativo fuera un asistente, pero con el paso del tiempo ha resultado ser un almacenador de información o de datos de un usuario que luego podría ser utilizado con fines de recrear las opiniones o preferencias de una persona fallecida.

Según se ha podido conocer respecto al uso de chatbots estos han sufrido algunos cambios importantes a lo largo de su existencia, pues en un inicio solo nos asistían mediante textos en un intercambio de mensajes entre la persona y el programa o el software, aunque ahora también es posible que nos asistan mediante mensajes de voz.

20. Julián Pérez Porto and María Merino, "Avatar - Qué es, en la religión, en la informática y usos," Definicion.de, última modificación el 19 de agosto de 2024, <https://definicion.de/avatar/>.

Por ello, para una definición más precisa, Pérez Porto, indica que: "Al ChatBot también se lo conoce como *bot conversacional* o *bot de charla*. En este punto es importante indicar que se llama bot a la aplicación que puede repetir automáticamente ciertas tareas gracias a una serie de funciones que se le asignaron previamente".²¹

Respecto de la manera en que opera un ChatBot debemos indicar que este simula y recoge conversaciones de personas, es decir es un almacenador de opiniones, sugerencias o consultas. De esta forma, cualquier persona puede intercambiar mensajes escritos u orales con dicho dispositivo de modo tan real como lo haría con alguna otra persona.

A la fecha, los chatbots han avanzado, pues es posible que dicho software procese el lenguaje natural, que además interprete el contexto real de una situación o conversación y que en base a las mismas emita respuestas u opiniones de las preguntas o consultas que recibe. Todo ello, operado con Inteligencia Artificial.

Es importante aclarar que el ChatBot es solo un asistente, no goza de razón o de la facultad de razonar, no presenta emociones o sentimientos, sino que sus opiniones, consultas o respuestas están establecidas de acuerdo a las preguntas que se le hace. Todo ello es totalmente independiente al hecho de que alguien pueda sentir empatía por parte de dicho software respecto de las respuestas u opiniones que reciba.

1.2.3 El caso Microsoft

Durante el año 2021, la *Revista Forbes* anunció que la compañía internacional Microsoft había iniciado el trámite para obtener licencias o permisos para generar interacciones virtuales con personas fallecidas a través de chatbots, esto además sería posible con la utilización de datos almacenados en los diferentes espacios de la Web o la Internet para así replicar ideas o discursos generales en las redes sociales como mensajes instantáneos mediante aplicaciones que estarían respaldadas con la intermediación de personas fallecidas o desaparecidas

21. Pérez Porto y Merino, "Avatar."

a partir de fotografías o imágenes que evidencian inconfundiblemente que se trata de la persona a la cual ansían reencontrar.

A partir de este hecho se ha podido conocer que la forma en que estos bots se entrenan y actúan es debido a una recopilación de información que se almacena, se procesa y se recrea en una interacción habitual con personas vivas, puesto que incluso los permisos solicitados por parte de Microsoft han considerado la posibilidad de llegar a aquellas personas que desean dejar más huellas o rastros digitales ampliando así la data de información de manera más completa o exacta para posteriormente ser reproducidas por un bot cuando estas fallezcan, previo consentimiento.

Con todo esto se trata de demostrar el empeño que compañías internacionales como Microsoft empiezan a tener respecto de la efectividad comunicacional con chatbots donde además se puede identificar el trabajo dedicado a lograr la igualdad de rasgos entre la persona fallecida y el bot referidos a la igualdad de la voz, las expresiones corporales, la dicción para conversar o hablar articulando un lenguaje coherente, lógico o bien armonizado, además de la formalidad o informalidad para tratar asuntos habituales del día a día.

A la fecha vamos dando cuenta de los varios programas que reproducen la voz, la imagen, las ideas de algún personaje conocido siendo que incluso estos hechos ya se replican en el cine o la televisión, lo cual conlleva a que la ciudadanía pueda ir conociendo de cerca estos avances tecnológicos de una manera no antes vista, aunque para las próximas generaciones esto se vaya a convertir en algo tradicional en sus estilos de convivencia.

Puesto que, en este año 2025, es decir en este primer cuarto de siglo, se ha indicado que los niños nacidos entre 2025 y 2039 corresponden a la Generación Beta, pues será la primera en pertenecer y crecer completamente en un mundo digital dominado por la Inteligencia Artificial y la Inteligencia Artificial Generativa como tecnologías avanzadas sin precedentes por lo que la cultura educativa, moral y social deben moldear valores y comportamientos únicos para que el respeto por los derechos humanos y la protección de la dignidad sea

una constante como norma suprema en las cartas constitucionales y tratados supranacionales.

A nivel de Apps muy populares encontramos a ChatGPT, el cual permite sintetizar la información algorítmicamente brindando respuestas con un gran nivel de efectividad en un espacio de tiempo célere que facilita la búsqueda de información de manera ágil y sencilla.

Además, otros programas como DeepFake, el cual es un software que permite crear imágenes, videos con caras o rostros nuevos y falsos de persona, a la fecha este software es catalogado como malicioso debido a su uso para fines delictivos ya que actualmente este programa no presenta regulación normativa como otros tantos. Véase el caso de programas como: el Método de Pishing, Ransomware, Malware, Ataques DDOS, Insider Threats, Sharenting, Scraqueo o suplantación de identidad, y demás.

Todos estos avances son cada vez más sofisticados y entrañan mayores esfuerzos para que se utilicen como una tecnología favorable para las personas, puesto que podemos citar algunos ejemplos como Adobe, VoCo o ISpeech, los cuales imitan la voz de una persona con exactitud. Pero, para que estos programas operen solo basta que estos softwares obtengan un audio o un vídeo del fallecido para generar la voz artificial de quien se le podría volver a escuchar su voz de manera auténtica, aunque ya no esté vivo.

Por ello, es prioritario que se comience a tratar normativamente este asunto del cual encontramos amplias bondades para con la investigación, la docencia, las nuevas formas de vida cada vez más ágiles y sencillas, ya que estos avances tecnológicos nos pueden asistir en tareas domésticas como laborales o de tipo recreativo, llegando a replicar la imagen de algún ser especial con la posibilidad de interactuar con este oyéndole hablar digitalmente.

Contrariamente, estas tecnologías también representan una amenaza para las personas ya que podrían perjudicarlas a partir de delitos digitales o virtuales como la estafa cibernética, robo de información, suplantación de identidad, inducción a errores programáticos, entre otros.

Por esto, tal y como se ha definido por parte de la *XLVIII Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales*, en su Carta Fratelli Tutti: “Es necesario verificar constantemente que las actuales formas de comunicación nos orienten efectivamente al encuentro generoso, a la búsqueda sincera de la verdad integra, al servicio, a la cercanía con los últimos, a la tarea de construir el bien común”.²²

1.2.4 La televisión y los ChatBots: el capítulo de la serie *Black Mirror* “I will be back”

Debemos indicar que *Black Mirror* es una serie inglesa transmitida a nivel mundial por diferentes plataformas digitales como Netflix, esta serie muestra el lado oscuro de los espacios digitales, pues desde su traducción al castellano puede comprenderse que su denominación responde al nombre del *Espejo Negro*, donde se identifican aquellos problemas emocionales o psicológicos que afectan a las personas en su vida diaria al interactuar con las diferentes plataformas de la Web.

Por ello, esta serie trata de exponer crueldades y realidades digitales reales a partir de la influencia de las redes sociales, el desarrollo de la Inteligencia Artificial o la Inteligencia Artificial Generativa, así como la deshumanización de las personas, la cultura anómala de la justicia por propia mano, y demás.

Por ende, en el primer capítulo de la segunda temporada de esta serie, denominada: *I will be back* (traducida al castellano como: *estaré de regreso*). Se muestra a una joven pareja, protagonizada por Martha y Ash. Ash es el peculiar muchacho dedicado a las redes sociales, pues publica todo lo que le acontece y está atrapado por estas sin que él pueda notarlo.

Esta manera de vivir ha consumido a Ash hasta el punto que personas de su entorno comienzan a catalogarlo como un adicto a las redes sociales; por ello, Martha le ha tratado de demostrar que cuando requiere de su tiempo no

22. Francisco (Papa). “Mensaje del Santo Padre Francisco para la XLVIII Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales: Comunicación al servicio de una auténtica cultura del encuentro” (Ciudad del Vaticano, 1 de junio de 2014). https://www.vatican.va/content/francesco/es/messages/communications/documents/papa-francesco_20140124_messaggio-comunicazioni-sociali.html.

le es posible obtener su atención porque simplemente él está dedicado a su teléfono inteligente.

Durante el desarrollo de la serie Ash sufre un accidente de tráfico vehicular y muere. Posterior a la muerte de Ash, Martha queda rotundamente entristecida y solo quiere aislarse de todo y mantenerse a solas mientras conlleva su dolor. Pero recuerda que, durante el funeral de su novio, una amiga le mencionó de una llamativa App llamada *Devolvernos*, aplicación que podría ayudarla a sobrellevar su dolor para así reencontrarse con Ash y poder conversar con este mientras su imagen es proyectada en una pantalla.

Dicha aplicación conmueve a Martha, pues por medio de esta ha sido posible reproducir en imagen o audio y video a su novio, aunque previamente ha tenido que valerse de fotos, mensajes en diferentes plataformas en que mantenía comunicación con su fallecido novio, además de algunos videos u otros rastros digitales para replicar con exactitud los rasgos o gestos de Ash.

Lo cual, aunque haya sido una tarea exhaustiva, al final, le permitió sobrellevar su duelo, pues pudo escuchar palabras con la misma precisión discursiva que formulaba el desaparecido Ash, llevando incluso esta experiencia a otro nivel cuando logra comunicarse por teléfono con Ash mediante dicha aplicación.

En la Revista Diálogos del año 2024, referido a su versión titular *Para lograr la paz, trabajemos por la justicia*, el profesor Raúl Madrid, precisa que:

En este tipo de asuntos se requiere que la naturaleza humana este integrada también por un principio espiritual. Pues este es el único modo de reconducir la fragmentación de la identidad digital hacia un sujeto humano y permanente, ya que crear conversaciones a partir de registros de voz de personas fallecidas es una tarea, en principio, delicada y técnicamente compleja, que supone la síntesis de voz basada en Inteligencia Artificial.²³

23. Raúl Madrid, "Seminario Resurrección Digital, ¿Hacia un mundo más humano?," Programa de Derecho, Ciencia y Tecnología UC, video, 12 de octubre de 2023, YouTube, 1:02:27, <https://www.youtube.com/watch?v=4eVIn2h6G7I>.

1.3 Dignidad póstuma como locución de la dignidad infinita

Lo presentado anteriormente nos permite entender que la dignidad del causante (fallecido) o desaparecido trasciende del plano real al panorama digital y de que la dignidad de la cual hablamos se sostiene en el tiempo, ya que subsiste a pesar de que su titular ya no tenga vida humana, aunque si presente vida virtual, una existencia póstuma, una dignidad infinita.

Así, en la medida en que ha sido creada a imagen de Dios, por una parte, la persona nunca pierde su dignidad y nunca deja de estar llamada a abrazar libremente el bien; por otra parte, en la medida en que la persona responde al bien, su dignidad puede manifestarse, crecer, y madurar libremente, dinámica y progresivamente.²⁴

Retomando la idea judeocristiana sobre la dignidad humana, esta guarda una connotación metafísica, sobrenatural, si se quiere, que llega o alcanza a los fueros espirituales, los cuales interactúan con el Derecho Natural, pero sobre todo con la idea de Dios. Pues, tal es así que, los comportamientos del hombre pueden ser calificados de moral o inmoral siendo que al primero le alcanza una cualidad de digno. "Como corolario de la cuestión ética, también es posible advertir un conjunto de problemas jurídicos asociados con esta *resurrección*, que configura el aspecto operativo de la dignidad moral antes mencionada; es decir, el modo en que se hace valer dicha dignidad sobre la base de la identidad de un sujeto que ya no existe".²⁵

Desde una mirada ética ya se anuncian discrepancias respecto de *la vuelta a la vida* de forma digital, referida a la protección de los derechos de una persona fallecida o desaparecida. Así también, desde el Derecho Civil, referido a cuestiones de representación post mortem donde surge la duda de quién o quiénes tendrían derechos sobre dichos datos que a la fecha permanecen en la Internet.

Al respecto la regulación sobre este asunto es nula, pues no se ha avanzado normativamente en lo concerniente a la representación hereditaria de datos

24. Dicasterio para la Doctrina de la Fe, "Dignitas Infinita."

25. Madrid, "Seminario Resurrección Digital."

personales de un tercero para el uso, disposición, o transmisibilidad de datos personales en el ámbito digital.

Esta nueva perspectiva de la vida digital denominada *Dignidad digital póstuma* trae nuevas exigencias jurídicas, las cuales deben ser atendidas ya que su pronta regulación normativa permitiría que los herederos del causante o desaparecido exijan la protección, salvaguarda o reconocimiento de los datos que se utilicen en Internet y así los tribunales de justicia sepan cómo resolver estas causas ante posibles afectaciones a la dignidad de una persona fallecida o desaparecida.

Por ello, consideramos que para cumplir con esta tarea se requiere de estudios o aportes interdisciplinarios, puesto que desde el Derecho podríamos reconocer la importancia de regular la protección de la personalidad y sus atributos (nombre, imagen, honor y reputación), los cuales son elementos integrantes de la dignidad digital póstuma del ser humano y el reconocimiento de derechos subjetivos de los herederos del causante.

Confiamos en que también es necesaria la participación de otras disciplinas que estudien los comportamientos humanos como la sociología o la teología, pues esta última disciplina reconoce que el cuerpo humano tiene un elemento espiritual que es perenne incluso después de la vida. Todo lo cual nos permitiría configurar la existencia de la vida digital post mortem asistida con Inteligencia Artificial Generativa desde una actuación moral.

1.4 Consideraciones éticas por parte de la UNESCO y de la A.I. Act. de la Unión Europea

1.4.1 Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial

En París, Francia, el 23 de noviembre del año 2021, se aprobó el instrumento en calidad de Recomendaciones sobre la Ética de la Inteligencia Artificial, el cual, en su preámbulo, precisa lo siguiente:

Recomendación que aquí se presenta, *en su calidad de instrumento normativo* elaborado mediante un enfoque mundial, basado en el derecho interna-

cional y centrado en la dignidad humana y los derechos humanos, "...", puede dar una orientación responsable a las tecnologías de la I.A.

Observando que el hecho de tener en cuenta los riesgos y las preocupaciones éticas no debería obstaculizar la innovación y el desarrollo, sino más bien ofrecer oportunidades y estimular una investigación y una innovación realizadas de manera ética que afiancen las tecnologías de la I.A. en los derechos humanos y las libertades fundamentales, los valores, los principios y la reflexión moral.²⁶

A nivel preliminar, estas recomendaciones dan cuenta del importante avance de la I.A. y de la necesidad de que éstas estén al servicio de la humanidad tratando de que en todo momento los derechos humanos y las libertades fundamentales no se vean trasgredidas y de que más bien vayan de la mano con el desarrollo de la I.A. a la cual no se le buscaría limitar sino más bien afianzar en pro de la dignidad de la persona desde una mirada ética.

Además, es importante precisar que el uso de la I.A. no debería entrañar la cosificación de las personas, pues estos nuevos avances deberían más bien permitirnos acercarnos a más comunidades sin ningún tipo de prejuicios, algo que quizás no se ha logrado en el plano real y que actualmente la ciencia y la tecnología nos permiten concebir un mundo digital quizás más democrático y accesible a todos.

Art. 15. Las personas pueden interactuar con los sistemas de I.A., a lo largo de su ciclo de vida y recibir su asistencia, por ejemplo, para el cuidado de las personas vulnerables o en situación de vulnerabilidad, incluidos, entre otros, los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad o los enfermos. En el marco de esas interacciones, **las personas nunca deberían ser cosificadas**, su dignidad no debería ser menoscabada, y sus derechos humanos y libertades fundamentales no deberían ser objeto de violación o abusos.²⁷

Así también, debemos indicar que, aunque no se haya considerado qué debería ocurrir con la imagen, el honor, el nombre, y la reputación como elementos componentes de la identidad o atributos inherentes de la persona y que deben ser tutelados para la protección integral de la dignidad del ser humano fallecido,

26. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, "Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial," 23 de noviembre de 2021, <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/recommendation-ethics-artificial-intelligence>.

27. UNESCO, "Recomendación sobre la Ética."

el presente instrumento sobre Recomendación de la Ética de la Inteligencia Artificial precisa en su último apartado, lo siguiente:

VIII. Disposiciones finales. Art. 141. Ninguna disposición de la presente Recomendación podrá interpretarse como si reemplazara, modificara o menoscabara de cualquier otra manera las obligaciones o los derechos de los Estados con arreglo al derecho internacional o como si autorizara a un Estado, otro agente político, económico o social, grupo o individuo a emprender actividades o realizar actos que sean contrarios a los derechos humanos, las libertades fundamentales, la dignidad humana y el respeto del medio ambiente y los ecosistemas, **tanto vivos como no vivos.**²⁸

Pues resulta importante que en la última línea de las disposiciones finales de este cuerpo normativo se haya considerado tanto a los seres que componen los ecosistemas vivos como no vivos; pues si bien es cierto que la dignidad humana se encuentra reconocida en la gran mayoría de constituciones del mundo esta no presenta una protección de tipo legal más si una protección jurisprudencial, la cual se ha contemplado, por ejemplo, mediante acciones de amparo en la gran parte de países de América Latina. Con lo cual creemos que se amerita la protección de este principio y derecho fundamental a través de una regla normativa para la tutela de la dignidad de las personas fallecidas en el ámbito digital cuando sean recreadas en avatars y asistidas por el uso de chatbots.

1.4.2 Ley de I.A. de la UE: normativa sobre Inteligencia Artificial

El uso de la I.A. en el continente europeo ha merecido la regulación de la misma mediante la dación de la primera ley en el mundo que regula dicha materia, pues como parte de un trabajo organizado por diferentes países de occidente en el año 2020 se emitió la Ley N.º 1828 (Ley de Inteligencia Artificial) y fue durante el mes de abril del año 2021 que se ha llevado a cabo una extraordinaria estrategia digital que permite establecer la entrada en vigencia de dicha normativa y regular la I.A. para así garantizar condiciones de desarrollo y uso de esta tecnología innovadora.²⁹

28. UNESCO, "Recomendación sobre la Ética."

29. Parlamento Europeo, *Ley de I.A. de la EU: primera normativa sobre Inteligencia Artificial*, 12 de junio de 2023, <https://www.europarl.europa.eu/topics/es/article/20230601STO93804/ley-de-la-de-la-ue-primer-normativa-sobre-inteligencia-artificial>.

Además, es a partir de la dación del Reglamento (UE) en el año 2024 con fecha de 13 de junio que mediante el Reglamento N.º 1689 del Parlamento Europeo y del Consejo que la Ley de I.A. entró en vigencia en el mes de agosto del año 2024, y que será aplicable dos años después (agosto de 2026), en la cual se establecen parámetros para abordar los riesgos de la I.A., lo cual posiciona a Europa como el continente pionero en atender la regulación de dicha materia de la cual se cree coadyuvaría a atender diversos problemas sociales como de seguridad, salud, investigación científica, educación, y demás.³⁰

Puesto que el propósito de dicha regulación es fomentar el uso de una I.A. confiable, accesible y segura con un marco jurídico integral que permita identificar situaciones como riesgos menores hasta los riesgos no aceptables, privilegiando así la conservación de derechos de las personas, además que la salvaguarda de su dignidad³¹. Todo ello con miras a preservar íntegramente la dignidad, en todo tiempo (incluso después de fallecidos o desaparecidos), en todo contexto, frente a los cambios sociales o las innovaciones de la ciencia y la tecnología las cuales deban ayudarnos a enmendar errores y así también a conservar nuestra condición de personas, como seres humanos dignos.

CONSIDERACIONES FINALES

La dignidad humana trasciende en toda época y en todo contexto, además presenta una connotación objetiva que es importante tutelar, la cual serviría para regular el uso de avatars que mediante chatbots utilicen la imagen, la voz, o las ideas de personas fallecidas.

La dignidad humana se encuentra reconocida en la gran mayoría de constituciones del mundo, pero actualmente esta no presenta una protección de tipo legal más si una protección jurisprudencial que se ha contemplado por ejemplo mediante acciones de amparo en la gran parte de países de América Latina. Con

30. Comisión Europea, *Dar forma al futuro digital de Europa: Ley de I.A.*, 30 de marzo de 2025, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai>.

31. Unión Europea, *Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Inteligencia Artificial*, 12 de julio de 2024, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng>.

lo cual creemos que se amerita la protección de este principio (que también es un derecho fundamental) a través de una regla normativa para la tutela de la dignidad de las personas fallecidas cuando se perjudique la misma al haber sido recreadas en avatars y asistidas por el uso de chatbots.

A la fecha, a nivel mundial solo el continente europeo ha avanzado en una legislación para atender el uso de la I.A., y solo la UNESCO ha brindado alcances éticos para hacer uso de estas nuevas tecnologías mientras aún no existan leyes o mientras aún no se apliquen, lo cual da muestra de la importancia de investigar, discutir, proponer límites o parámetros para preservar la dignidad de la persona, incluso si esta es fallecida o desaparecida.

La tecnología ha de estar al servicio de la dignidad humana y no perjudicarla, y si ha de promover la paz en lugar de la violencia, pues la comunidad humana debe ser proactiva a la hora de abordar estas tendencias respetando la dignidad humana y promoviendo el bien.

El uso de la Inteligencia Artificial o la Inteligencia Artificial Generativa deben permitirnos preservar nuestra esencia especial y espiritual, la cual nos caracteriza y es trascendental en toda época, en todo contexto como lo es la dignidad humana.

Consideramos que la dignidad de la persona deba ser desarrollada más ampliamente a nivel de estudios como estos que quizás promuevan la idea de que a futuro estos conceptos merezcan tener el reconocimiento de textos constitucionales o normas supranacionales para comprender la protección de la dignidad digital póstuma recreada en avatars a partir del uso de chatbots.

REFERENCIAS

Andrés, Gabriel Martí. "Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada. Metafísica y Persona." *Filosofía, conocimiento y vida* 1, no. 1 (2009). <https://www.google.com/url?sa=i&url=https%3A%2F%2Fdigitalnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F6509963.pdf&psig=AOvVaw3w2kkVjO-XYIEM2gfasdYrb&ust=1742392889189000&source=images&cd=vfe&opi=89978449&ved=0CAcQr5oMahcKEwior12b5ZOMAxUAAAAAHQAAAAQBA>.

Aristóteles. *La Política* (Ediciones Isliada 384-322 a. de C.). <https://www.isliada.org/libros/politica-aristoteles/>.

Borbolla, Luis Felipe Martí. "La dignidad humana en Kant." *IPADE*, 27 de junio de 2023. <https://www.ipade.mx/newsmedia/factor-humano/la-dignidad-humana-en-kant/>.

Chávez-Fernández Postigo, José Carlos. 2023. "Dignidad Humana E Injusticia Extrema. Distintas tradiciones iusfilosóficas en diálogo". *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, n.º 48 (junio):36-59. <https://doi.org/10.7203/CEFD.48.25530>.

Comisión Europea, *Dar forma al futuro digital de Europa: Ley de I.A.*, 30 de marzo de 2025, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-ai>.

Concha, Luis. "Inteligencia Artificial, enfoque de riesgos y responsabilidad civil: Aspectos centrales para una razonabilidad práctica." *Sapientia Iuris UC* 22, no. 1 (2024): 45-72.). DOI: 10.5281/zenodo.14735552.

Cultura Genial. "Qué es El hombre es un animal racional." *Cultura Genial*, ultimo acceso 20 de diciembre de 2024. <https://www.culturagenial.com/es/el-hombre-es-un-animal-racional/>.

Diario Constitucional. "Carlos Amunátegui, Derecho UC: Sobre el uso de la inteligencia artificial en el ámbito jurídico", 5 de febrero de 2024, video, YouTube, 00:00:00 <https://www.youtube.com/watch?v=V03oWAsSqsx>.

Dicasterio para la Doctrina de la Fe. *Dignitas Infinita: Declaración sobre la Dignidad Humana*. Ciudad del Vaticano: Santa Sede, 2024. <https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2024/04/08/080424c.html>.

Dignitas Infinita. "Declaración del Dicasterio para la Doctrina de la Fe: Sobre la Dignidad Humana." *Dignitas Infinita*, 08 de abril de 2024. <https://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2024/04/08/080424c.html>

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. "Dignidad humana." 29 de enero de 2020, video, YouTube, 00:00:00. https://www.youtube.com/watch?v=phx4dgvxc8M&ab_channel=DerechoUC.

Francisco (Papa). "Mensaje del Santo Padre Francisco para la XLVIII Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales: Comunicación al servicio de una auténtica cultura del encuentro" (Ciudad del Vaticano, 1 de junio de 2014). https://www.vatican.va/content/francesco/es/messages/communications/documents/papa-francesco_20140124_messaggio-comunicazioni-sociali.html.

Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Clarendon Press, 1996. https://books.google.cl/books/about/Multicultural_Citizenship.html?id=eiRqsXrJo1UC&redir_esc=y.

Madrid, Raúl. "Seminario Resurrección Digital, ¿Hacia un mundo más humano?" Programa de Derecho, Ciencia y Tecnología UC. Video. 12 de octubre de 2023. YouTube, 1:02:27. <https://www.youtube.com/watch?v=4eVln2h6G7I>.

Massini Correas, Carlos Ignacio. "Sobre dignidad humana y Derecho: La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el Derecho." *Prudentia Iuris* 83 (2017): 49-72. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2808>.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. 2021. "Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial." 23 de noviembre de 2021. <https://www.unesco.org/es/legal-affairs/recommendation-ethics-artificial-intelligence>.

Parlamento Europeo. *Ley de I.A. de la EU: primera normativa sobre Inteligencia Artificial*. 12 de junio de 2023. <https://www.europarl.europa.eu/topics/es/articled/20230601STO93804/ley-de-ia-de-la-ue-primer-normativa-sobre-inteligencia-artificial>.

Pérez Porto, Julián, and María Merino. "Avatar - Qué es, en la religión, en la informática y usos." Definicion.de. Última modificación el 19 de agosto de 2024, <https://definicion.de/avatar/>.

Ricardo Garzón Cárdenas, "Interacción de inteligencias artificiales", Facebook, 24 de diciembre de 2024, <https://www.facebook.com/@ricardo.g.cardenas.9/>.

Tasset, José. "La ética utilitarista de Jeremy Bentham: del Ser al Deber Ser." *Télos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, (2020). https://www.academia.edu/62284222/la_%c3%89tica_utilitarista_de_jeremy_bentham_del_ser_al_deber_ser_1.

Unión Europea, *Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Inteligencia Artificial*, 12 de julio de 2024, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj/eng>.

Received on 07/01/2025

Approved on 10/03/2025

MODELIZACIÓN REGULATORIA:

palpitando la influencia de la digital services act en América Latina¹

Matías González Mama²

Ramiro Álvarez Ugarte³

RESUMEN: Este artículo presenta a la Digital Services Act (DSA) de la Unión Europea como posible candidata a un proceso de *modelización regulatoria*, uno de los mecanismos a través de los cuales las leyes de un país o una región migran a otras latitudes. Se trata de un fenómeno global relativamente usual, que permite predecir ciertas dinámicas, como la prevalencia de países centrales o las ventajas de quienes actúan primero. En este trabajo partimos de la hipótesis de que la DSA se convertirá en un modelo regulatorio en América Latina, y recabamos evidencia parcial en ese sentido. Mediante el análisis comparativo de algunos proyectos de ley que se han presentado en distintos países de la región en los últimos años, mostramos que los mismos muestran huellas claras de la influencia de la DSA en la imaginación de los legisladores que los impulsaron. Consideramos demostrado, entonces, que el proceso de modelización que predecimos se encuentra en marcha, en una etapa temprana. Para concluir, advertimos sobre algunos problemas o desafíos que presentan este tipo de procesos: la necesidad de atender a la infraestructura institucional de los países receptores del proceso migratorio (que en este caso es, en cada país, notablemente diferente a las instituciones reguladoras europeas); la necesidad de dar cuenta de los estándares de protección de la libertad de expresión de América Latina (parcialmente diferentes a los estándares europeos); y—por último—la necesidad de ser prudentes ante una norma novedosa, de escaso recorrido, que puede aún tener problemas que la práctica no ha revelado.

PALABRAS CLAVE: Regulación; gobernanza de Internet; Digital Services Act.

REGULATORY MODELING: TRACING THE INFLUENCE OF THE DIGITAL SERVICES ACT IN LATIN AMERICA

ABSTRACT: This article presents to the Digital Services Act (DSA) of the European

1. M. G. Mama, R. Á. Ugarte, "Modelización regulatoria: palpitando la influencia de la digital services act en América Latina," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 400 et seq.
2. Investigador senior y Coordinador del Observatorio Legislativo del CELE de la Universidad de Palermo. Ha traducido los libros *Desarrollo Indígena. Una promesa esquiva* y *Los Límites de la Representación*. Es co-editor del tópico Media and Big Tech Governance for the Public Sphere para el Journal *Frontiers in Communications*. <https://orcid.org/0009-0009-3316-3213>.
3. Investigador senior y vicedirector del Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE) de la Universidad de Palermo. Docente de derecho constitucional (JTP) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigador postdoctoral del Instituto de Investigaciones Políticas (IIP) de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM). <https://orcid.org/0000-0002-4180-6268>.

Union as a possible candidate for a process of *regulatory modeling*, one of the mechanisms through which the laws of a country or a region migrate to other latitudes. It is a relatively usual global phenomenon, which allows us to predict certain dynamics, such as the prevalence of central countries or the first-mover advantage. In this paper we start from the hypothesis that the DSA will become a regulatory model in Latin America, and we collect partial evidence in that regard. Through the comparative analysis of some bills that have been introduced in different countries of the region in recent years, we show that they show clear traces of the influence of the DSA in the imagination of the legislators who promoted them. We consider, then, that the modeling process that we predict is underway, at an early stage. To conclude, we warn about some problems or challenges involved in these types of processes: the need to be aware of the institutional infrastructure of the receiving countries (which is, in each country, notably different from European regulatory institutions); the need to account for the Inter-American human rights standards on freedom of expression (partially different from the European standards); and finally the need to be cautious before a novel norm, recently adopted, which can have problems that the practice has not revealed.

KEYWORDS: Regulation; Internet governance; Digital Services Act.

ÍNDICE. Introducción; 1. La DSA y el cambio de paradigma; 2. Mecanismos de globalización regulatoria; 3. Indicios de modelización de la DSA en América Latina; 3.1 Brasil; 3.2 Costa Rica; 3.3 Argentina; 3.4 Chile; Consideraciones finales; Referencias.

INTRODUCCIÓN

Desde sus comienzos, Internet ha funcionado de manera descentralizada bajo la premisa de que mientras menos regulada esté mayor innovación y proliferación de ideas habrá en la red. Esa arquitectura y el diseño original siempre hizo que su regulación fuera difícil⁴ aunque no imposible.⁵ El paradigma regulatorio que gobernó sus primeros años se inclinó, sin embargo, a la innovación y al libre flujo de información bajo la doble premisa de que ello era necesario para hacerla crecer y generar alrededor de ella una verdadera industria proveedora de bienes y servicios.⁶ Ese modelo se encuentra actualmente en crisis. La aproximación original del *laissez-faire* de los Estados Unidos dio paso a un modelo diferente,

4. Lawrence Lessig, *Code*, Version 2.0 (New York: Basic Books, 2006), 32.

5. Jack L. Goldsmith y Tim Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World* (New York: Oxford University Press, 2006).

6. Jonathan Zittrain, *The Future of the Internet and How to Stop It* (New Haven, CT: Yale University Press, 2008); Jeff Kosseff, *The Twenty-Six Words That Created the Internet* (Ithaca [New York]: Cornell University Press, 2019).

que actualmente emerge como paradigma alternativo y tiene por centro a la Unión Europea.⁷

En el presente artículo analizaremos la regulación europea, con un foco especial en la Digital Services Act.⁸ Nuestra hipótesis es que esta norma tiene el potencial de convertirse en un modelo regulatorio que otros países seguirán para modificar sus marcos legales desactualizados. Ello seguiría los patrones que Anu Bradford llamó *efecto Bruselas*—la influencia que tiene la Unión Europea (UE) en exportar con éxito sus regulaciones o estándares a otros países, ya sea porque ciertos países las importan expresamente o por el comportamiento generalizado de algunas empresas que ajustan su actividad a las normas de la Unión por las dinámicas propias de las economías de escala.⁹ Demostramos que la hipótesis es correcta mediante el análisis de algunos proyectos legislativos que han sido presentados en los últimos meses en algunos países de América Latina ¹⁰. Allí encontramos de manera clara indicios de que legisladores de la región ya se han inspirado en la DSA para redactar propuestas regulatorias. Si bien estas no han sido aún adoptadas por las diversas legislaturas, su existencia demuestra el potencial efecto *modelizador* que la DSA podría tener en la región.

El trabajo recurre a una metodología comparativa de revisión de proyectos legislativos. No indaga empíricamente en los mecanismos a través de los

7. Emily Laidlaw, "Mapping Current and Emerging Models of Intermediary Liability," *SSRN Scholarly Paper* (Rochester, NY: Social Science Research Network, June 15, 2019), <https://doi.org/10.2139/ssrn.3574727>. Giancarlo Frosio, "Regulatory Shift in State Intervention: From Intermediary Liability to Responsibility," in *Constitutionalising Social Media* (Oxford: Hart Publishing, forthcoming 2021).
8. European Commission, "Regulation (EU) 2022/2065 on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act)*," OJ L 277, 27 October 2022, 1–102, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>.
9. Anupam Chander, "Section 230 and the International Law of Facebook," *Yale Journal of Law & Technology* 24 (2022): 393, <https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/isp/documents/chander.pdf>.
10. Si bien nos referimos a América Latina como una región, debemos acotar el uso de este concepto en el marco de este trabajo. En efecto, esta investigación se basa en el Observatorio Legislativo del Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE), una iniciativa que—desde hace años—sigue la actividad legislativa de nueve países: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, y Perú. Aunque esta muestra es bastante representativa, el proyecto no observa—especialmente por razones de idioma—a los países de habla inglesa del Caribe. Nuestros argumentos, entonces, deberían limitarse a los países hispanohablantes de América Latina y a Brasil, incluido de manera expresa tanto en nuestro análisis como en el Observatorio Legislativo. Los casos que se analizan son, entonces, los supuestos en donde identificamos influencia de la DSA en proyectos de ley presentados en estos países.

cuales se produjo la influencia que documentamos, aunque la teoría sobre los mismos que estimamos relevante se discute en la segunda sección del trabajo. La influencia, en este sentido, simplemente se documenta, aunque futuras investigaciones podrían avanzar sobre los mecanismos precisos a través de los cuales ella se produjo en cada caso concreto. Los proyectos identificados que este trabajo trata como casos de estudio fueron identificados gracias a la labor de sistematización que realiza el *Observatorio Legislativo del CELE* [[^https://observatoriolegislativocele.com/](https://observatoriolegislativocele.com/)]. Procedemos de la siguiente manera. En la primera parte describimos las características centrales de la DSA, que—argumentamos—constituye un cambio de paradigma respecto del modelo anterior de regulación de Internet y las responsabilidades y prerrogativas de las empresas intermediarias. En la segunda parte repasamos la literatura sobre *modelización regulatoria*, que se enmarca en un marco conceptual y teórico más amplio vinculado a los procesos de globalización regulatoria.¹¹ En la tercera parte mostramos evidencia de que ese proceso se encuentra ya en marcha, al menos en los países de América Latina que hemos observado. Concluimos el trabajo con algunas advertencias respecto de los riesgos de la importación del marco regulatorio europeo sin una reflexión profunda sobre la infraestructura legal e institucional que recibiría esos trasplantes.

1. LA DSA Y EL CAMBIO DE PARADIGMA

En la década del 2000, el Parlamento Europeo sancionó la Directiva de Comercio Electrónico 2000/31/CE, con el objetivo de armonizar las condiciones bajo las que los intermediarios podían ser encontrados responsables por el contenido de terceros en el territorio de la UE.¹² Tuvo como propósito homogeneizar reglas que permitieran facilitar la prestación transfronteriza de servicios en línea y determinar las limitaciones a la responsabilidad de los proveedores

11. John Braithwaite y Peter Drahos, *Global Business Regulation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

12. Natasha Tusikov, *Chokepoints: Global Private Regulation on the Internet*, 1st ed. (Oakland: University of California Press, 2016).

de servicio e intermediarios en Internet. La norma incorporaba aspectos de la *Communication Decency Act* de 1996, la regulación de los Estados Unidos que había creado el principio de “no responsabilidad” de intermediarios por contenidos producidos por los usuarios. La DSA emerge veinte años después como un modelo alternativo que parece querer dejar atrás el modelo de *laissez-faire* anterior. Lo hace por dos razones. Por un lado, el continuo crecimiento del comercio electrónico y la economía digital a nivel global generó una importancia mayor de las empresas de Internet, tanto para la compra y venta de bienes y servicios como para la difusión de información y la conversación pública. Por otro lado, la crisis de desinformación desatada en 2016 alrededor de procesos electorales con resultados inesperados la elección de Donald Trump a la presidencia de los Estados Unidos y el referéndum sobre el Brexit en el Reino Unido generaron un nivel de ansiedad elevado entre las élites occidentales, que reaccionaron con leyes estrictas de control como la *NetzDG*¹³ en Alemania o la *Loi Avia*¹⁴ en Francia. La presión creciente de gobiernos occidentales, académicos, y sectores de la sociedad civil global empujaron a la Unión Europea a la acción y así se gestó la *Digital Services Act*.¹⁵

Esta nueva regulación tiene como objeto declarado brindar una mejor protección a los usuarios y a los derechos fundamentales en línea, así como establecer un marco de transparencia y rendición de cuentas para los intermediarios y proporcionar un marco único y uniforme en toda la UE.¹⁶ La DSA establece diferentes categorías de sujetos alcanzados por la norma, y adopta un criterio cuantitativo de acuerdo al cual las empresas de mayor tamaño (más de 45 millones en la Unión) son sometidas a requisitos más estrictos. Como en el caso de la Directiva de Comercio Electrónico 2000/31/CE, la DSA recepta la *inexistencia de una obligación general de monitoreo*.¹⁷ Pero, a su vez, establece obligaciones

13. Deutscher Bundestag, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, BGBl. I S. 3352 (2017), <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/index.html>.

14. Legislature du France, Loi No. 2020-766 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet.

15. European Commission, Digital Services Act.

16. European Commission, “Questions and Answers on the Digital Services Act” (February 2024), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_2348.

17. European Commission, Digital Services Act, artículo 8.

en torno a las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos¹⁸ y a las órdenes de entrega de información.¹⁹ La ley también incorpora la exención de *buen samaritano* típica de la CDA estadounidense en el artículo 7. Allí se exime a los servicios intermediarios de responsabilidad cuando realicen investigaciones y adopten medidas con el fin de detectar, identificar y retirar contenidos ilícitos o bloquear el acceso a estos. La ley incorpora obligaciones generales aplicables a todo tipo de intermediarios con respecto a debida diligencia y transparencia; puntos de contacto con las autoridades de los Estados miembros, con la Comisión Europea, puntos de contacto para los destinatarios de los servicios; designación de representantes legales; condiciones generales y obligaciones de transparencia informativa de los prestadores de servicios intermediarios. También establece exenciones de responsabilidad por el contenido de terceros para los casos de *mera transmisión*,²⁰ *memoria caché*²¹ y *alojamiento de datos*.²² Éstas son bastante similares a las de la Directiva de Comercio Electrónico.

Las empresas de gran tamaño cuentan con obligaciones adicionales como establecer un sistema interno de gestión de reclamaciones, resolución extrajudicial de litigios, alertadores fiables, medidas y protección contra usos indebidos, obligaciones de transparencia informativa de los prestadores de plataformas en línea, diseño y organización de interfaces en línea, publicidad en las plataformas en línea, transparencia del sistema de recomendación y protección de menores en línea.²³ Además, la DSA adopta un modelo de gobernanza basado en *riesgos*: las empresas deberán identificar, monitorear, y mitigar diversos riesgos que la propia norma define.²⁴ Desde el CELE hemos explorado los problemas de esta aproximación en otros trabajos, a los que reenviamos por razones de brevedad.²⁵

18. European Commission, Digital Services Act, artículo 9.

19. European Commission, Digital Services Act, artículo 10.

20. European Commission, Digital Services Act, artículo 4.

21. European Commission, Digital Services Act, artículo 5.

22. European Commission, Digital Services Act, artículo 6.

23. European Commission, Digital Services Act, artículos 21-28.

24. European Commission, Digital Services Act, artículo 34.

25. Agustina Del Campo, Nicolás Zara, y Ramiro Álvarez Ugarte, "Are Risks the New Rights? The Perils of Risk-Based Approaches to Speech Regulation," *Artículos de Investigación* (Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información [CELE], 2024).

Por ahora, basta destacar como puntos principales la ausencia de definiciones claras sobre riesgos sistémicos y la tensión que ello genera con el principio de legalidad del derecho internacional de los derechos humanos;²⁶ la tercerización de estas definiciones en agentes privados de nula legitimidad democrática;²⁷ el posible efecto extraterritorial de la norma europea (como ocurrió ya con la extensión de la DSA a discurso público sobre la guerra en Gaza;²⁸ y la incertidumbre que genera la norma en términos del significado concreto de las obligaciones de debida diligencia y su alcance específico.

2. MECANISMOS DE GLOBALIZACIÓN REGULATORIA

En *Global Business Regulation*, John Braithwaite y Peter Drahos identifican siete mecanismos a través de los cuales se globalizan marcos regulatorios: la coerción militar, la coerción económica, sistemas de recompensas, modelización, ajustes recíprocos, coordinación no recíproca y construcción de capacidades.²⁹ Estos mecanismos operan para que las regulaciones más diversas viajen y atraviesen fronteras, y las normas de un país se parezcan en ocasiones, mucho

Aceptado para publicación en el *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* (vol. 16, No. 2).

26. Global Network Initiative, *European Rights & Risks: Stakeholder Engagement Forum Event Summary* (Washington, D.C.: Global Network Initiative, 2024), <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/GNI-DTSP-Forum-Summary.pdf>. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Marco jurídico interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión* (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 30 de diciembre de 2009), párr. 67.
27. Agustina Del Campo, Nicolás Zara, and Ramiro Álvarez-Ugarte, *Are Risks the New Rights? The Perils of Risk-based Approaches to Speech Regulation*, CELE Research Paper No. 64 (February 28, 2025), forthcoming in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 16, no. 2 (2025), <https://ssrn.com/abstract=5161173>. Julie E. Cohen and Ari Ezra Waldman, "Introduction: Framing Regulatory Managerialism as an Object of Study and Strategic Displacement," *Law and Contemporary Problems* 86, no. 3 (2023): i–xxi, <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol86/iss3/10>.
28. Thierry Breton [@ThierryBreton], «Following the Terrorist Attacks by Hamas Against , We Have Indications of X/Twitter Being Used to Disseminate Illegal Content & Disinformation in the EU. Urgent Letter to @Elonmusk on #DSA Obligations <https://t.co/avMm1LHq54>», Tweet, *Twitter*, 10 de octubre de 2023, <https://x.com/ThierryBreton/status/1711808891757944866>; Thierry Breton [@ThierryBreton], «The #DSA Is Here to Protect Free Speech Against Arbitrary Decisions, and at the Same Time Protect Our Citizens & Democracies. My Requests to #Meta's Mark Zuckerberg Following the Terrorist Attacks by Hamas Against Israel — and on Tackling Disinformation in Elections in the EU <https://t.co/RnetUriRX>», Tweet, *Twitter*, 11 de octubre de 2023, <https://x.com/ThierryBreton/status/1712126600873931150>.
29. John Braithwaite y Peter Drahos, *Global Business Regulation*, 25–26.

a normas similares de otros países. Para explicar por qué ocurre la difusión de la modelización los autores recurren a la descripción de cinco agentes que intervienen en el proceso de modelización, a la cual remitimos por razones de brevedad, pero que incluyen a *misionario* que promueven el modelo porque creen en él, *mercenarios* que sacan una tajada de la exportación, *agitadores* que utilizan la migración normativa como forma de promover sus agendas políticas, *imitadores* que simplemente prefieren imitar como una forma de ahorrar recursos y para facilitar la acumulación de capital político de apoyo a la iniciativa, y *modernizadores*, que adoptan modelos desde el centro a la periferia para ser percibidos como modernos y avanzados.³⁰

Internet es una tecnología que desde siempre ha sido afectada por estas dinámicas, como lo muestra el proceso de migración de las leyes de responsabilidad limitada de intermediarios, desde la CDA (1996) a la Directiva de Comercio Electrónico (2000) hasta su llegada al *soft law* internacional y la adopción de criterios interpretativos por parte de jueces en América Latina durante los últimos años.³¹ Pero los mecanismos de migración operan en distintos tipos de áreas. Así, por ejemplo, la coerción económica está detrás de la migración de leyes o regulaciones de transparencia o procesos competitivos de compras públicas (cuando, por ejemplo, para recibir determinados fondos de la cooperación internacional es necesario adaptar la normativa local). También hay ejemplos de estados periféricos que han modificado sus leyes de propiedad intelectual a pedido de los países centrales (productores mayoritarios de patentes) bajo la posibilidad de obtener recompensas ya que la adaptación normativa puede redundar en beneficios materiales directos o indirectos.³²

Nuestra hipótesis es que la DSA es una pieza legislativa que migrará hacia otras regiones del mundo, por tres razones. Primero, porque la DSA implica un

30. John Braithwaite y Peter Drahos, *Global Business Regulation*, 585.

31. Ramiro Álvarez Ugarte y Emiliano Vitaliani, "Redes de influencia: Análisis de la jurisprudencia civil argentina en materia de responsabilidad de intermediarios," *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 11, no. 2 (2022): 147-82, <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.65368>.

32. Matías Daniel González Mama, "Problemas asociados a la regulación de la responsabilidad de intermediarios en acuerdos comerciales" (Tesis de Maestría, Universidad de San Andrés, 2023), <https://repositorio.udesa.edu.ar/items/7f2e5f0c-7728-4622-80f7-16f9eae03a88/full>.

cambio de paradigma en un momento en el que existe una demanda creciente por intervenir en el ámbito del flujo de información en Internet de una manera eficiente (y diferente al paradigma antiguo). Esta demanda está presente en Europa y en otros países de occidente, que están buscando alternativas al modelo de *autorregulación* de los primeros años de Internet.³³ Segundo, porque la propia Unión Europea ve a su modelo como una alternativa y pretende impulsarlo en otros países (una modalidad suave de presión y ejercicio de *soft power*, que no sería descabellado imaginar pueda adquirir características más duras de coerción en ciertos casos).³⁴ Tercero, porque varios organismos internacionales están promoviendo la innovación regulatoria. Por ejemplo, la UNESCO produjo hace poco una guía de regulación que los legisladores locales podrían seguir como inspiración para redactar marcos normativos propios. Y esa guía es consistente con los lineamientos principales de la DSA.³⁵

En el marco teórico de Braithwaite y Drahos, la *modelización* ocurre cuando una regulación se impone como modelo a seguir y empieza a ser replicado por diversos países. Ello ocurre a través de distintos mecanismos, pero las motivaciones políticas, económicas, e identitarias cumplen un rol relevante para explicar al menos parte de estos procesos.³⁶ La cercanía geográfica y lingüística son factores relevantes, pero no determinantes los avances en las comunicaciones y la imposición del inglés como *lengua franca* a nivel internacional le han restado preponderancia a estos dos factores.³⁷ La dialéctica entre *centro* y *periferia* es central para explicar las dinámicas de modelización: en general, el primero produce y el segundo importa marcos regulatorios. Sin embargo, las tradiciones locales y las consideraciones geopolíticas tienden a influir en procesos que

33. Monroe Price y Stefaan Verhulst, "The Concept of Self-Regulation and the Internet," in *Protecting Our Children on the Internet: Towards a New Culture of Responsibility*, ed. J. Waltermann y M. Machill (Gütersloh: Bertelsmann Foundation Publishers, 2000), 133-98.

34. Daphne Keller, "The EU's New Digital Services Act and the Rest of the World," *Verfassungsblog* (blog), November 7, 2022, <https://verfassungsblog.de/dsa-rest-of-world/>.

35. UNESCO, *Guidance for Regulating Digital Platforms: Safeguarding Freedom of Expression and Access to Information Through a Multistakeholder Approach* (Paris: UNESCO, September 2023).

36. John Braithwaite y Peter Drahos, *Global Business Regulation*, 583.

37. John Braithwaite y Peter Drahos, *Global Business Regulation*, 583.

nunca son lineales—en el proceso de migración se producen adaptaciones significativas.³⁸ La hegemonía económica de los países productores cumple un rol relevante porque actúan como incentivos para la adopción de los modelos allí creados (bajo la creencia, real o no, de que el modelo puede estar vinculado al desarrollo económico deseado, de que la adopción del modelo puede deparar ventajas de efectos derrame con esos países, etcétera).³⁹ Los países centrales además gozan de más recursos, y desarrollan niveles más sofisticados de *expertise* que facilitan la migración regulatoria: los países importadores pueden recurrir a esa experiencia y conocimiento previo para, por ejemplo, achicar la curva de aprendizaje en el proceso de implementación.

En esta dialéctica también se juegan cuestiones vinculadas a la hegemonía cultural de los países centrales, que son *en sí mismos* modelos a seguir o que se desea emular. En América Latina, por ejemplo, la discusión sobre el desarrollo económico está muy marcada por la idea vaga de *parecerse* a países ya desarrollados.⁴⁰ Cuando algunos de ellos operan como modelos a seguir en el marco de ese imaginario, sus modelos regulatorios ejercen una influencia especial: quienes los promueven proyectan sobre ellas cierta imagen de legitimidad, calidad y rigor en el contexto local que ayuda a sus esfuerzos. Si bien la dinámica *centro y periferia* es fácil de comprobar a través de numerosos ejemplos, no es necesario comprometerse con ella como una ley inflexible de la historia. En América Latina, por caso, tenemos procesos de migración de instituciones jurídicas como el amparo enteramente locales, productos hechos por y para latinoamericanos, que experimentaron procesos de modelización sin que la dinámica *centro / periferia* estuviera especialmente presente.⁴¹ En el mismo sentido, la expansión de las leyes de acceso a la información en América Latina

38. John Braithwaite y Peter Drahos, *Global Business Regulation*, 583.

39. John Braithwaite y Peter Drahos, *Global Business Regulation*, 542.

40. David M. Trubek y Louise G. Trubek, "New Governance & Legal Regulation: Complementarity, Rivalry, and Transformation," *Columbia Journal of European Law* 13 (2006): 539, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/coljeul13&id=545&div=&collection=>.

41. Héctor Fix-Zamudio, "The Writ of Amparo in Latin America," *Lawyer of the Americas* 13 (1981): 361.

siguió una lógica bastante vernácula (aunque la influencia original de la Freedom of Information Act de Estados Unidos sea también innegable).⁴²

Existe, en este sentido, cierta dinámica de creación en el acto de *importación*. Los textos legales pueden ser apropiados en un sentido no lineal, y pueden también cambiar en el procesos. Los actores menos poderosos pueden usar a modelos extranjeros como palanca para avanzar agendas regulatorias a nivel local que despiertan fuertes oposiciones.⁴³ Así, ciertos *entrepreneurs normativos* promueven la adopción de un modelo extranjero⁴⁴ como forma de apalancar cambios deseados. Cuando los principios de la CDA migraron a Europa lo hicieron influenciados por el modelo de *notice and takedown* que para asuntos de *copyright* había desarrollado el Congreso de los Estados Unidos en la *Digital Millennium Copyright Act* del año 2000. La Directiva de Comercio Electrónico rechazó, entonces, un principio de *indemnidad* y aceptó uno de responsabilidad limitada. De manera similar, cuando los jueces argentinos tuvieron que desarrollar su propio criterio aceptaron el principio de responsabilidad limitada pero difirieron en los casos en los que la intervención judicial era necesaria para definir el contenido reputado ilícito—sostuvieron que eso no era necesario en los casos de *manifiesta ilicitud*.⁴⁵ Los modelos viajan y, al hacerlo, cambian. En este sentido, la interacción de agentes múltiples puede derivar en cambios profundos y no sólo superficiales incluso, con el riesgo de que se mal represente aquello que se modela. Entendemos que el *efecto Bruselas* estudiado y postulado por Anu Bradford es un caso de *modelización* (que incluye elementos de otros mecanismos) bajo el paradigma de Braithwaite y Drahos.⁴⁶ La armonización normativa hacia el interior de la Unión fue el gran motivador

42. Alianza Regional por la Libre Expresión e Información, *Una década de acceso a la información en las Américas*, Saber Más (Montevideo: Alianza Regional por la Libre Expresión e Información, 2016).

43. John Braithwaite y Peter Drahos, *Global Business Regulation*, 594.

44. John Braithwaite y Peter Drahos, *Global Business Regulation*, 591.

45. Rodríguez, María Belén c. Google Inc., 337 Fallos 1174 (Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] 2014).cdo. 18.

46. Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (New York: Oxford University Press, 2020), <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780190088583.001.0001/oso-9780190088583-chapter-3>.

inicial de este proceso expansivo para mejorar el funcionamiento del mercado único. Sin embargo, la proyección hacia fuera de las fronteras de la Unión se convirtió pronto en un objetivo deseado.⁴⁷ Nuestra hipótesis es que la DSA está empezando a recorrer el mismo camino.

3. INDICIOS DE MODELIZACIÓN DE LA DSA EN AMÉRICA LATINA

Desde la aprobación de la DSA se han presentado algunas propuestas regulatorias en América Latina que están inspiradas en la norma e incorporan lenguaje similar al allí utilizado. En esta sección abordaremos algunas de estas iniciativas, con el objeto de presentar aspectos de las mismas que parecen estar inspirados en la DSA.

3.1 Brasil

El proyecto de Ley No. 2630 (PL 2630) presentado en 2020 que tenía como objetivo regular la desinformación en redes sociales,⁴⁸ en un contexto de creciente preocupación sobre el tema en Brasil.⁴⁹ Estaba fuertemente inspirado en la DSA. Al igual que la regulación europea, establecía obligaciones de transparencia y evaluación; de deber de cuidado, de mitigación de riesgos sistémicos, buscaba garantizar el acceso a datos con fines de investigación académicos, establecía la responsabilidad civil de los intermediarios por los contenidos dañinos publicados por terceros cuando sean difundidos como publicidad.⁵⁰ A diferencia

47. European Parliament, "European Parliament Sets Out Its Vision," *Future of Europe* (Brussels: European Parliament, October 2017), <https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20171023RES86651/20171023RES86651.pdf>. European Commission, *The External Dimension of the Single Market Review*, Commission Staff Working Document (Brussels, November 20, 2007), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52007SC1519>.

48. Câmara dos Deputados [Brazil], "Projeto de Lei nº 2.630/2020" (2020), https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983&filename=PL%202630/2020.

49. Matías González Mama y Belén Portugal, "La exigencia de presencia local a las empresas TIC: una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho económico internacional," *Artículos de investigación* (Buenos Aires: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información [CELE], septiembre 2022), https://www.palermo.edu/Archivos_content/2022/cele/papers/exigencia-de-presencia-local-empresas-TIC-1.pdf.

50. Lina Paola Velázquez y Nicolás Zara, "Regulación de plataformas en Brasil: necesidad, peligros y contradicciones," *Observatorio Legislativo CELE* (blog), May 15, 2023, <https://>

de la DSA, el proyecto no distinguía entre prestadores de gran tamaño y otros, pero sí adoptaba una perspectiva de escala: sus disposiciones solamente serán aplicables a plataformas con más de diez millones de usuarios mensuales en el país. La norma también adoptaba definiciones de riesgos sistémicos en cinco categorías bastante genéricas: (a) difusión de contenidos ilícitos, (b) libertad de expresión, acceso a información y pluralismo informativo, (c) violencia contra la mujer, racismo, salud pública, protección de niños, adolescentes, ancianos y otras situaciones de grave impacto físico y mental, (d) protección del Estado democrático de derecho y solidez electoral, y (e) discriminación ilegal o abusiva en el uso de datos personales sensibles.

Al igual que la DSA, el proyecto brasileño obligaba a las empresas a realizar auditorías independientes sobre el cumplimiento de sus disposiciones, y a implementar mecanismos de transparencia en la publicidad digital. También, obligaba a las empresas a elaborar códigos de conducta, siguiendo las directrices que dictamine el Consejo Gestor de Internet (CGI), para la garantía de los principios y objetivos establecidos en los artículos 3 y 4 del proyecto.⁵¹ Estos códigos de conducta siguen al artículo 45 de la DSA. El proyecto además incluía en su capítulo X disposiciones específicas para la protección de niños, niñas y adolescentes muy similares a las del artículo 28 de la DSA. El PL 2630 tuvo un trámite traumático en el Congreso de Brasil y en abril de 2024 fue retirado de las discusiones parlamentarias.

El proyecto de ley 4691/2024 de los legisladores Silas Câmara y Dani Cunha fue presentado en diciembre de 2024.⁵² Tiene por objetivo proteger las libertades constitucionales y derechos fundamentales en las plataformas, servicios y mercados digitales en Internet. También adopta un criterio cuantitativo para limitar su alcance: propone que se aplique sólo a las plataformas que cuenten con una base activa de usuarios equivalente al 5 por ciento o más de la población bra-

observatoriolegislativocele.com/regulacion-de-plataformas-en-brasil-necesidad-peligros-y-contradicciones/.

51. Câmara dos Deputados [Brasil], "Projeto de Lei nº 2.630/2020".

52. Silas Câmara y Dani Cunha, "Projeto de Lei nº 4.691/2024" (2024), <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2475865>.

sileña.⁵³ El proyecto prohíbe el anonimato en cualquier forma de manifestación del pensamiento,⁵⁴ y exige que las empresas prestatarias de servicios de Internet alcanzados por la ley identifiquen a los usuarios por su identidad real, que deberá mantener en secreto salvo que requiera revelarla a la autoridad judicial. Además, amplía los casos de responsabilidad civil de las empresas. Si bien este proyecto no menciona explícitamente la DSA, podemos encontrar el efecto modelizador de la regulación europea en varias disposiciones. Por ejemplo, algunos de los mecanismos de bloqueo o eliminación de contenido parecen emular el artículo 16 sobre notificación y retiro de la DSA.⁵⁵ Asimismo, el proyecto emula la aproximación basada en riesgos de la DSA, con obligaciones de mitigarlos,⁵⁶ incluso con el uso de conceptos como “riesgos sistémicos” y la adopción de mecanismos de autoevaluación a ser entregados ante el organismo regulador anualmente. También impone la obligación de proporcionar al organismo regulador acceso a la información relativa al seguimiento de los riesgos sistémicos cuando éste se las solicite. El artículo 8, por su parte, describe acciones que las plataformas deben adoptar para mitigar los riesgos que identifiquen y reserva la posibilidad de imponer medidas adicionales por el organismo regulador.

Si nuestra hipótesis de modelización se sostiene, el PL 4691 es una pieza de evidencia relevante: allí podemos encontrar ecos del artículo 9 sobre órdenes de actuación contra contenidos ilícitos, el 10 sobre órdenes de entrega de información, así como el artículo 18 sobre notificación de sospechas de delitos, el 28 sobre protección de los menores en línea de la DSA y el 35 sobre mitigación de riesgos. Por su parte, el proyecto también incorpora deberes de transparencia que también recuerdan a lo que establece el artículo 14 sobre “condiciones generales” de la DSA.⁵⁷ Asimismo, el artículo 11 establece que las plataformas deben proporcionar, de manera accesible y con información clara, pública y objetiva sus términos de uso de sus servicios en idioma portugués los

53. Silas Câmara y Dani Cunha, “Projeto de Lei nº 4.691/2024”, art. 1.

54. Silas Câmara y Dani Cunha, “Projeto de Lei nº 4.691/2024”, art. 4 y 5.

55. Silas Câmara y Dani Cunha, “Projeto de Lei nº 4.691/2024”, arts. 6 y 10.

56. Silas Câmara y Dani Cunha, “Projeto de Lei nº 4.691/2024”, arts. 7 y 8.

57. Silas Câmara y Dani Cunha, “Projeto de Lei nº 4.691/2024”, artículos 11-13.

que deben cumplir con características específicas detalladas en los incisos I a IX. El artículo 12 del PL pone en cabeza de las plataformas el deber de divulgar en sus términos de uso las medidas de gobernanza adoptadas en el desarrollo y empleo de sistemas automatizados. Finalmente, el artículo 13 menciona la obligación de las plataformas de elaborar informes semestrales de transparencia que deberán ser accesibles en sus sitios web y en idioma portugués, con el fin de informar sobre los procedimientos de moderación en línea. Este artículo parece estar inspirado en el artículo 15 de la DSA sobre obligaciones de transparencia informativa de los prestadores de servicios intermediarios.⁵⁸ Algo similar ocurre con los artículos 16, 20, 26, 38 y 39.

3.2 Costa Rica

En 2022, en la Asamblea Legislativa de Costa Rica se presentó un proyecto de ley que regula la *Gobernanza de los Servicios Digitales y el Comercio Electrónico*.⁵⁹ El proyecto costarricense incluye una sección denominada *Régimen Jurídico de los Servicios Intermediarios de la Sociedad de la Información* (artículos 31 a 46) que es prácticamente una copia del Capítulo II sobre Responsabilidad de Intermediarios de la DSA (artículos 4 a 18).⁶⁰ En línea con la DSA, el proyecto de ley de Costa Rica incluye, en su artículo 35, una cláusula general que establece que las empresas intermediarias no tienen el deber de supervisar ni realizar una búsqueda activa de hechos, y de proteger el cifrado y la privacidad de los usuarios. También crea la obligación para los intermediarios de tener un procedimiento interno para la gestión de reclamaciones relacionadas con la existencia de contenidos ilícitos, siguiendo el enfoque de la DSA. Esto implica la creación de mecanismos de notificación y acción para que los usuarios denuncien dichos contenidos y obliga a las empresas a justificar clara y detalladamente

58. European Commission, Digital Services Act, art. 15.

59. Kattia Cambronero Aguiluz et al., *Gobernanza de los servicios digitales y del comercio electrónico*, Expediente no. 23.184 (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 2024), <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/6120-D-2024.pdf>.

60. Access Now, "Comentarios al Proyecto de Ley de Gobernanza de los Servicios Digitales y el Comercio Electrónico" (carta, 2022), <https://www.accessnow.org/wp-content/uploads/2023/07/Comentarios-Proyecto-de-Servicios-Digitales-Costa-Rica.pdf>.

la eliminación de publicaciones, además de otorgar a los usuarios afectados el derecho a impugnar la decisión mediante un procedimiento interno. Asimismo, el artículo 46 del proyecto obliga a las empresas intermediarias a informar a las autoridades si sospechan de la comisión de delitos a través de sus plataformas.

De manera similar a lo establecido en los artículos 24 a 28 de la DSA, el proyecto incluye obligaciones de transparencia para las empresas intermediarias. En los artículos 52 y 53, se especifica que las empresas deben garantizar que los usuarios conozcan quién es la persona física o jurídica responsable de cada anuncio, los criterios utilizados para determinar el público objetivo, entre otros aspectos. Además, se añaden disposiciones especiales para regular la publicidad dirigida a menores de edad. En el artículo 18 sobre comercio electrónico incorpora disposiciones que prohíben implementar mecanismos automáticos o de suscripción automática para obtener el consentimiento del usuario final para recibir información comercial o publicitaria o utilizar mecanismos que induzcan a error para obtener dicho consentimiento así como el uso de patrones oscuros de diseño para engañar, dirigir o manipular a los usuarios para que efectúen un comportamiento que sea directa o indirectamente rentable para un prestador de servicios o comerciante pero también perjudicial o contrario a la intención de los usuarios. Luego, en el artículo 43 se replica la prohibición de diseños manipulativos y patrones oscuros pero esta vez referidos a los servicios de intermediarios que perjudiquen, afecten o limiten la capacidad de los destinatarios de servicios para adoptar una decisión o elección libre, autónoma e informada. El artículo incluye también descripciones de conductas de las que tendrán que abstenerse las empresas. Tanto el artículo 18 como el artículo 43 modelan y copian en algunos incisos en particular el artículo 25 de la DSA. Finalmente, en el artículo 54, se menciona que el Estado de Costa Rica deberá impulsar la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios por parte de los prestadores de servicios. Esto en concordancia con el artículo 45 de la DSA.

3.3 Argentina

El 8 de julio de 2024, el senador Antonio J. Rodas presentó el Proyecto de Ley No. S-1193/2024, con el fin de establecer los alcances de la libertad de expresión, la circulación de la información y el intercambio de datos en redes sociales.⁶¹ Menciona diversos ejemplos de regulación en la experiencia comparada, pero no refiere de manera expresa a la DSA, aunque señala que en el marco de la Unión Europea se han planteado “diversas medidas políticas e iniciativas legislativas”. Si bien el proyecto no copia con precisión la aproximación de la DSA, incluye puntos de contacto. Por ejemplo, establece cuatro supuestos en los que las empresas podrán suprimir la publicación de un contenido procedente de un usuario. También establece la obligación de notificar a los usuarios cuando eliminan contenidos publicados por ellos, especificando en dicha notificación los motivos de la supresión de manera “clara, precisa y completa”. También incorpora el derecho de los usuarios a impugnar ante la empresas las decisiones de supresión cuando no se trate de una orden judicial, disposiciones que parecen hacerse eco de los artículos 17 y 20 de la DSA.

El Proyecto de Ley No. 1225-D-2024, presentado por la diputada Micaela Morán en agosto de 2024, menciona expresamente a la DSA.⁶² Busca proteger a los consumidores de la publicidad engañosa o manipuladora difundida en redes sociales por parte de *influencers*. En sus fundamentos, indica que se tomaron como referencia más de diez normas europeas, incluida la DSA. Sin embargo, el texto propuesto no refleja ningún artículo específico sólo encontramos un punto de contacto en la naturaleza publicitaria de las menciones o contenidos digitales divulgados por *influencers*, que según el proyecto debe ser claramente identificable mediante el uso de etiquetas u otras medidas adecuadas. Esta

61. Antonio José Rodas, *Proyecto de ley sobre libertad de expresión, el derecho a la información e intercambio de ideas en redes sociales y motores de búsqueda en internet*, Expediente no. 1193-S-2024 (Senado de la Nación Argentina, 2024), <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1193.24/S/PL>.

62. Micaela Morán, *Regulación de la publicidad difundida en redes sociales por parte de los denominados influencers*, Expediente no. 1225-D-2024 (Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2024), <https://www.diputados.gov.ar/comisiones/permanentes/cpyhacienda/proyecto.html?exp=1225-D-2024>.

disposición podría estar inspirada en las demandas de mayor transparencia de la DSA. Finalmente, en octubre de 2024, la diputada Gisela Marziota presentó el proyecto de ley No. 6120-D-2024 que promueve el etiquetado de identidades en redes sociales masivas con potenciales impactos negativos en el ejercicio de la libertad de expresión.⁶³ En sus fundamentos el proyecto menciona como antecedentes relevantes a la DSA, pero también menciona medidas adoptadas por China para controlar el uso de tecnologías digitales con el fin de evitar la manipulación de la opinión pública y garantizar la estabilidad social.

Los tres ejemplos de Argentina muestran que la modelización regulatoria no requiere necesariamente de la imitación del texto legal que se busca emular. En ocasiones, el efecto modelador puede limitarse a una cuestión simbólica: ser una fuente de inspiración para avanzar tentativamente en un camino regulatorio que busca innovar en relación al *status quo*, aunque sea como en el caso de estos proyectos de una manera torpe o limitada. En estos casos, la modelización parece estar más bien motivada por una imagen de legitimidad, calidad y rigor que puede servir en el contexto local para darle legitimidad al proyecto.⁶⁴

3.4 Chile

En 2024 los senadores Ximena Rincón, Pedro Araya, Iván Flores y Matías Walker, presentaron un proyecto de ley que tiene por objeto disminuir los trastornos de la información a los que se encuentran expuestas las personas por la creación, publicación o difusión, promoción o financiamiento de contenidos falsos, nocivos, o ilegales, o discursos de odio en plataformas digitales y proteger a las personas o grupos de personas que se hayan visto afectadas por éstos.⁶⁵ Este proyecto legislativo establece, entre otras cosas, los deberes y

63. Gisella Marziotta, *Ley de etiquetados de identidades en redes sociales masivas*, Expediente no. 6120-D-2024 (Cámara de Diputados de la Nación Argentina, 2024), <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/6120-D-2024.pdf>.

64. John Braithwaite y Peter Drahos, *Global Business Regulation*, 591.

65. Ximena Rincón, Pedro Araya, Iván Flores, and Matías Walker, *Proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para resguardar a las personas de los trastornos de la información en plataformas digitales*, Boletín no. 16.206-07 (Cámara de Diputados de Chile, 2024), <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=16428&prmTIPO=INICIATIVA>.

responsabilidades de las empresas intermediarias. El artículo 4 establece que estarán sujetos a la norma los prestadores de servicios digitales que operen en Chile o que tengan una “conexión sustancial” con dicho país. El artículo incluye también la obligación de designar un representante legal y un punto de contacto que permita la comunicación directa, por vía electrónica y en español, con las autoridades del Estado, cuando los prestadores de servicios tengan una conexión sustancial con el país, pero no estén establecidos en Chile. Esta disposición parece ser una versión simplificada de los artículos 11 y 13 de la DSA.

El artículo 7 exige que los prestadores de servicios dispongan de una política y un procedimiento transparente de quejas y procedimiento para el bloqueo y la eliminación de contenidos ilícitos, así como para la suspensión o eliminación de servicios para todas las personas, sean o no usuarias de los servicios, que sea accesible y fácil de usar. A diferencia de la DSA, el proyecto no incluye criterios relativos al conocimiento efectivo, pues sólo habla genéricamente de los antecedentes presentados por el denunciante, y establece un plazo de 48 horas desde la recepción de la queja para que las empresas determinen la ilicitud del contenido. Iniciado el análisis, la empresa deberá etiquetar la publicación con la leyenda “publicación observada”. Estas disposiciones parecen seguir a grandes rasgos lo previsto en el artículo 20 de la DSA.⁶⁶ En caso de que la decisión del prestador de servicio no se encuentre debidamente fundada, los usuarios podrían recurrir a la Corte de Apelaciones competente. En este punto, el proyecto de ley se aparta de la DSA, que prevé la posibilidad de una resolución extrajudicial.⁶⁷ En cuanto a obligaciones de transparencia, el proyecto incluye en el artículo 8 la obligación de que, cuando reciban más de cincuenta quejas al año, las empresas realicen y publiquen en su plataforma un informe en idioma español detallando su tramitación, contenidos bloqueados, cifras de reclamaciones, entre otros. Estas disposiciones son similares al artículo 15 de la DSA.⁶⁸

66. European Commission, Digital Services Act, artículo 20.

67. European Commission, Digital Services Act, artículo 21.

68. European Commission, Digital Services Act, artículo 15.

Finalmente, el artículo 11 incluye la obligación de elaborar Códigos de Buenas Prácticas sobre la Desinformación para eliminar los riesgos de creación y difusión de contenidos falsos o discursos de odio, el cual deberá contener indicadores de transparencia, visibilidad y calidad de contenido, educación de los usuarios, monitoreo, cooperación y colaboración y auditorías independientes—punto con varios puntos de contacto con la DSA.⁶⁹ En este aspecto el proyecto parece estar inspirado en el Código de Buenas Prácticas de la Unión Europea y que aparece mencionado en el considerando 106 de la DSA.⁷⁰ También existen ciertas similitudes con los artículos 74 a 78 de la DSA respecto a la imposición de multas, supervisión reforzada, medidas cautelares y multas coercitivas. Sin embargo, el proyecto chileno no tiene el andamiaje procesal e investigativo que incorpora la ley europea.

69. European Commission, Digital Services Act, artículos 34 y 35.

70. European Commission, *Código de buenas prácticas de la Unión en materia de desinformación* (Brussels: European Commission, 2022), https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/protecting-democracy/strengthened-eu-code-practice-disinformation_es.

Tabla 1. Comparación DSA y proyectos de ley identificados

Norma	Prestadores	Categorías	Usuarios	Intermediarios	Riesgos
DSA	Empresas que ofrecen servicios intermedios, servicios de mera transmisión, servicio de memoria caché y servicio de alojamiento de datos.	Intermediarios, alojamiento, plataformas y motores de búsqueda de muy gran tamaño (VLOPs y VLOSEs).	Promedio mensual de destinatarios activos en la Unión igual o superior a 45 millones.	No tienen una obligación general de monitoreo. Los proveedores no pueden ser considerados responsables por actos de terceros salvo casos específicos. Buen samaritano.	Cuatro riesgos sistémicos: (a) difusión de contenido ilícito; (b) efecto negativo real o previsible para el ejercicio de los derechos fundamentales; (c) efecto negativo real o previsible sobre el discurso cívico y los procesos electorales, así como sobre la seguridad pública; (d) efecto negativo real o previsible en relación con la violencia de género, la protección de la salud pública y los menores y las consecuencias negativas graves para el bienestar físico y mental de la persona.
Argentina (Proyecto S-1193/2024).	Empresas que ofrecen servicios de redes sociales y motores de búsqueda	Redes sociales "de carácter horizontal", redes sociales "de carácter vertical", redes sociales en línea y motores de búsqueda en Internet	Especifica de 1000 a 2000 usuarios para recibir un beneficio tributario	Los propietarios o administradores de las redes sociales en línea sólo podrán suprimir la publicación de un contenido procedente de un usuario en 4 casos específicos. La supresión tendrá carácter meramente precautorio y temporario, salvo en el caso de orden judicial.	No se especifica

Argentina (Proyecto 1225-D-2024)	Persona humana o jurídica que realice actividad de influenciador o influencer en las redes sociales, ejecutando servicios de publicidad digital.	La norma está referida a la "publicidad digital".	No se especifica	Las sanciones a los influencers que violen lo establecido en la presente serán extensivas a los intermediarios y empresas que contraten sus servicios.	No se especifica
Argentina (Proyecto 6120-D-2024)	Prestadores de servicios de redes sociales	Plataformas de Redes Sociales Masivas	Más de 500.000 cuentas en Argentina	Deben implementar un sistema de verificación de identidad denominado "Etiquetado Digital". Establece sanciones para los intermediarios que no lo implementen.	No se especifica
Brasil (PL 2630)	Persona jurídica que ofrezca sus servicios al público brasileño.	Redes sociales, herramientas de búsqueda, de mensajería instantánea.	Usuarios mensuales en el país superiores a diez millones.	Deber de transparencia, informes periódicos, y auditorías. Responsabilidad civil por contenidos de terceros que causen daños difundidos como publicidad. Deber de analizar y mitigar riesgos sistémicos. Sanciones que se pueden imponer de manera aislada o acumulativa.	Cinco riesgos sistémicos: (a) difusión de contenidos ilícitos; (b) libertad de expresión, información, pluralismo informativo; (c) violencia contra la mujer, racismo, salud pública, niños y adolescentes, ancianos y situaciones de grave impacto físico y mental en las personas; (d) estado Democrático de derecho y solidez electoral; y (e) discriminación ilegal o abusiva en el uso de datos personales sensibles

Brasil (PL 4691)	Plataformas, servicios y mercados digitales en Internet	Servicios de intermediación en línea; de motor de búsqueda en línea; de redes sociales en línea; de compartición de audio y/o video; de comunicación interpersonal (mensajería); de computación en la nube; sistemas operativos; servicios de publicidad y propaganda en línea.	Base activa de usuarios equivalente al 5 por ciento o más de la población brasileña.	Deber de identificar a los usuarios por su identidad real, que deberá mantener en secreto salvo requerimiento de autoridad judicial. Amplía los casos de responsabilidad civil de las empresas por contenidos de terceros. Deber general de velar por la civilidad y la integridad en sus servicios, -de actuar con diligencia y en un plazo adecuado para mitigar el uso indebido de sus servicios por parte de terceros	Obligaciones y medidas de identificación, tratamiento y mitigación de riesgos sistémicos
Costa Rica (Proyecto 23.184)	Persona natural o jurídica que dirija sus servicios o productos a residentes en Costa Rica.	Servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico que dirijan sus servicios a destinatarios del servicio que tengan su lugar de establecimiento o residencia en Costa Rica	No se especifica	Inexistencia de obligación general de supervisión o de búsqueda activa de hechos y protecciones al cifrado y la privacidad. Transparencia. Puntos de contacto y representación legal. Establece sanciones por incumplimiento.	No se especifica

Chile (Proyecto 16.206-07)	Plataformas digitales que ofrecen servicios en Chile y tengan una conexión sustancial con el país	Servicio de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea, sin modificación de su contenido, entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona; y servicio de prestación, operación o instalación de servicios en línea o de acceso a redes	No se especifica	Los proveedores que reciban más de cincuenta quejas por año deberán elaborar un informe en idioma español y publicarlo en su plataforma. Establece sanciones por incumplimiento y la posible suspensión o cancelación del servicio.	No se especifica

CONSIDERACIONES FINALES

La modelización regulatoria es un mecanismo complejo que puede ser explicado por causas diversas. Algunas de las razones detrás de la adopción de modelos foráneos podrían estar vinculadas a una posibilidad de acceso a mercados, a una coerción económica o sistema de recompensas, o a una modelización basada en algunos de los cinco casos ya mencionados. El *lobby* que realizan algunos *think tanks*, organizaciones y empresas (como *misioneros del modelo*) para avanzar modelos regulatorios que benefician a las compañías proveedoras de servicios en línea establecidas en el norte global como Google, Meta, Microsoft, entre otras también explica a estos procesos, ya que la adopción de marcos regulatorios similares les otorga certeza legal en la provisión de sus servicios en el extranjero.⁷¹

71. Han-Wei Liu, "Exporting Freedom of Speech Through Trade: The Global 'US Constitution First Amendment Moment' for Online Platform Liability," *Georgetown Journal of International Law* 53, no. 3 (2022), <https://tinyurl.com/yb6z4tjn>.

Creemos que la DSA es una buena candidata para convertirse en un modelo regulatorio en América Latina, en parte por una razón sencilla: implica una novedad regulatoria en un campo que durante décadas estuvo determinado por la aproximación del aparente *laissez-faire* de la sección 230 de la CDA de Estados Unidos. Ese modelo es cada vez más percibido como inadecuado para un mundo cambiante e incierto, en el que Internet parece estar detrás de problemas que algunos consideran centrales para el funcionamiento de los sistemas democráticos. En la búsqueda de nuevas aproximaciones, la DSA cuenta con una ventaja comparativa frente otras alternativas: es un sistema en marcha que impacta de manera decisiva en las empresas transnacionales de Internet por la importancia del mercado europeo y que ofrece una aproximación diferente a la del status quo. Es, para decirlo de otra manera, una opción muy tentadora y aparentemente fácil de modelar para los legisladores de América Latina, por el prestigio de la UE y porque apunta a ansiedades que muchos en América Latina comparten con sus pares europeos. Los recientes anuncios de Mark Zuckerberg sobre los cambios de Meta y su alineamiento con una visión provinciana de la libertad de expresión y el Partido Republicano, que incluyeron una mención expresa a los “tribunales latinoamericanos” puede incentivar este proceso de acercamiento de la región a la regulación europea.⁷² En este trabajo, partimos de esta hipótesis y la confirmamos en el análisis de diversos proyectos de ley presentados en algunos países de América Latina en los últimos años: las marcas de la DSA en la imaginación de los legisladores que los han impulsado pueden verse de manera clara, como mostramos en la sección anterior.

La incorporación de modelos regulatorios extranjeros presenta sin embargo algunos desafíos que nos gustaría señalar. En primer lugar, la infraestructura institucional de la Unión Europea es intrincada y no tiene paralelismos con ningún país del mundo. La DSA fue fruto de un proceso complejo, que se extendió durante varios años, que contó con la intervención de diversos actores

72. Justin Hendrix, “Transcript: Mark Zuckerberg Announces Major Changes to Meta’s Content Moderation Policies and Operations,” *Tech Policy Press* (blog), January 7, 2025, <https://techpolicy.press/transcript-mark-zuckerberg-announces-major-changes-to-metas-content-moderation-policies-and-operations>.

(Estados de la UE, Instituciones europeas, sociedad civil, academia) y que tenía la intención de armonizar reglas para ser aplicadas de manera transversal en todos los países que conforman la Unión Europea. Este proceso requirió recursos humanos, económicos, técnicos y un nivel de *expertise* que no se encuentra fácilmente en otros países del mundo. Es posible imaginar un marco normativo similar fuera de la Unión Europea, de hecho, la ley de seguridad en línea del Reino Unido parece acercarse a la DSA como modelo.⁷³ Sin embargo, este marco normativo modelizado requerirá desarrollar adaptaciones y cálculos precisos en términos de la cantidad de recursos humanos y económicos que será necesario invertir para la implementación de un esquema de *co-regulación* que exige mucho del Estado en términos de monitoreo y control. Los países de América Latina enfrentan un desafío especial en este sentido porque cuentan con infraestructuras institucionales menos desarrolladas que sus pares del norte global y con menos recursos disponibles. Como vimos, la posibilidad de copiar modelos regulatorios extranjeros está al alcance de la mano de los legisladores latinoamericanos. Pero replicar los complejos modelos de implementación y seguimiento de países más desarrollados parece ser mucho más difícil. La falta de capacidades del Estado *importador*, insuficientes recursos humanos, ausencia de recursos económicos, un mercado de consumidores inelástico o pequeño⁷⁴ pueden hacer del *enforcement* de estas normas una tarea imposible.

En segundo lugar, América Latina tiene sus propios estándares en materia de libertad de expresión que la distinguen del modelo internacional y del modelo europeo. Ellos derivan de la Convención Americana de Derechos Humanos y de una rica jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El estándar interamericano prohíbe la censura previa, las restricciones por medios indirectos, y estipula responsabilidades ulteriores que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar

73. Parliament of the United Kingdom, *Online Safety Act 2023*, 2023 c. 50 (2023), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50>.

74. Annegret Bendiek and Isabella Stuerzer, "The Brussels Effect, European Regulatory Power and Political Capital: Evidence for Mutually Reinforcing Internal and External Dimensions of the Brussels Effect from the European Digital Policy Debate," *Digital Society* 2, no. 5 (2023), <https://doi.org/10.1007/s44206-022-00031-1>.

el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Además, exige que cualquier restricción a la libertad de expresión cumpla con el *test tripartito*: deben ser establecidas en leyes redactadas de manera clara y precisa; deben perseguir objetivos imperiosos para la Convención Americana; deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretende.⁷⁵ Estos estándares sugieren puntos de convergencia y divergencia con los estándares europeos. Así, por caso, los estándares interamericanos sostienen que los modelos de responsabilidad objetiva de los intermediarios por contenidos de terceros deben ser rechazados así como cualquier obligación general de monitoreo.⁷⁶ También desincentivan el uso de los mecanismos de *notificación (privada)* y *retirada*, por generar incentivos negativos y promover la censura privada al promover la frecuente remoción de contenidos legítimos, incluso especialmente protegidos, manteniéndose una preferencia por los mecanismos de notificación judicial.⁷⁷ En 2024, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH advirtió que si bien “los países de la región pueden aprender y capitalizar lecciones de experiencias internacionales para desarrollar estrategias propias” lo deben hacer “en sintonía con la Convención Americana y los estándares emanados del sistema interamericano de derechos humanos” y adaptándolas para que estén en concordancia con “los principios desarrollados a nivel regional para la protección de ese derecho”.⁷⁸ De hecho, el informe señala diferencias específicas con el estándar europeo, que vale la pena recordar de manera extensa:

75. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano del derecho a la libertad de expresión* (Washington, D.C.: Organización de los Estados Americanos, 2009), párr. 67.

76. CIDH, *Informe anual 2013*; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe anual 2016 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión* (Washington, D.C.: Organización de los Estados Americanos, 2017); Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe anual 2022 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, Informe anual (Washington, D.C.: Organización de los Estados Americanos, 2022).

77. CIDH, *Informe anual 2013*; CIDH, *Informe anual 2016*. CIDH, *Informe anual 2022*.

78. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Inclusión digital y gobernanza de contenidos en internet* (Washington,

... si bien el enfoque de la Unión Europea se resalta por ser uno de derechos, se debe tener en cuenta que el marco jurídico interamericano difiere del aplicable en el contexto de los tratados fundacionales de la Unión Europea y del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que 'las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas' (...) mientras el artículo 10 del Convenio Europeo permite 'formalidades, condiciones, restricciones' que han sido interpretadas a favor de la imposición de censura previa bajo un escrutinio estricto, el artículo 13.2 de la Convención Americana establece explícitamente que el ejercicio de la libertad de expresión 'no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores'. Asimismo, la CADH contempla en su artículo 13.3 la protección explícita contra las restricciones indirectas a la libertad de expresión, y ni el Convenio Europeo ni el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos poseen disposiciones equiparables. La RELE también ha señalado distinciones entre las provisiones de la CADH y de otros tratados internacionales sobre derechos humanos respecto de los discursos no protegidos, como las expresiones de odio, concluyendo que su aplicación en el SIDH es más estricta.⁷⁹

Finalmente y en tercer lugar, la importación de normas *recientes* puede ser riesgosa porque con ella se podrían importar problemas que no han sido del todo detectados. Existen críticas crecientes a la DSA, en torno al acceso a datos para investigadores,⁸⁰ al requisito de presencia local,⁸¹ la definición de contenido ilícito,⁸² la definición de conocimiento efectivo, la falta de definición de riesgos sistémicos,⁸³ entre otras. Estas críticas se encuentran en pleno proceso de desarrollo—los legisladores latinoamericanos no se pueden beneficiar enteramente de ellas, porque la experiencia de la implementación es aún incipiente.

D.C.: Organización de los Estados Americanos, 2024), párr. 198.

79. CIDH, *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: Inclusión digital y gobernanza de contenidos en internet*, párr. 199.
80. Iná Jost, "In the First Interview of the Series, Agustina Del Campo Talks about Access to Data of Digital Platforms for Researchers," *InternetLab* (blog), August 23, 2023, <https://internetlab.org.br/en/news/in-the-first-interview-of-the-series-agustina-del-campo-talks-about-access-to-data-of-digital-platforms-for-researchers/>.
81. Matías González Mama y Belén Portugal, "La Exigencia de Presencia Local a Las Empresas TIC: Una Mirada Desde El Derecho Internacional de Los Derechos Humanos y El Derecho Económico Internacional."
82. Jacob Mchangama, "Op-Ed: Don't Be Too Tempted by Europe's Plan to Fix Social Media," *Los Angeles Times*, December 23, 2022, <https://www.latimes.com/opinion/story/2022-12-23/europe-digital-services-act-social-media-regulation-free-speech>.
83. Agustina Del Campo, Nicolás Zara, and Ramiro Álvarez-Ugarte, *Are Risks the New Rights? The Perils of Risk-based Approaches to Speech Regulation*. Global Network Initiative, *European Rights & Risks*.

Estos tres puntos que señalamos deberían servir de advertencia. Como procuramos mostrar en este trabajo, los legisladores de América Latina no son enteramente libres al momento de sentarse a desarrollar una propuesta regulatoria: lo hacen con antecedentes, con la experiencia de otros países, y con la presión formal e informal de modelos regulatorios ya existentes, parte de procesos más amplios de globalización regulatoria. El paradigma regulatorio de Internet está cambiando y la tendencia ya llegó a América Latina. Las dinámicas de globalización regulatoria son, en cierto sentido, inevitables. Los mecanismos a través de los cuales ésta opera son poderosos.⁸⁴ Pero los procesos de *migración* e *importación* nunca son lineales. Como explica Elías Palti desde el punto de vista de la historia de las ideas, éstas nunca están “fuera de lugar” o tienen un *locus* geográfico específico; las ideas siempre están “parcialmente desencajadas” y los procesos de asimilación siempre son “conflictivos debido a la presencia, en el interior de cada cultura, de pluralidad de agentes y modos de apropiación”.⁸⁵ Algo parecido puede decirse respecto de las regulaciones, que no son otra cosa que ideas autoritativas sobre cómo debe regirse el mundo. Nuestro análisis demostró que las ideas que la DSA propone como regulación de Internet ya se encuentran en circulación en América Latina. Queda por verse, sin embargo, si las formas concretas de *apropiación* van a considerar las particularidades locales y van a desplegarse teniendo a los estándares regionales de derechos humanos como norte normativo.

REFERENCIAS

Access Now. Carta. “Comentarios Al Proyecto de Ley de Gobernanza de Los Servicios Digitales y El Comercio Electrónico.” Carta, 2022. <https://www.accessnow.org/wp-content/uploads/2023/07/Comentarios-Proyecto-de-Servicios-Digitales-Costa-Rica.pdf>.

84. John Braithwaite y Peter Drahos, *Global Business Regulation*.

85. Elías José Palti, “El problema de ‘las ideas fuera de lugar’ revisitado más allá de la ‘historia de las ideas’” (México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Coordinador y Difusor de Estudios Latinoamericanos, 2006), <https://shial.colmex.mx/wp-content/uploads/2022/02/Elias-Jose.pdf>, 38.

Alianza Regional por la Libre Expresión e Información. "Una Década de Acceso a La Información En Las Américas." Saber Más. Alianza Regional por la Libre Expresión e Información, 2016.

Álvarez Ugarte, Ramiro, and Emiliano Vitaliani. "Redes de Influencia: Análisis de La Jurisprudencia Civil Argentina En Materia de Responsabilidad de Intermediarios." *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 11, no. 2 (2022): 147–82. doi:[10.5354/0719-2584.2021.65368](https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.65368).

Annegret Bendiek, and Isabella Stuerzer. "The Brussels Effect, European Regulatory Power and Political Capital: Evidence for Mutually Reinforcing Internal and External Dimensions of the Brussels Effect from the European Digital Policy Debate." *Digital Society, Springer* 2, no. 5 (January 23, 2023). https://link.springer.com/article/10.1007/s44206-022-00031-1?utm_source=getftr&utm_medium=getftr&utm_campaign=getftr_pilot.

Anupam, Chander. "Section 230 and the International Law of Facebook." *Yale Journal of Law & Technology* 2022 24 (2022): 393. <https://law.yale.edu/sites/default/files/area/center/isp/documents/chander.pdf>.

Bradford, Anu. *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*. Oxford University Press, 2020. <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780190088583.001.0001/oso-9780190088583-chapter-3>.

Braithwaite, John, and Peter Drahos. *Global Business Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

Bundestag. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, I S. 3352 BGBl § (2017). <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/index.html>.

Câmara dos Deputados. PL 2630/2020, Pub. L. No. 2630/2020 (2020). https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983&filename=PL%202630/2020.

Câmara, Silas, and Dani Cunha. *Projecto de Lei 4691/2024*, Pub. L. No. 4691/2024 (2024). <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2475865>.

CIDH. "Informe Anual 2013 de La Relatoría Especial Para La Libertad de Expresión." Washington D.C.: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (CIDH), May 3, 2013.

CIDH. "Informe Anual 2016 de La Relatoría Especial Para La Libertad de Expresión." Washington D.C.: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (CIDH), March 15, 2017. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/InformeAnual2016RELE.pdf>.

CIDH. "Informe Anual 2022 de La Relatoría Especial Para La Libertad de Expresión." Informe Anual. Washington D.C.: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, 2022.

CIDH. "Informe de La Relatoría Especial Para La Libertad de Expresión: Inclusión Digital y Gobernanza de Contenidos En Internet." Washington D.C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, June 2024. https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/Inclusion_digital_esp.pdf.

CIDH. "Marco Jurídico Interamericano Del Derecho a La Libertad de Expresión." Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, December 30, 2009.

Cohen, Julie E., and Ari Ezra Waldman. "Introduction: Framing Regulatory Managerialism as an Object of Study and Strategic Displacement." *Law and Contemporary Problems* 86, no. 3 (2023): i–xxi. <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol86/iss3/10>.

Cohen, Julile, and Ari Waldman. "Introduction: Framing Regulatory Managerialism as an Object of Study and Strategic Displacement." *Law and Contemporary Problems* 86, no. 3 (December 19, 2023): i–xxi. <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol86/iss3/10>.

CSJN. Rodríguez María Belén c. Google, 337 Fallos 1174 (CSJN 2014).

Del Campo, Agustina, Nicolás Zara, and Ramiro Álvarez Ugarte. "Are Risks the New Rights? The Perils of Risk-Based Approaches to Speech Regulation." *Artículos de Investigación*. Buenos Aires: CELE, 2024.

Del Campo, Agustina, Nicolás Zara, and Ramiro Álvarez-Ugarte. *Are Risks the New Rights? The Perils of Risk-based Approaches to Speech Regulation*. CELE Research Paper No. 64. February 28, 2025. Forthcoming in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 16, no. 2 (2025). <https://ssrn.com/abstract=5161173>.

Elias Palti. "El Problema de 'Las Ideas Fuera de Lugar' Revisitado Más Allá de La "Historia de Ideas"." Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Coordinador y Difusor de Estudios Latinoamericanos, 2006. <https://shial.colmex.mx/wp-content/uploads/2022/02/Elias-Jose.pdf>.

European Commission. "Código de buenas prácticas de la Unión en materia de desinformación Comisión Europea." *European Commission*, 2022. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/protecting-democracy/strengthened-eu-code-practice-disinformation_es.

European Commission. "Questions and Answers on the Digital Services Act." Text. *European Commission*, February 2024. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_2348.

European Commission. "The External Dimension of the Single Market Review." Commission Staff Working Document. Brussels: European Commission, November 20, 2007. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52007SC1519>.

European Commission. Digital Services Act, Pub. L. No. 2022/2065, OJ L 277, 27.10.2022 1 (2022). <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>.

European Parliament. "European Parliament Sets Out Its Vision." Future of Europe. Brussels: European Parliament, October 2017. <https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20171023RES86651/20171023RES86651.pdf>.

Frosio, Giancarlo. "Regulatory Shift in State Intervention: From Intermediary Liability to Responsibility." *Constitutionalising Social Media (Hart Publishing, Forthcoming)*, 2021.

Frosio, Giancarlo. "Regulatory Shift in State Intervention: From Intermediary Liability to Responsibility." In *Constitutionalising Social Media*, edited by [Editor's Name if available]. Oxford: Hart Publishing, forthcoming 2021.

Global Network Initiative. "European Rights & Risks: Stakeholder Engagement Forum Event Summary." Washington D.C.: Global Network Initiative, 2024. <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/GNI-DTSP-Forum-Summary.pdf>.

Goldsmith, Jack L., and Tim Wu. *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*. New York: Oxford University Press, 2006.

Han-Wei Liu. "Exporting Freedom of Speech Through Trade: The Global 'US Constitution First Amendment Moment' for Online Platform Liability." *Georgetown Journal of International Law* 53 (May 23, 2022). <https://tinyurl.com/yb6z4tjn>.

Hendrix, Justin. "Transcript: Mark Zuckerberg Announces Major Changes to Meta's Content Moderation Policies and Operations | TechPolicy.Press." *Tech Policy Press*, January 7, 2025. <https://techpolicy.press/transcript-mark-zuckerberg-announces-major-changes-to-metas-content-moderation-policies-and-operations>.

Jacob Mchangama. "Op-Ed: Don't Be Too Tempted by Europe's Plan to Fix Social Media." *Los Angeles Times*. December 23, 2022. <https://www.latimes.com/opinion/story/2022-12-23/europe-digital-services-act-social-media-regulation-free-speech>.

Jost, Iná. "In the First Interview of the Series, Agustina Del Campo Talks about Access to Data of Digital Platforms for Researchers." *InternetLab*, August 23, 2023. <https://internetlab.org.br/en/news/in-the-first-interview-of-the-series-agustina-del-campo-talks-about-access-to-data-of-digital-platforms-for-researchers/>.

Kattia Cambronero Aguiluz, Johanna Obando Bonilla, Eliécer Feinzaig Mintz, Jorge Dengo Rosabal, Diego Vargas Rodríguez, and Gilberto Campos Cruz. *Gobernanza de los servicios digitales y del comercio electrónico*, Pub. L. No. 23.184 (2024). <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/6120-D-2024.pdf>.

Keller, Daphne. "The EU's new Digital Services Act and the Rest of the World." *Verfassungsblog*, November 7, 2022. <https://verfassungsblog.de/dsa-rest-of-world/>.

Kosseff, Jeff. *The Twenty-Six Words That Created the Internet*. Ithaca [New York]: Cornell University Press, 2019.

Laidlaw, Emily. "Mapping Current and Emerging Models of Intermediary Liability." SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, June 15, 2019. doi:10.2139/ssrn.3574727.

Legislature du France. *Loi No. 2020-766 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, Pub. L. No. 2020-766, 0156 JORF (2020). <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042031970>.

Lessig, Lawrence. *Code. Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

Lina Paola Velázquez, and Nicolás Zara. "Regulación de Plataformas En Brasil: Necesidad, Peligros y Contradicciones," May 15, 2023. <https://observatoriolegislativocele.com/regulacion-de-plataformas-en-brasil-necesidad-peligros-y-contradicciones/>.

Marziotta, Gisella. Ley de etiquetados de identidades en redes sociales masivas, Pub. L. No. 6120-D-2024 (2024). <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2024/PDF2024/TP2024/6120-D-2024.pdf>.

Matias Daniel González Mama. "Problemas Asociados a La Regulación de La Responsabilidad de Intermediarios En Acuerdos Comerciales." Maestría, Universidad de San Andrés, 2023. <https://repositorio.udesa.edu.ar/items/7f2e5f0c-7728-4622-80f7-16f9eae03a88/full>.

Matías González Mama, and Belén Portugal. "La Exigencia de Presencia Local a Las Empresas TIC: Una Mirada Desde El Derecho Internacional de Los Derechos Humanos y El Derecho Económico Internacional." Artículos de investigación. Buenos Aires, Argentina: CELE, September 2022. https://www.palermo.edu/Archivos_content/2022/cele/papers/exigencia-de-presencia-local-empresas-TIC-1.pdf.

Morán, Micaela. Regulación de la publicidad difundida en redes sociales por parte de los denominados influencers, Pub. L. No. 1225-D-2024 (2024). <https://www.diputados.gov.ar/comisiones/permanentes/cpyhacienda/proyecto.html?exp=1225-D-2024>.

Parliament of the United Kingdom. Online Safety Act 2023, 2023 c. 50 § (2023). <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/50>.

Price, Monroe, and Stefaan Verhulst. "The Concept of Self-Regulation and the Internet." In *Protecting Our Children on the Internet. Towards a New Culture of Responsibility*, edited by J. Waltermann and M. Machill, 133–98. ---: Bertelsmann Foundation Publishers, 2000.

Rodas, Antonio José. Proyecto de ley sobre libertad de expresión, el derecho a la información e intercambio de ideas en redes sociales y motores de búsqueda en internet, Pub. L. No. 1193-S-2024 (2024). <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1193.24/S/PL>.

Thierry Breton [@ThierryBreton]. "Following the Terrorist Attacks by Hamas Against , We Have Indications of X/Twitter Being Used to Disseminate Illegal Content & Disinformation in the EU. Urgent Letter to @Elonmusk on #DSA Obligations <https://t.co/avMm1LHq54>." Tweet. *Twitter*, October 10, 2023. <https://x.com/ThierryBreton/status/1711808891757944866>.

Thierry Breton. "The #DSA Is Here to Protect Free Speech Against Arbitrary Decisions, and at the Same Time Protect Our Citizens & Democracies. My Requests to #Meta's Mark Zuckerberg Following the Terrorist Attacks by Hamas Against Israel — and on Tackling Disinformation in Elections in the EU <https://t.co/RnetUriRX>." Tweet. *Twitter*, October 11, 2023. <https://x.com/ThierryBreton/status/1712126600873931150>.

Trubek, David M., and Louise G. Trubek. "New Governance & Legal Regulation: Complementarity, Rivalry, and Transformation." *Columbia Journal of European Law* 13 (2006): 539. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/coljeul13&id=545&div=&collection=>.

Tusikov, Natasha. *Chokepoints: Global Private Regulation on the Internet*. 1st edition. University of California Press, 2016.

UNESCO. "Guidance for Regulating Digital Platforms. Safeguarding Freedom of Expression and Access to Information Through a Multistakeholder Approach." Paris, France: UNESO, September 2023.

Ximena Rincón, Pedro Araya, Iván Flores, and Matías Walker. Proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para resguardar a las personas de los trastornos de la información en plataformas digitales, Pub. L. No. 16.206-07 (2024). <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=16428&prmTIPO=INICIATIVA>.

Zamudio, Hector Fix. "The Writ of Amparo in Latin America." *Law. Am.* 13 (1981): 361.

Zittrain, Jonathan. *The Future of the Internet and How to Stop It*. New Haven [Conn.]: Yale University Press, 2008.

Received on 15/04/2025

Approved on 06/05/2025

SELECTION PROCESSES AND REPRESENTATIVENESS WITHIN THE FRAMEWORK OF JUDICIAL INDEPENDENCE:

a Latin American empirical study^{1/2/3}

Aline Beltrame de Moura⁴

Naiara Posenato⁵

Nuno Cunha Rodrigues⁶

ABSTRACT: This article provides a comparative analysis of judicial selection and appointment processes in ten Latin American countries: Argentina, Bolivia, Brazil, Chi-

1. A.B. de Moura, N. Posenato, N. C. Rodrigues, "Selection processes and representativeness within the framework of judicial independence: a Latin American empirical study," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 434 et seq.
2. This article was developed within the framework of the Jean Monnet Network "BRIDGE Watch: Valores y Democracia entre la Unión Europea y América Latina" (101126807), co-funded by Erasmus+ Programme. The support of the European Commission for the production of this publication does not constitute an endorsement of its contents, which reflect the views of the authors alone. The Commission cannot be held responsible for any use that may be made of the information contained herein.
3. Sections 1, 1.1, 1.2, 1.3 and the *Final Considerations*, were authored by Naiara Posenato. Sections 2, including 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 and the *Introduction*, were authored by Aline Beltrame de Moura and Nuno Cunha Rodrigues.
4. Professor of Law at the Federal University of Santa Catarina (Brazil). Holder of the Jean Monnet Chair in European Union Law. Coordinator of the Jean Monnet Module (2018–2021), the Jean Monnet Network – BRIDGE Project (2020–2023), and co-coordinator of the Jean Monnet Network Policy Debate – BRIDGE Watch (2023–2026) alongside Lisbon University. All projects are co-funded by the Erasmus+ Programme of the European Commission. Director of the Chair of European Union Studies at the European Institute of International Studies (Sweden). Director of the Latin American Center of European Studies (LACES) and Editor-in-Chief of the *Latin American Journal of European Studies*. PhD in International Law from the Università degli Studi di Milano (Italy). <https://orcid.org/0000-0003-0867-3560>.
5. Associate Professor of Comparative Law at State University of Milan (Italy). Member of the Doctoral Faculty in Comparative, Private, Civil Procedure and Business Law at the Università degli Studi di Milano, and of the Joint PhD Program between the Università degli Studi di Verona and the Federal University of Minas Gerais (UFMG). Italian coordinator of the Jean Monnet Network – BRIDGE Project (2020–2023), and of the Jean Monnet Network Policy Debate – BRIDGE Watch (2023–2026). Member of European Institute of International Studies (Sweden). Co-Director of the Latin American Center of European Studies (LACES) and Co-Editor of the *Latin American Journal of European Studies*. <https://orcid.org/0000-0002-4261-5922>.
6. Associate Professor of the Faculty of Law of the University of Lisbon. Vice-President of the European Institute of the Faculty of Law of the University of Lisbon. Holder of a Jean Monnet Chair. Coordinator of the Jean Monnet Network Policy Debate – BRIDGE Watch (2023–2026). The views expressed in this article are those of the author. <https://orcid.org/0000-0001-5768-6937>.

le, Colombia, Ecuador, Mexico, Paraguay, Peru, and Uruguay. It examines how institutional frameworks shape the selection, nomination, and term length of judges in both lower and higher courts, highlighting differences in meritocratic, political, and electoral approaches. The study was developed as a result of an academic partnership between the Jean Monnet Network "BRIDGE Watch: Valores y Democracia entre la Unión Europea y América Latina", co-funded by Erasmus+ Programme and the Inter-American Juridical Committee of the OAS. Based on data from national experts within the BRIDGE Watch network, the article identifies how these procedures affect judicial independence, representativeness, and public trust. By presenting regional trends and variations, it offers insights for reforms and the promotion of Rule of Law and democracy in Latin America.

KEY-WORDS: Judicial Independence; Selection Processes; Latin America.

PROCESOS DE SELECCIÓN EN EL MARCO DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: UN ESTUDIO EMPÍRICO LATINOAMERICANO

RESUMEN: Este artículo ofrece un análisis comparativo de los procesos de selección y nombramiento judicial en diez países de América Latina: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay. Examina cómo los marcos institucionales configuran los procedimientos de selección, nominación y duración del mandato de jueces tanto en tribunales inferiores como superiores, destacando diferencias entre enfoques meritocráticos, políticos y electorales. El estudio se desarrolló como resultado de una cooperación académica entre la Red Jean Monnet "BRIDGE Watch: Valores y Democracia entre la Unión Europea y América Latina", cofinanciada por el Programa Erasmus+, y el Comité Jurídico Interamericano de la OEA. Basado en datos proporcionados por expertos nacionales miembros de la red BRIDGE Watch, el artículo identifica cómo estos procedimientos afectan la independencia judicial, la representatividad y la confianza pública. Al presentar tendencias y variaciones regionales, ofrece aportes relevantes para posibles reformas y para la promoción del Estado de Derecho y la democracia en América Latina.

PALABRAS CLAVE: Independencia Judicial; Procesos de Selección; América Latina.

SUMMARY: Introduction; 1. Judicial Independence within the Framework of the Rule of Law; 1.1 Definition and Dimensions of Judicial Independence; 1.2 Relevant International and Regional Standards on Judicial Independence; 1.3 Selection and Appointment Processes: International Standards and Comparative Perspectives; 2. Procedures in Latin America; 2.1 Constitutional and Legal Framework; 2.2 Eligibility Requirements; 2.3 Selection Procedures; 2.4 Forms of Appointment; 2.5 Term Length; Final Considerations; References.

INTRODUCTION

Judicial independence is one of the foundational principles of the rule of law, as it constitutes a necessary condition for the protection of fundamental rights, the control of political power, and the safeguarding of minority groups. Howe-

ver, the implementation of this ideal varies considerably across Latin America, where institutional structures differ significantly from one country to another. Of particular relevance are the mechanisms for the selection and appointment of judges, as these not only determine access to the judicial career but also directly affect the legitimacy, public trust, and autonomy of the judiciary in relation to the other branches of government, thereby influencing the effectiveness of judicial independence.

In this context, the main objective of this article is to develop an empirical and comparative analysis of the constitutional and legal models governing the provision of judicial office in ten Latin American countries (Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, Mexico, Paraguay, Peru, and Uruguay), with special emphasis on the procedures for selection, appointment, and term length of both ordinary judges and members of higher courts.

This work is the result of an academic collaboration between the Jean Monnet Network Policy Debate project “BRIDGE Watch: Values and Democracy between the European Union and Latin America” (101126807), co-funded by the European Union under the Erasmus+ programme, and the Inter-American Juridical Committee of the Organization of American States (OAS). The initiative specifically contributes to the thematic report “Selection procedures and representativeness in the context of judicial independence,” under the rapporteurship of Dr. Nienke Grossman within the Committee.

The methodology adopted for the development of this article was based on empirical documentary research, with a focus on the collection and analysis of qualitative data. The information was gathered through systematized responses provided by national experts, university professors affiliated with the academic consortium of the BRIDGE Watch project, who completed a structured questionnaire aimed at describing the procedures for selecting and appointing both ordinary judges and members of high courts in their respective countries. The study included contributions from the following scholars: Martina Lourdes Rojo (Universidad del Salvador, Argentina), Boris Wilson Arias López (Universidad

Mayor de San Andrés, Bolivia), Aline Beltrame de Moura (Universidade Federal de Santa Catarina, Brazil), Fabíola Wust Zibetti (Universidad de Chile, Chile), Walter Arévalo Ramírez (Universidad del Rosario, Colombia), Danilo Vicente García Cáceres (Universidad Central del Ecuador, Ecuador), Manuel Becerra Ramírez (Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico), Roberto Jesús Ruiz Díaz Labrano (Universidad Nacional de Asunción, Paraguay), Ena Carnero Arroyo (Universidad Nacional de Trujillo, Peru), and Pablo Guerra Arangone (Universidad de la República, Uruguay). The data systematization was coordinated by researcher Carla Lerin from the Federal University of Santa Catarina (Brazil). The methodological approach sought to respect the legal specificities of each national system while also identifying comparable elements across the various contexts.

This article aims to contribute to the legal and institutional debate on best practices in judicial governance in Latin America, offering an informed basis for potential reforms and regional policy recommendations. By fostering a critical understanding of the links between judicial selection, representativeness, and independence, the study aligns with inter-American and European commitments to strengthening democracy, the rule of law, and the protection of human rights.

1. JUDICIAL INDEPENDENCE WITHIN THE FRAMEWORK OF THE RULE OF LAW

With the consolidation of liberal democracies and the emergence of contemporary constitutional justice, the judiciary has progressively expanded its sphere of action alongside the legislative and executive branches. This process has enabled judges to intervene in areas of increasing political relevance, as well as to contribute to the strengthening of the protection of individual rights.⁷

7. This dynamic is also referred to as "judicialization". The literature on the subject, both in the fields of law and political science, is too extensive to be surveyed here, even in summary form. A seminal text on the topic is C. Neal Tate and Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power* (New York: New York University Press, 1995). For an overview and contextual analysis, see the volume Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli, *Il sistema giudiziario: L'espansione giudiziaria nelle democrazie contemporanee* (Bologna: Il Mulino, 2017), *passim*.

This development underscores the increasing need to safeguard judicial independence.

Judicial independence is not a prerogative or privilege granted in the interest of the judge, but rather a precondition for the rule of law and a fundamental guarantee of the right to a fair trial.⁸ For rights and freedoms to be fully effective in a democratic system, the formal primacy of the law over the authority of government actors and private individuals is not sufficient. It is essential to have real and effective judicial oversight capable of ensuring that acts of public authority comply with the legal order, and that every individual's fundamental right to an impartial adjudication, based solely on the law and free from improper influence, is upheld.

The protection of judicial independence, as a means of limiting the arbitrary exercise of political power, has become one of the central aims of modern constitutionalism. This trend can be observed across national legal systems, although significant differences persist in how it is implemented, differences that stem from legal traditions, institutional structures, the status and career path of judges, among other factors. Within this framework, legal safeguards are established to protect both the independence of individual judges and the judiciary as an institution.

One of the fundamental safeguards of judicial independence lies in the system for selecting and appointing judges, which must be governed by certain basic principles, even though significant differences exist between legal cultures, as well as between states with consolidated liberal democracies and those still in the process of strengthening their own democratic frameworks. One of the areas most affected by this tension is the process of judicial selection and

8. *V. inter alia*, *The Bangalore Principles of Judicial Conduct* (The Bangalore Draft Code of Judicial Conduct 2001, adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, as revised at the Round Table Meeting of Chief Justices, The Hague, November 25–26, 2002), UN Doc. E/CN.4/2003/65 (2002), Value 1: Independence, "Judicial independence is a prerequisite to the rule of law and a fundamental guarantee of a fair trial."

appointment, as evidenced by recent reform initiatives in various parts of the world⁹, including Latin America.

As the powers attributed to the judiciary expand, there is also a parallel increase in the demand for effective judicial accountability mechanisms. The greater the power and influence exercised by judges in public life, the more essential it becomes to ensure that their actions are subject to oversight and evaluation within a transparent institutional framework that upholds the rule of law¹⁰. Judges who engage in corrupt practices, abuse the privileges of their office, or fail to uphold the principles of independence, impartiality, and professional integrity must be subject to removal through appropriate institutional mechanisms.

1.1 Definition and Dimensions of Judicial Independence

Judicial independence is a relational, complex, and multifaceted concept. Numerous theories and interpretations have been proposed on the subject, and a wide range of vocabulary has been employed to describe the different perspectives through which it is articulated¹¹. For the limited purposes of this analysis, it may be defined as the condition under which judges are able to act without restrictions, undue influence, pressure, threats, or interference, whether direct or indirect, from any authority, whether *de jure* or *de facto*.

Judicial independence encompasses two fundamental dimensions. On the one hand, external or institutional independence refers to the autonomy of the judicial system from external influences, particularly those exerted by the other branches of government, namely, the legislative and executive powers¹². On

9. Kate Malleson, "Introduction", in *Appointing judges in an age of judicial power. Critical perspectives from around the world*, ed. Kate Malleson and Peter H. Russell (University of Toronto Press, 2006), 4.

10. In this regard, and for further bibliographic references, v. Nuno Garoupa and Tom Ginsburg, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 444 (2008), 18.

11. For an analytical reconstruction of the various theories proposed to outline the principle v. David Kosař and Samuel Spáč, "Judicial Independence", *The Cambridge Handbook of Constitutional Theory*, ed Richard Bellamy and Jeff (Cambridge University Press, 2025), 869 ss.

12. By instance, "...a situation where the functions and competencies of the judiciary and the executive are not clearly distinguishable, or where the latter is able to control or direct the former, is incompatible with the notion of an independent tribunal." Cfr. Leandro Despouy,

the other hand, internal independence refers to each judge's ability to decide freely, based on the analysis of the facts and in accordance with the Constitution and the law, without being subject to pressure, even from hierarchical superiors within the judiciary itself¹³. Scholarly doctrine sometimes classifies these two dimensions under the heading of structural independence, in order to distinguish them from impartiality, understood as behavioral independence, which refers to a judge's ability to act without bias or favoritism in the specific context of a case, with respect to the parties involved¹⁴.

Contemporary debates emphasize that judicial independence is not limited to its existence as an institutional reality, but also encompasses an equally important dimension related to public perception. In this regard, it is important to distinguish between actual independence, referring to the effective ability of judges to adjudicate cases autonomously and free from undue influence, and perceived independence, which reflects the extent to which the public believes that judicial decisions are made freely and without external pressure. This public perception is essential for the social legitimacy of the judicial system as a whole; its absence can have serious consequences, such as an increased reliance on informal dispute resolution mechanisms, or even resort to private violence, as well as subjugation to forms of power, whether individual, state, or corporate, grounded in force or coercion, to the detriment of the rule of law¹⁵.

Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, UN Human Rights Council, A/HRC/11/41 (March 24, 2009), §18, p. 7.

13. In other words, judges must perform their functions with full autonomy from higher judicial authorities. For example, the allocation of cases within each court must be based on objective and pre-established criteria, in order to safeguard the right of the parties to be judged by an independent and impartial judge. See Committee of Ministers of the Council of Europe, *Judges: Independence, Efficiency and Responsibilities*, Recommendation CM/Rec(2010)12 and Explanatory Memorandum (Strasbourg: Council of Europe, November 17, 2010), §24, p. 9. This autonomy does not, however, exclude the possibility of judicial decisions being reviewed by higher courts through legally established appeals, nor does it disregard the value that each national legal system assigns to the case law and precedents established by Supreme or High Courts. As stated in Article 4 of the *Statute of the Ibero-American Judge*, adopted during the VI Ibero-American Summit of Presidents of Supreme and High Courts of Justice, held in Santa Cruz de Tenerife, Canary Islands, Spain, on 23–25 May 2001.

14. David Kosář and Samuel Spáč, "Judicial Independence", 868.

15. Jan van Zyl Smit, *Judicial Appointments in Latin America: The Implications of Tenure and Appointment Processes* (London: Bingham Centre for the Rule of Law, 2016), §11, 4.

In order to ensure judicial independence, a more or less structured set of safeguards has been established to protect judges in the exercise of their functions. Taken as a whole, these guarantees define not only the special status and institutional position of individual judges, but also that of the judiciary as a whole in relation to the other branches of government. They are instrumental in preserving both the perception of impartiality and autonomy, and the effective implementation of these principles in practice.

1.2 Relevant International and Regional Standards on Judicial Independence

Since the mid-20th century, a body of ideas has emerged aimed at strengthening the rule of law and the institutions that support it, both at the national and international levels. The protection of fundamental rights, advanced through international, and especially regional, instruments such as the European Convention on Human Rights (ECHR)¹⁶ and the American Convention on Human Rights (Pact of San José)¹⁷, is closely linked to the recognition of judicial guarantees as institutional safeguards. These guarantees are essential preconditions for the enforceability of other rights, thereby strengthening the role of judicial power and judges in ensuring their effective realization.

Specific texts issued by both international organizations and official bodies, as well as by independent groups, establish standards on judicial independence with varying levels of detail, offering a broad and structured perspective on the elements that must be ensured. At the universal level, two key instruments stand out: the United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary,

16. The issue of judicial independence is encompassed within the framework of the Right to a fair trial, as enshrined in ECHR Article 6 – Right to a fair trial: “1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”

17. Article 8 of the American Convention on Human Rights sets out the elements of due process of law, and provides that: “Article 8 – Right to a fair trial 1. Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against them or for the determination of their rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature.”

adopted by the General Assembly in 1985¹⁸, and the Bangalore Principles of Judicial Conduct, endorsed by the United Nations Economic and Social Council in 2002 and subsequently adopted by the UN Commission on Human Rights in Resolution 2003/43, with the support of more than eighty countries from diverse legal traditions¹⁹.

At the regional level in Europe, reference should be made to Recommendation No. R (94) 12 of the Committee of Ministers of the Council of Europe and Opinion No. 1 (2001) of the Consultative Council of European Judges (CCJE), both of which reaffirm the standards concerning judicial independence and security of tenure²⁰. In the Asia-Pacific region, the Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the Lawasia region (1995) represents a significant milestone²¹. Within the Commonwealth context, the Latimer House Principles on the Three Branches of Government (2003) stand out as a key reference²².

In the Americas, one of the most significant documents is the Statute of the Ibero-American Judge, adopted in May 2001 by representatives of the judiciaries of 20 Ibero-American countries. It establishes common parameters regarding impartiality, security of tenure, accountability, and the duties of judges²³. This effort was reinforced by the Declaration of Minimum Principles on the Independence of Judiciaries and Judges in Latin America, known as the Campeche Declaration, adopted by the General Assembly of the Latin American

18. United Nations, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Milan, August 26–September 6, 1985; endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of November 29, 1985 and 40/146 of December 13, 1985).

19. *The Bangalore Principles of Judicial Conduct*.

20. Consultative Council of European Judges (CCJE), *Opinion No. 1 (2001) on Standards Concerning the Independence of the Judiciary and the Irremovability of Judges* (Strasbourg: Council of Europe, 2001).

21. Law Association for Asia and the Pacific (LAWASIA), *Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region* (adopted in Beijing, China, August 1995).

22. Commonwealth Secretariat, *Commonwealth (Latimer House) Principles on the Accountability of and the Relationship Between the Three Branches of Government* (adopted by Law Ministers and endorsed by Commonwealth Heads of Government, Abuja, Nigeria, 2003).

23. Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, *Estatuto del Juez Iberoamericano* (adopted at the VI Cumbre, Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, May 23–25, 2001).

Federation of Judges, which also called for permanent judicial appointments as a core safeguard of independence²⁴. Subsequently, in 2013, the Inter-American Commission on Human Rights published a dedicated report entitled *Guarantees for the Independence of Justice Operators*, which focuses on the institutional and functional protection of judicial actors²⁵.

Although these instruments vary in origin and scope, they converge in affirming that judicial independence requires normative, institutional, and functional guarantees aimed at preventing external interference and ensuring the impartiality of adjudicators.

1.3 Selection and Appointment Processes: International Standards and Comparative Perspectives

The selection and appointment of judges is a decisive element in safeguarding judicial independence. Any form of dependency on the authority responsible for the appointment seriously undermines a judge's ability to render decisions that are impartial, legitimate, and of high technical quality.²⁶ The absence of adherence to certain fundamental parameters may create space for a high degree of discretion on the part of the appointing authorities, which could result in the selection of individuals who are not necessarily the most qualified for the position²⁷.

At present, internationally accepted standards regarding judicial selection procedures are generally based on the principle of merit and promote the depoliticization of appointment processes²⁸. Broad consensus supports the view

24. General Assembly of the Latin American Federation of Judges (FLAM), *Declaration of Minimum Principles Concerning the Independence of the Judicial Branch and Judges in Latin America* ("Campeche Declaration") (adopted at Campeche, Mexico, 2008).

25. Inter-American Commission on Human Rights, *Guarantees for the Independence of Justice Operators: Towards strengthening of access to justice and the rule of law in the Americas*, OEA/Ser.L/V/II (December 5, 2013).

26. Garoupa and Ginsburg, Tom, *Guarding the Guardians*, 2.

27. See also Inter-American Commission on Human Rights, *Guarantees for the Independence of Justice Operators*, 27.

28. See European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Judicial Appointments*, Report adopted at the 70th Plenary Session (Venice, 16–17 March 2007), CDL-AD(2007)028, Opinion No. 403/2006, §3, 2.

that evaluations should be carried out objectively, according to pre-established criteria, and through procedures that are public, transparent, and non-discriminatory, without prejudice to any legitimate requirement of nationality established by the country concerned.

Merit is primarily associated with legal and technical competence²⁹ and is sometimes linked to qualities such as efficiency, or prior professional experience. In addition, ethical and behavioural aspects, such as integrity and, more broadly, independence, may also be considered relevant³⁰. In some legal systems, there is a growing trend towards greater representativeness within the judiciary, promoting gender equity and the inclusion of minority groups, with the aim of addressing historical patterns of discrimination³¹.

Due to the special functions they perform, the selection and appointment criteria for judges of higher and constitutional courts often differ from those applicable to judges of ordinary courts. These high jurisdictions play a particularly significant role in their interaction with the other political branches of the State and issue decisions with far-reaching social and political implications³². Accordingly, many higher courts follow a "recognition-based judiciary" model,

-
29. See United Nations, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (1985), Principle 10: "Persons selected for judicial office shall be individuals of integrity and ability with appropriate training or qualifications in law"; *Statute of the Ibero-American Judge* (2001), art. 11: "Selection and appointment procedures shall be conducted by bodies predetermined by law, applying procedures that are likewise predetermined and public, and that objectively assess the professional knowledge and merits of the candidates"; Law Association for Asia and the Pacific (LAWASIA), *Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary* (1995), principles 11-12. "To enable the judiciary to achieve its objectives and perform its functions, it is essential that judges be chosen on the basis of proven competence, integrity and independence. [...] The mode of appointment of judges must be such as will ensure the appointment of persons who are best qualified for judicial office. It must provide safeguards against improper influences being taken into account so that only persons of competence, integrity and independence are appointed."
30. In some common law systems, there is growing tension between the traditional emphasis on formalist legal-technical skills and the increasing demand for communicative, practical, and interpersonal abilities. See Malleon, *Judicial Appointments*, 9.
31. See Commonwealth Secretariat, *Commonwealth (Latimer House) Principles on the Three Branches of Government* (2003), IV(a).
32. Malleon, *Judicial Appointments*, 5 "The rationale for judicial independence in the various types of courts also needs to be differentiated. The reason for ensuring that judges appointed at trial level are independent of their appointers is to ensure that judges can decide cases impartially as between the parties – without being affected by 'fear or favour,' as is commonly articulated in the judicial oath sworn by judges on taking office. In the top review courts, however, where judges are often called upon to decide between the competing ideologies, values, or policies which underlie the law, the notion of impartiality is more problematic." (6)

which allows for the appointment of distinguished jurists from outside the judicial career, including legal practitioners, academics, and, in some cases, political figures. While this model is characteristic of common law systems, it is also found in the highest courts of several civil law jurisdictions³³.

In practice, national legal systems implement judicial selection criteria in diverse ways, giving varying degrees of importance to factors such as technical competence, interpersonal skills, or the candidate's prior professional experience. These variations are largely shaped by the institutional structure of the judiciary and the model of judicial career in place. Although such structures differ considerably across legal traditions, they generally fall between two ideal types of judicial organization: the bureaucratic model and the professional model, typically associated with civil law and common law systems, respectively. In systems characterized by a bureaucratic judiciary, judges are selected through technically structured procedures such as competitive public examinations, which primarily assess candidates' legal knowledge. These exams are generally aimed at recent law graduates with little or no professional experience. This model emphasizes early socialization within the judicial career as a means of professional training and consolidation. In contrast, professional judiciary systems adopt selection mechanisms designed to recruit jurists with a well-established professional trajectory, particularly in legal practice, thereby fostering prior socialization in broader legal contexts³⁴.

Both models present, at first glance, distinct advantages and challenges. In the case of the bureaucratic model, one may question whether competitive examinations should serve as the sole determining criterion for entry into the judiciary, or whether factors such as prior professional experience and personal competencies should also be taken into account. Conversely, in the professional model, concerns may arise regarding the objectivity, transparency, and fairness

33. See Van Zyl Smit, *Judicial Appointments in Latin America*, §30, 9–10.

34. See John Henry Merryman and Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3rd ed. (Stanford: Stanford University Press, 2007), 34 ff.

of the selection process, particularly when it is mediated by mechanisms of cooptation or institutional discretion³⁵.

These models also raise important questions regarding the development of judicial careers over time, with significant implications for the guarantee of judicial independence. In the bureaucratic model, the judiciary is structured hierarchically, with promotion mechanisms based on competitive evaluation. This logic can generate institutional pressures, whether real or perceived, that may influence how judges decide cases, encouraging alignment with internal expectations or those of higher-ranking authorities, even when such alignment conflicts with their legal conscience or interpretation of the law³⁶. Unlike in civil law systems, judges in common law jurisdictions generally have fewer formal opportunities for promotion, which tends to reduce the potential for political interference in their decision-making through the expectation of advancement to higher judicial office.

In addition to judicial appointment systems based on various criteria focused on the technical qualifications of candidates, there are also electoral models in which judges are chosen either directly by the people or indirectly by parliament, in partisan or non-partisan contexts. This model has attracted increasing attention in recent years, in line with the broader trend toward enhancing judicial accountability, as it is often perceived as conveying greater democratic legitimacy³⁷. However, such an approach offers few guarantees of professional competence and also entails significant risks, including the potential politicization of the selection process and the involvement of judges in dynamics typical of electoral campaigns, particularly in contexts marked by deep social polarization and uncertainty regarding the country's institutional trajectory³⁸.

35. See Venice Commission, Report on Judicial Appointments, CDL-AD(2007)028, §36.

36. Garoupa and Ginsburg, *Guarding the Guardians*, 9.

37. For a descriptive overview of the arguments for and against the elective system, see, among others, Charles Gardner Geyh, *Who Is to Judge? The Perennial Debate over Whether to Elect or Appoint America's Judges* (New York: Oxford University Press, 2019).

38. Aníbal Pérez Liñán and Andrea Castagnola, "Institutional Design and External Independence: Assessing Judicial Appointments in Latin America" (APSA 2011 Annual Meeting Paper, 2011), 4, <https://ssrn.com/abstract=1901127>.

Judicial appointment methods also vary, even within a single legal system, with frequent distinctions between procedures applicable to higher courts and those used for lower courts. These procedures may include political appointments - whether unilateral, by a single branch such as the executive (single-body mechanism), or involving collaboration between branches, such as the executive and the legislature (cooperative mechanism). Appointments may also be made cooperatively, by bodies composed exclusively of judges, or through judicial councils with pluralistic representation. Representative appointment mechanisms enable two or more bodies to each appoint a number of members to a court³⁹. Lastly, hybrid systems exist in which the nominating body belongs to one category (e.g., a judicial council), while the authority that formalizes the appointment resides in another (e.g., a political authority)⁴⁰.

The formal text of a constitution does not always reflect the actual functioning of judicial appointment mechanisms. In practice, executive bodies that appear to hold broad or unchecked powers of appointment under constitutional provisions may, in fact, operate within significant limits imposed by statutory norms or established conventions, effectively transforming such mechanisms into cooperative or professional systems⁴¹.

All methods exhibit both strengths and weaknesses. Popular elections provide direct democratic legitimacy but expose candidates to political pressure and risks of clientelism. Judicial cooptation tends to ensure technical competence,

39. For example, in the Italian Constitutional Court, the fifteen judges are appointed through a mixed system that reflects a balance among the branches of government. Specifically, five judges are appointed by the President of the Republic, five are elected by Parliament in joint session (i.e., by both the Chamber of Deputies and the Senate), and the remaining five are elected by the highest judicial bodies: three by the Court of Cassation, one by the Council of State, and one by the Court of Auditors. This structure is designed to ensure a pluralistic composition and to preserve the independence of the Court from any single institutional influence.

40. See Despouy, *Promotion and Protection of All Human Rights*, §24, 8.

41. A discrepancy between constitutional provisions and actual practice can be observed in the Netherlands. While the Constitution formally provides for the appointment of Supreme Court judges by the king—on the binding advice of the government and from a shortlist submitted by the lower house of parliament—this procedure, though ostensibly cooperative, is largely professional in practice, as the shortlist is typically based on recommendations made by the Supreme Court itself. See Ten Kate, J. and van Koppen, P. J., 'The Netherlands: Toward a Form of Judicial Review', in C. N. Tate and T. Vallinder (eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press, 1995.

yet it may lead to conservatism and corporatism. Appointments by political authorities can enhance institutional legitimacy, but they also risk undermining judicial independence⁴².

As an alternative, the involvement of independent bodies in nomination processes has been proposed. In general, international standards recommend that all matters relating to the selection, appointment, promotion, and discipline of judges should fall, at least in part, under the responsibility of an authority that is independent of both the executive and legislative branches, particularly with regard to lower courts⁴³. Many states have established specific bodies endowed with autonomy and independence to play an exclusive or complementary role in such procedures⁴⁴. The Venice Commission recommends that the membership of such bodies should not be composed exclusively of judges, in order to avoid situations of "corporatism."⁴⁵ Similarly, the Inter-American Commission on Human Rights has stated that Judicial Councils should be autonomous from Supreme Courts and should not be chaired by the president of the highest court within the jurisdiction⁴⁶.

The length and stability of judicial appointments are also matters that require appropriate safeguards in order to protect judges from external pressures or conflicts of interest, elements that are essential to maintaining an independent judiciary. International standards indicate that permanent appointments are generally preferable in this regard⁴⁷. However, in the case of higher or constitutional courts, fixed-term appointments may be considered acceptable, provided they

42. See CCJE, Opinion No. 1 (2001), §33, 8.

43. In the case of constitutional courts, given their inherently more political nature and function, the involvement of the legislative branch in the appointment process may be justified, provided that it is carried out on the basis of transparent rules and pre-established criteria.

44. On composition, functions, and limits, and for further bibliography, see extensively Garoupa and Ginsburg, *Guarding the Guardians*, *passim*.

45. See Venice Commission, *Report on Judicial Appointments* (CDL-AD(2007)028), Opinion No. 403/2006, §42, [27]–[30].

46. IACHR, *Guarantees for the Independence of Justice Operators*, 2013, 10, 246.

47. See, *inter alia*, CCJE, *Opinion No. 1 (2001)*, §48, 12; UN, *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, Principle 12.

are of substantial duration and non-renewable⁴⁸. Judicial tenure should extend until mandatory retirement age or until the expiration of a fixed term, which must be clearly defined and established in advance.

2. PROCEDURES IN LATIN AMERICA

The development of this study was based on empirical documentary research focused on the collection and analysis of qualitative data regarding the selection and appointment processes of judges in ten Latin American countries: Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, Mexico, Paraguay, Peru, and Uruguay. The study resulted from an academic partnership between the Jean Monnet Network Policy Debate project “BRIDGE Watch: Values and Democracy between the European Union and Latin America” and the Inter-American Juridical Committee of the Organization of American States (OAS), with the aim of contributing to the thematic report *Selection processes and representativeness within the framework of judicial independence*, under the rapporteurship of Dr. Nienke Grossman.

Data collection was conducted through a structured questionnaire addressed to national experts affiliated with the BRIDGE Watch project, all of whom are university professors with extensive research experience. The questionnaire requested a detailed description of the legal frameworks governing the selection, appointment, and term lengths of judges in both ordinary and high courts of their respective countries. The responses were systematized to allow for comparison across different legal contexts, while respecting national specificities. The adopted methodology enabled the identification of regional patterns, institutional variations, and the main challenges faced by the countries in promoting judicial independence and representativeness in the appointment of judges.

48. See Jan van Zyl Smit, *The Appointment, Tenure and Removal of Judges under Commonwealth Principles: A Compendium and Analysis of Best Practice* (Report of Research Undertaken by the Bingham Centre for the Rule of Law, 2015), 19.

2.1 Constitutional and Legal Framework

With regard to the constitutional and legal framework guiding the selection and appointment of judges in the ten Latin American countries analyzed, the normative foundation lies primarily in the National Constitutions⁴⁹ of each country, some of them underwent subsequent reforms, and is often complemented by infra-constitutional norms, such as organic laws of the judiciary and judicial codes.

In general terms, the guiding principles of judicial selection and appointment processes in Latin American countries reveal the existence of shared normative guidelines, albeit applied with variations depending on the country and the judicial level. Thus, there is a common normative basis that primarily combines merit, transparency, citizen participation, independence, and ethics as pillars of judicial selection in the region.

Merit emerges as a central principle, particularly in lower courts, where public competitive examinations assess knowledge, skills, experience, and integrity (as in Argentina, Brazil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Peru, and Uruguay). In Mexico, even after the 2024 constitutional reform⁵⁰ that introduced popular elections, technical and academic criteria continue to be required. Transparency is emphasized as an essential principle in countries such as Argentina, Peru, Ecuador, Colombia, and Mexico, through mechanisms that include public consultations and hearings, the disclosure of information, and social oversight. Citizen participation is formally integrated into processes such as consultations and challenges (Argentina, Colombia, Ecuador, and Peru), and, in the case of

49. Argentina, *Constitución de la Nación Argentina*, 1994; Bolivia, *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*, 2009; Brazil, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988; Chile, *Constitución Política de la República de Chile*, 1980; Colombia, *Constitución Política de Colombia*, 1991; Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 2008; Mexico, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 1917; Paraguay, *Constitución Nacional de la República del Paraguay*, 1992; Peru, *Constitución Política del Perú*, 1993; Uruguay, *Constitución de la República Oriental del Uruguay*, 1967.

50. On September 15, 2024, the Decree amending, adding, and repealing various provisions of the Political Constitution of the United Mexican States regarding the reform of the Judiciary was published in the Official Gazette of the Federation (*Diario Oficial de la Federación – DOF*).

Mexico, it has been radically expanded through the adoption of popular elections for judges.

Judicial independence is repeatedly cited as a central objective of selection rules, aiming to ensure impartiality and to protect the judiciary from external interference (as reflected in the reforms and safeguards provided in Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, Mexico, and Uruguay). Finally, principles such as integrity, probity, ethics, and moral uprightness are emphasized to ensure that selected judges not only meet technical requirements but also demonstrate exemplary moral conduct (Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, Mexico, Paraguay, and Peru).

With regard to higher courts, the applicable normative framework is generally defined directly by the National Constitutions, and it is common for the appointment process to involve the joint participation of the Executive Branch (President of the Republic) and the Legislative Branch (Senate or equivalent assembly). For lower courts, several countries, such as Argentina, Bolivia, Ecuador, Paraguay, Peru, and Uruguay, have constitutionally established Judicial Councils or equivalent bodies responsible for conducting the selection and appointment processes at the first instance level.

In addition, complementary norms detail the constitutional procedures, such as the *Decreto relativo al Consejo de la Magistratura* in Argentina⁵¹, the *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia* in Colombia⁵², the *Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia*⁵³ and the *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* in Peru⁵⁴, the *Código Orgánico de la Función Judicial* in Ecuador⁵⁵, as well

51. Argentina. Law No. 24.937 – Law of the National Council of the Judiciary. Official Gazette, December 10, 1997; Argentina. Decree No. 222/2003– Procedure for the exercise of the authority granted to the President of the Nation by Article 99, Section 4, of the Constitution of the Argentine Nation for the appointment of Supreme Court Justices. Regulatory framework for the preselection of candidates to fill vacancies. Official Gazette, June 19, 2003.

52. Colombia. Statutory Law on the Administration of Justice, Law 270 of 1996. Enacted March 7, 1996.

53. Peru. Organic Law of the National Board of Justice, Law No. 30916. Enacted March 20, 2019.

54. Peru. Organic Law of the Constitutional Court, Law No. 28301. Enacted August 31, 2004.

55. Ecuador. Organic Code of the Judicial Function, Law No. 2009-024. Official Register Supplement No. 544, March 9, 2009. Last amended March 10, 2022.

as the controversial *Ley Orgánica del Poder Judicial y de Organización de los Tribunales* in Uruguay^{56 57}.

2.2 Eligibility Requirements

Judicial eligibility requirements in Latin American countries reflect high standards of qualification, professional experience, and moral integrity, thereby reinforcing public confidence and the legitimacy of the judiciary.

For higher courts, eligibility criteria tend to be even more stringent. In addition to requiring a law degree, a minimum period of legal experience is typically demanded, ranging from five to fifteen years depending on the country. Professional experience as a lawyer, judge, prosecutor, public defender, or university professor is commonly accepted. Distinction in one's legal career is often valued, underscoring the importance of meritocracy and technical competence.

Moral integrity, an unblemished reputation, and ethical conduct are central requirements and are explicitly stipulated in nearly all of the countries analyzed. In addition to these criteria, some jurisdictions establish minimum age thresholds for appointments to the highest judicial positions. In Argentina (*Corte Suprema de Justicia de la Nación*), Bolivia (*Corte Suprema de Justicia*), and Mexico (*Suprema Corte de Justicia de la Nación*, after the 2024 reform), the candidate must be at least 30 years old. For the *Tribunal Constitucional Plurinacional* of Bolivia, the minimum age is 35; in Brazil (*Supremo Tribunal Federal*), the candidate must be between 35 and 70 years of age; and in Peru (*Corte Suprema*), at least 45.

Some countries adopt distinctive and innovative approaches to the composition of their higher courts, such as Chile and Brazil. In the Chilean system, five justices of the *Corte Suprema* must be selected from among lawyers external to the judicial career, with at least fifteen years of professional practice and a record

56. Uruguay. *Law No. 19.830 of 2019. Reform of aspects of the organization and administration of the judicial career*. Montevideo. Official Gazette, July 18, 2019.

57. Uruguay. *Supreme Court Judgment No. 549/2022*, July 20, 2022. The Supreme Court of Justice of Uruguay declared several articles of Law No. 19.830/2019 unconstitutional for infringing upon the exclusive competences of the Judiciary and violating the principle of separation of powers. The challenged provisions (Articles 1, 2, 3, 6, 7, 8, and 10) were formally repealed by Law No. 20.212, November 6, 2023.

of notable distinction. Similarly, Brazil applies the so-called *quinto constitucional* (constitutional fifth), a provision that reserves one-fifth of the seats in certain courts for practicing lawyers and members of the Public Prosecutor's Office. These mechanisms aim to ensure professional diversity in the composition of the judiciary, preventing exclusive occupation of these positions by career judges.

It is also noteworthy that Ecuador's Constitution and Bolivia's legislation promotes gender parity in the composition of the *Corte Constitucional* and of the *Tribunal Supremo de Justicia*, respectively, while Mexico enshrines this principle across all levels of the judiciary, reflecting institutional commitments to gender equality and representativeness. In countries that adopt popular elections to select judges, such as Bolivia and Mexico, party affiliation is prohibited among candidates, as a safeguard for judicial impartiality and independence.

The selection of lower court judges in the countries analyzed is predominantly based on competitive public processes that prioritize merit, assessing legal knowledge, professional experience, technical aptitude, and moral and ethical integrity. Common requirements include a minimum academic qualification, generally a law degree, prior professional or academic experience in the legal field, and successful performance in public competitive exams. In Mexico, for example, following the 2024 constitutional reform, *magistrados de circuito y de distrito* (federal judges) must hold a law degree, have at least five years of proven legal activity, and demonstrate good reputation.

In summary, although normative and structural differences exist among Latin American countries, there is a shared pattern of valuing technical qualifications, legal experience, and moral integrity as essential prerequisites for entering the judiciary. The prevailing trend is the strengthening of meritocracy at the lower levels through rigorous public examinations, while appointments to higher courts remain influenced by political or institutional considerations, often combined with prior technical screening. Experiences in Chile and Brazil demonstrate efforts to diversify judicial profiles through the inclusion of lawyers and prosecutors, while Peru stands out with its institutionalized meritocratic

model. Initiatives promoting gender equity, such as in Ecuador and Mexico, and the prohibition of political affiliation in electoral systems, as seen in Bolivia and Mexico, further reveal a regional concern for judicial representativeness and impartiality. Despite national particularities, the countries in the region converge on the importance of criteria that ensure legitimacy, diversity, and the independence of the judiciary.

2.3 Selection Procedures

The procedures for selecting judges in Latin American countries reveal a wide variety of models, reflecting different legal traditions and institutional frameworks across the region.

In higher courts, selection procedures are more diverse and complex. Bolivia and Mexico (following the 2024 reform) have adopted popular elections to choose members of their supreme courts, although candidates must first be preselected through legislative processes. In other countries, judicial appointments are primarily made by the Executive Branch with approval from the Legislature, such as in Argentina (*Corte Suprema*), Brazil (*Supremo Tribunal Federal* and *Superior Tribunal de Justiça*), Chile (*Corte Suprema*), and Paraguay (*Corte Suprema de Justicia*). In Uruguay, members of the *Suprema Corte de Justicia* are elected by the *Asamblea General*, and in Colombia by the Senate of the Republic.

Often, these selection processes are guided by lists prepared by other bodies, such as judicial councils or the courts themselves. In Argentina, the process is characterized by broad transparency and citizen participation. In Chile, Senate approval requires a two-thirds majority of sitting members, while in Uruguay, election by the *Asamblea General* also demands a qualified two-thirds majority, with both chambers voting jointly.

In Colombia, justices of the *Corte Constitucional* are elected by the Senate from a list of three candidates (*listas tríplices*) submitted respectively by the President of the Republic, the *Corte Suprema de Justicia*, and the Council of State. These lists must include lawyers from different legal specializations,

ensuring diversity in the court's final composition. Meanwhile, the judges of Colombia's *Corte Suprema de Justicia* are elected by the Full Chamber of the Court through a cooptation system, based on lists prepared and submitted by the *Consejo Superior de la Judicatura*.

In Peru, justices of the *Tribunal Constitucional* are selected through a merit-based public competition conducted by a special commission created by the National Congress. In many countries, the selection process includes additional steps such as public hearings, the evaluation of work proposals, or detailed background and merit assessments.

Notably, in Uruguay, the selection process for the *Suprema Corte de Justicia* has faced recurring criticism due to its lack of transparency, limited citizen participation, and the absence of effective accountability mechanisms. In 2023, the *Suprema Corte de Justicia* declared several provisions of Law No. 19.830/2019⁵⁸ unconstitutional, arguing that they encroached upon the exclusive powers of the Judiciary as enshrined in the Uruguayan Constitution and violated the principle of separation of powers. These concerns had already been raised in 2017, when the country was summoned by the Inter-American Commission on Human Rights to explain the state of judicial independence⁵⁹.

As for lower courts, the predominant method of judge selection is the public competitive examination process (*concurso público de provas e títulos* or *méritos y oposición*), based essentially on merit. This process is generally conducted by bodies such as the *Consejo de la Magistratura* (Argentina, Bolivia, and Paraguay), the *Consejo Nacional de Justicia* (Peru), the *Corte Suprema* (Uruguay and partially in Chile, where appellate courts also participate for certain appointments), the *Consejo de la Judicatura* (Ecuador), and State or Federal Courts in accordance with the guidelines of the *Conselho Nacional de Justiça* (Brazil). The process typically includes written and oral exams, résumé analysis, interviews, and in some cases, training after selection or probationary periods.

58. Uruguay. *Supreme Court of Justice*. Judgment No. 549/2022, July 20, 2022.

59. CAinfo. 2017. "Concerns about the Selection Process of Supreme Court Justices." *CAinfo*. Accessed May 28, 2025. <https://www.cainfo.org.uy/2017/01/preocupacion-por-proceso-de-eleccion-de-ministros-de-la-suprema-corte-de-justicia/>.

In Argentina and Chile, once the initial evaluation stages are completed, short-lists of three or five candidates are prepared, by the *Consejo de la Magistratura* in Argentina, and by the *Corte de Apelaciones* or the *Corte Suprema* in Chile, and subsequently submitted to the Executive Branch for final appointment. Ecuador and Peru incorporate mechanisms for citizen participation, allowing challenges during the process. Colombia faces particular challenges due to the high number of provisional judges, which affects systemic stability⁶⁰. In contrast, Mexico, following the 2024 constitutional reform, introduced a major innovation by adopting direct popular elections for federal judges of circuit and district courts.

Thus, higher courts are generally filled through procedures with stronger political components involving the Executive and Legislative branches, while lower courts tend to follow merit-based systems structured around public competitive examinations and technical evaluations. Countries such as Argentina and Chile present hybrid models, combining technical shortlisting with final appointment by the Executive. Others, like Peru and Ecuador, incorporate greater citizen participation into their selection processes.

Among countries adopting popular elections for their highest courts, only Mexico extends this model to lower courts as well, while Bolivia continues to appoint judges at lower levels through merit-based examinations. Despite differing institutional designs, all models, to varying degrees, seek to balance judicial independence, democratic legitimacy, and institutional accountability.

2.4 Forms of Appointment

The formal act of appointing judges represents a central stage within Latin American judicial systems, as it officially formalizes the final decision of the selection process. Although selection mechanisms vary considerably across countries, the authority responsible for drafting and signing the act of appoint-

60. Colombia. *Statutory Law on the Administration of Justice*, Law 270 of 1996, art. 132.2.

ment reflects each country's institutional design and the degree of involvement of the Executive, Legislative, Judiciary, or electorate in legitimizing the judiciary.

In the case of higher courts, appointment methods can be categorized into distinct institutional models. The first group includes countries that adopt a presidential model with legislative oversight. In Brazil (*Supremo Tribunal Federal* and *Superior Tribunal de Justiça*) and Argentina (*Corte Suprema*), appointments are made by the President of the Republic and subject to Senate confirmation. A similar structure exists in Chile (*Corte Suprema*), where the President of the Republic appoints from a shortlist drafted by the Court itself, also requiring Senate approval. In Paraguay, the Justices of the *Suprema Corte de Justicia* are appointed by the Executive, with Senate approval, from lists submitted by the *Consejo de la Magistratura*.

A second group follows a parliamentary or legislative appointment model. In Uruguay, for example, the members of the *Suprema Corte de Justicia* are appointed exclusively by the Asamblea Geral, with no involvement from the Executive Branch. A third group adopts an institutional model, exemplified by Peru, where the *Junta Nacional de Justicia* is responsible for appointing judges and prosecutors at all levels through, public, merit-based competitions and individual evaluations. Similarly, in Ecuador, the *Pleno del Consejo de la Judicatura* holds the authority to appoint judges across all levels of the judicial career.

Lastly, a fourth group encompasses countries that have introduced direct popular elections for judicial appointments. In Mexico, following the 2024 constitutional reform, the formal appointment merely validates the results of the popular election organized by the National Electoral Institute, and Justices of the Suprema Corte de Justicia take office upon swearing an oath before the Senate. Similarly, in Bolivia, the formal appointment ratifies the results of the direct election organized by the *Órgano Electoral Plurinacional*, with the President of the State presiding over the swearing-in ceremony of the elected members of the *Tribunal Supremo de Justicia*.

As for lower courts, appointments are generally based on the outcomes of public competitive examinations. In Peru, as previously noted, responsibility lies with the *Junta Nacional de Justicia*. In Paraguay, all lower court judges are appointed by the *Corte Suprema de Justicia*, based on proposals from the *Consejo de la Magistratura*. In Argentina, final appointments are made by the president with the agreement of the Senate appoints judges on the basis of a binding shortlist submitted by the *Consejo de la Magistratura*. Additionally, in countries such as Paraguay, Uruguay the *Corte Suprema* itself participates in the appointment of judges for specific lower court positions. In Chile, the judges shall be appointed by the President of the Republic, upon the proposal of the *Corte de Apelaciones* of the respective jurisdiction. Following the same perspective, in Brazil, the appointment of lower court judges is formalized by the respective federal or state court, with the final signature provided by the President of the Republic or the Governor of the State, depending on the judicial level.

In sum, for higher courts, countries such as Brazil, Argentina, Chile, and Paraguay vest the formal act of appointment in the Executive Branch, while Uruguay assigns this responsibility exclusively to the Legislature. In Mexico and Bolivia, following popular elections, the appointment act serves merely to validate the electoral result. In Peru, the appointment of judges at all levels, including the Tribunal Constitucional, is carried out by the *Junta Nacional de Justicia*. As for lower courts, an administrative logic predominates: technical bodies and judicial institutions prepare the appointments, and the Executive, or in some cases, the Judiciary itself, merely formalizes them. This diversity reflects varying institutional balances between political influence, merit-based selection, and institutional legitimacy in the formalization of judicial careers.

2.5 Term Length

Judicial term lengths across Latin American countries exhibit considerable diversity, reflecting a wide array of institutional arrangements that seek to

balance judicial stability, periodic renewal, and political accountability. These variations depend significantly on the country and the judicial level in question.

In countries that uphold life tenure for higher courts, judges typically serve until they reach the constitutionally mandated retirement age. In Argentina, *Corte Suprema* justices hold life tenure until the age of 75, after which their continuation in office requires a five-year renewal, subject to new presidential nomination and Senate approval. In Brazil, justices of the *Supremo Tribunal Federal* and other higher courts also serve until the age of 75. Paraguay follows a similar model, where members of the *Corte Suprema de Justicia* serve with life tenure until mandatory retirement at 75. In Chile, *Corte Suprema* justices follow the same logic, retiring compulsorily at 75. These four countries thus display a clear preference for life tenure in their superior courts, albeit with age-related constraints.

Conversely, other countries have adopted fixed-term mandates for judicial appointments, typically prohibiting immediate reappointment. In Bolivia, judges of the *Tribunal Supremo de Justicia* and the *Tribunal Constitucional Plurinacional*, elected by popular vote, serve for six years without eligibility for immediate re-election. In Colombia, justices of the *Corte Constitucional* and the *Corte Suprema de Justicia* are appointed for non-renewable eight-year terms and may not remain beyond the mandatory retirement age. In Mexico, following the 2024 constitutional reform, ministers of the *Suprema Corte de Justicia de la Nación* serve for fixed twelve-year terms, with no possibility of reappointment. Ecuador grants nine-year non-renewable terms to judges of both the *Corte Constitucional* and the *Corte Nacional de Justicia*. In Uruguay, members of the *Suprema Corte de Justicia* serve ten-year terms and may not be reappointed without a five-year interval. In Peru, judges of the *Tribunal Constitucional* serve for five years, with reappointment allowed only after a hiatus equivalent to one full term, introducing a more flexible limitation compared to other systems.

As for lower courts, including first-instance judges and appellate court members, a similar diversity of models is observed. In Argentina, federal trial and

appellate judges follow the same regime as the higher courts, holding life tenure until the age of 75, with potential five-year extensions subject to reappointment, although direct re-election is not provided for. In Brazil, first- and second-instance judges also hold life tenure, with job stability until age 75, as these are career-based and not elective positions. In Chile, lower court judges remain in office as long as they fulfill the legal and regulatory requirements, but must retire by the age of 75.

In contrast, some countries adopt fixed-term mandates for lower court judges. In Mexico, *magistrados de circuito* and *de distrito* serve renewable nine-year terms, differing from the non-renewable twelve-year term applicable to the ministers of the *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. In Uruguay, ordinary judges hold life tenure until the age of 70. Paraguay employs a hybrid system: lower court judges are initially appointed for five-year terms and, upon confirmation for two consecutive terms, gain irremovability, allowing them to remain in office until the age limit of 75, like *Corte Suprema de Justicia*.

Thus, judicial term lengths in Latin America reveal a broad spectrum of approaches at both the higher and lower court levels. In summary, countries such as Argentina, Brazil, Chile, and Paraguay maintain life tenure for judges of their highest courts until age 75, whereas Bolivia, Colombia, Ecuador, Uruguay, Mexico, and Peru opt for fixed-term mandates, generally with no immediate reappointment. For lower courts, Argentina, Brazil, Chile, and Uruguay maintain life tenure models, while Mexico and Paraguay adopt fixed terms, either with reappointments or progressive acquisition of tenure. These variations reflect distinct institutional traditions and aim to balance judicial independence, continuity, and periodic renewal within the legal systems of the region.

FINAL CONSIDERATIONS

This empirical and comparative study of judicial selection processes across ten Latin American countries highlights the coexistence of diverse appointment models and their complex impact on judicial governance. Drawing on data pro-

vided by national experts within the BRIDGE Watch network, the analysis reveals a predominant reliance on bureaucratic models of judicial selection, particularly for lower courts. Concerns emerge regarding internal judicial independence, especially where career advancement or mandate renewal is influenced by political actors or hierarchical superiors, potentially creating incentives for conformity and discouraging impartial adjudication.

In recent years, electoral models for judicial selection have gained ground in the region. The tension between judicial independence and accountability emerges as a central theme: while the election or political appointment of judges may enhance perceived democratic legitimacy, it also increases the risk of politicization and compromises impartiality. Conversely, purely technocratic or insulated procedures, though better at shielding judges from external pressures, may fail to secure public trust in the judiciary's legitimacy.

The comparative evidence points to a regional trend toward increased meritocracy in the selection of lower-court judges, accompanied by persistent challenges of politicization at the highest judicial levels. Appointments to supreme and constitutional courts often remain under the discretionary influence of the executive and legislative branches, thereby compromising judicial independence and perpetuating the risk of political interference.

Notably, the findings underscore the normative influence of international and regional standards on judicial independence throughout Latin America. In line with such standards, most systems provide judges with either life tenure until mandatory retirement or substantial, non-renewable fixed terms for appointments to high courts, reflecting a shared understanding that stability in judicial office is essential to shielding judges from external pressures. However, some jurisdictions continue to impose fixed terms for lower courts and subject judges to ongoing performance evaluations and approval procedures, practices that significantly undermine their independence.

At the same time, the study documents growing efforts to strengthen transparency and promote citizen participation in judicial selection, particularly at

lower levels, as a means of reinforcing public trust without compromising judicial autonomy. Competitive examinations, public hearings, and mechanisms for social oversight are now widely adopted, and even in systems that have introduced popular elections, these are often coupled with technical eligibility criteria to safeguard minimum professional standards.

Ultimately, the nuanced patterns revealed by this study, from innovations such as independent judicial councils and gender-parity mandates to newly implemented checks and balances, offer important insights into the evolving landscape of judicial governance.

By empirically mapping how selection, appointment, and tenure rules operate in practice, this research contributes a robust evidence base for reforms aimed at strengthening judicial independence in Latin America. It underscores that achieving an appropriate balance between independence and accountability requires a sustained commitment to merit-based procedures and institutional transparency, particularly at the highest levels of the judiciary, in order to reinforce both the legitimacy and the representativeness of the courts without compromising their essential autonomy.

REFERENCES

Argentina. *Constitution of the Argentine Nation*. 1994.

Argentina. *Law No. 24.937 - Law of the National Council of the Judiciary*. 1997.

Bangalore Principles of Judicial Conduct. Adopted by the Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, 2002. Revised at the Round Table Meeting of Chief Justices, The Hague, November 25-26, 2002. UN Doc. E/CN.4/2003/65.

CAinfo. "Concerns About the Selection Process of Supreme Court Justices." 2017. Accessed May 28, 2025. <https://www.cainfo.org.uy/2017/01/preocupacion-por-proceso-de-eleccion-de-ministros-de-la-suprema-corte-de-justicia/>.

Colombia. *Statutory Law on the Administration of Justice (Law 270)*. 1996.

Committee of Ministers of the Council of Europe. *Judges: Independence, Efficiency and Responsibilities*. Recommendation CM/Rec(2010)12. Strasbourg: Council of Europe, 2010.

Commonwealth Secretariat. *Commonwealth (Latimer House) Principles on the Three Branches of Government*. Abuja: Commonwealth Secretariat, 2003.

Consultative Council of European Judges. *Opinion No. 1 on Standards Concerning the Independence of the Judiciary and the Irremovability of Judges*. Strasbourg: Council of Europe, 2001.

European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). *Judicial Appointments*. CDL-AD(2007)028. Venice: Venice Commission, 2007.

Garoupa, Nuno, and Tom Ginsburg. *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 444. Chicago: University of Chicago, 2008.

General Assembly of the Latin American Federation of Judges. *Declaration of Minimum Principles Concerning the Independence of the Judicial Branch and Judges in Latin America ("Campeche Declaration")*. Campeche: FLAM, 2008.

Geyh, Charles Gardner. *Who Is to Judge? The Perennial Debate over Whether to Elect or Appoint America's Judges*. New York: Oxford University Press, 2019.

Guarnieri, Carlo, and Patrizia Pederzoli. *The Judicial System: The Judicial Expansion in Contemporary Democracies*. Bologna: Il Mulino, 2017.

Ibero-American Summit of Presidents of Supreme Courts. *Statute of the Ibero-American Judge*. Santa Cruz de Tenerife: Cumbre Iberoamericana, 2001.

Inter-American Commission on Human Rights. *Guarantees for the Independence of Justice Operators*. OEA/Ser.L/V/II. Washington, DC: OAS, 2013.

Kosař, David, and Samuel Spáč. "Judicial Independence." In *The Cambridge Handbook of Constitutional Theory*, edited by Richard Bellamy and Jeff King, 868–880. Cambridge: Cambridge University Press, 2025.

Law Association for Asia and the Pacific. *Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region*. Beijing: LAWASIA, 1995.

Malleson, Kate. "Introduction." In *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, edited by Kate Malleson and Peter H. Russell, 3–14. Toronto: University of Toronto Press, 2006.

Pérez Liñán, Aníbal, and Andrea Castagnola. "Institutional Design and External Independence: Assessing Judicial Appointments in Latin America." APSA 2011 Annual Meeting Paper, 2011.

Peru. *Organic Law of the National Board of Justice (Law No. 30916)*. 2019.

Tate, C. Neal, and Torbjörn Vallinder. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

Ten Kate, J. and van Koppen, P. J., 'The Netherlands: Toward a Form of Judicial Review', in C. N. Tate and T.Vallinder (eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York: New York University Press, 1995.

United Nations. *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*. Adopted by the Seventh UN Congress on the Prevention of Crime, 1985. Endorsed by GA Resolutions 40/32 and 40/146, 1985.

Uruguay Supreme Court of Justice. *Judgment No. 549/2022*. 2022.

Van Zyl Smit, Jan. *Judicial Appointments in Latin America: The Implications of Tenure and Appointment Processes*. London: Bingham Centre for the Rule of Law, 2016.

Received on 17/04/2025

Approved on 26/05/2025



INTERVIEW

PROTEGIENDO DERECHOS Y FORTALECIENDO LA DEMOCRACIA:

la función institucional de protex frente a la trata de personas en Argentina¹

Entrevista con la Dra. María Alejandra Mángano,²

Cotitular de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX) y Procuración General de la Nación, Argentina.

Santiago Deluca³

Santiago Deluca (SD): Para comenzar nuestra conversación, nos gustaría saber: ¿cuál es la función principal de PROTEX, considerando que usted se desempeña como Cotitular de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX) y de la Procuración General de la Nación, Argentina?

María Alejandra Mángano (MAM): Mediante Resolución PGN N°805/13 se creó la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, para continuar con la labor hasta entonces desarrollada por la Unidad de Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE), y así, hacer frente a la gravedad del fenómeno de trata y explotación de personas. La estructura interna de la PROTEX está formada por dos coordinaciones, una de "Relaciones Institucionales, Capacitación y Estadísticas" y otra de "Investigación, Litigación y Seguimiento de Casos". Son funciones de la PROTEX: Colaborar y asistir a las y los fiscales de todas las instancias del país en causas judiciales por hechos de trata de personas o sus delitos vinculados; Recibir denuncias y realizar las investigaciones

1. S. Deluca, "Protegiendo derechos y fortaleciendo la democracia: La función institucional de PROTEX frente a la trata de personas en Argentina - Entrevista con la Dra. María Alejandra Mángano," *Latin American Journal of European Studies* 5, no. 1 (2025): 466 et seq.
2. Cotitular de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX) y Procuración General de la Nación, Argentina.
3. Profesor en la Universidad de Buenos Aires y Universidad del Salvador; Abogado por la Universidad de Buenos Aires; Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos I de Madrid; Árbitro Suplente por la República Argentina ante el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. <https://orcid.org/0009-0005-5891-7780>.

y/o derivaciones que surjan de ellas; Iniciar investigaciones preliminares por el ilícito de trata de personas o sus delitos derivados; Gestionar acuerdos con diferentes organismos para obtener información que pueda resultar de utilidad para el hallazgo de personas desaparecidas; Realizar el seguimiento de las causas por trata de personas y delitos vinculados a nivel nacional, con el propósito de elaborar reportes, delinear estrategias y conocer el tratamiento y dinámica del delito.; Desarrollar actividades de capacitación, entrenamiento y difusión sobre el delito de trata de personas y sus ilícitos vinculados; Sistematizar y difundir material bibliográfico, jurisprudencial y otros documentos de interés; Llevar a cabo las relaciones de cooperación internacional con la Red Iberoamericana de Fiscales (IBERRED) en materia de trata de personas; Realizar un diagnóstico y seguimiento del estado de cumplimiento y satisfacción de derechos que la Ley N°26.364 concede a las víctimas de trata y explotación; Administrar el Sistema Sincronizado de Denuncias sobre delitos de trata de personas – Línea 145; Representar al MPFN en el Consejo Federal creado por la Ley 26.842; y Representar al MPF en el Protocolo “Alerta Sofía”.

SD: En base a su experiencia en PROTEX, ¿podría comentarnos cuál es el perfil de las personas que, en su mayoría, resultan afectadas por el delito de trata?

MAM: Tomando como referencia las estadísticas sobre la aplicación de la ley entre 2016 y la actualidad, en el marco del funcionamiento de la Procuraduría se arrojan los siguientes datos como resultado de la sistematización de las resoluciones en base a una actividad de recolección de dicha información. En procesamientos, de 511 en total relevado, el 60.7% correspondieron a casos de finalidad explotación sexual, 35.4% casos con finalidad de explotación laboral, 1.8% restante corresponde a explotación sexual y laboral combinados, 1.2% a matrimonio forzado y el porcentaje restante a otros delitos vinculados de trata. En relación a las víctimas, solo el 7% eran menores de edad, 70.7% son de género femenino, el 28.8% masculino y el 0.5% trans.

Respecto a la nacionalidad, el 36.6% son Argentinos, el 25.6% extranjeros y en el 37.8% de los casos, no se cuenta con datos (debido a la protección bajo identidad reservada). En sentencias definitivas, de 460 relevadas, 67.4% correspondieron a casos de explotación sexual, 30.4% corresponden a explotación laboral, 0.7% a explotación sexual y laboral y el 1.5% restante corresponde a otros delitos vinculados a la trata, como matrimonio forzado o material de abuso sexual infantil. En formularios de la línea 145, se recibieron 17.562 denuncias en total. El 42.2% fueron denuncias por explotación sexual, seguidas por las denuncias por explotación laboral con un total de 19.4%. Además, el 11.4% están vinculadas a la búsqueda de personas desaparecidas, y el 27% restante hace alusión a delitos conexos.

En cuanto a la identidad de los denunciados, se establece que el 3% de las denuncias corresponden a individuos extranjeros, mientras que el 97% involucra a personas de nacionalidad argentina. Se destaca que el 57.8% de las denuncias fueron realizadas de forma anónima, lo que refleja la importancia de los mecanismos de resguardo y protección de identidad en la presentación de estos casos. Asimismo, en el 5.4% de las denuncias registradas se reportó la connivencia de terceros en los hechos investigados.

Por último, en materia de investigaciones preliminares, se han registrado un total de 1827, en las cuales el 53.4% fueron por casos con fines de explotación sexual y el 33.6% por explotación laboral, el 1.9% corresponden a explotación sexual y laboral de manera combinada, y el 11.1% restante se relaciona con otros delitos vinculados a la trata de personas (delito migratorio, privación ilegítima de la libertad, búsqueda de personas, entre otros).

SD: ¿La creación de la PROTEX responde a una manda constitucional, es reflejo de compromisos asumidos por la República Argentina en el marco de instrumentos internacionales de derechos humanos o ambos?

MAM: La creación de la PROTEX, como la del resto de las Procuradurías Especializadas, responde a una política criminal del MPF. Una de las funciones

asignadas a la Procuración General de la Nación Argentina por la Ley Orgánica del Ministerio Público es la de diseñar la política pública criminal y la persecución penal del Ministerio Público Fiscal (art. 33,inc.e). En este marco, el Ministerio Público Fiscal ha trabajado en el desarrollo de estrategias que, en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, mantengan vigente la acción penal pública y eleven los índices de eficiencia del sistema de administración de justicia en hechos de trascendencia institucional.

Es por eso que Argentina cuenta, desde abril del año 2008, con una Ley específica N°26.364 que incorpora al Código Penal Argentino el delito de trata de personas (artículos 145 bis y 145 ter). La incorporación de la figura de la trata en el ordenamiento jurídico argentino dio paso a la generación de estructuras, áreas, programas y prácticas en las distintas órbitas de los Estados a nivel nacional, provincial y municipal. Transcurridos más de cuatro años desde la sanción de la ley, dicha normativa fue reformada en el mes de diciembre del año 2012 a través de la ley 26.824, que modificó aspectos sustanciales de la misma.

Se puede decir entonces que, junto con el extenso desarrollo en el ámbito de derecho internacional de los derechos humanos, se suma el creciente reconocimiento de la trata de personas y las "modernas formas de esclavitud" como una de las modalidades de crimen organizado transnacional que por sus características debe ser combatida mediante la cooperación internacional de los Estados.

En definitiva, este conjunto de circunstancias – gravedad del fenómeno, relevancia nacional e internacional, demanda de incremento de la intervención estatal para la lucha contra la trata en los últimos años – hizo necesaria potenciar la actuación del Ministerio Público en la materia, dotando a este organismo de una estructura más adecuada a las dimensiones que el combate de trata de personas requiere en la actualidad. En este contexto es que se crea PROTEX en el año 2013, como continuación de la UFASE, siendo una unidad especializada para investigar casos de trata de personas previo a la formalización de un expediente judicial y, a su vez, prestar colaboración con las fiscalías federales

de todo el país en la lucha contra el delito. Asimismo, para colaborar con el Sr. Procurador General en el establecimiento de la política criminal del MPF en la lucha contra este delito.

SD: ¿Cree Ud. que en su quehacer cotidiano los objetivos de la PROTEX se cumplen y su actuación resulta efectiva?

MAM: Estamos convencidos de que los objetivos de la PROTEX se cumplen de manera plena en las acciones que se realizan día a día en la dependencia, demostrando un fuerte compromiso en la lucha contra este delito de crimen organizado, con profesionales especializados con clara vocación de servicio. En particular, teniendo como horizontes claros la eficaz aplicación de perspectivas de género y de derechos humanos, y posicionando a las víctimas en el centro de nuestras investigaciones. La Protex no solo ha contribuido a visibilizar los delitos propios de su competencia, muchas veces ignorados, minimizados, o naturalizados, sino que su enfoque especializado e interseccional permite investigaciones más profundas y coordinadas, y respetuosas de los derechos de las víctimas.

S.D: ¿La PROTEX se relaciona en su Trabajo diario con otros organismos del Estado como la Oficina de Violencia Doméstica, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Seguridad u otros órganos descentralizados o especializados?

MAM: Sí, la PROTEX articula diariamente con, entre otros: fuerzas de seguridad, organismos judiciales, agencias internacionales, organizaciones de la sociedad civil, organismos de asistencia, ministerios de gobierno. Ello resulta de gran importancia en tipos de delitos complejos y transnacionales como lo es la trata de personas. Para que la colaboración entre la procuraduría y los diferentes órganos sea plenamente efectiva, se requiere de una mirada estratégica que combine seguridad, derechos humanos y justicia penal, con una fuerte coordinación entre los distintos niveles del Estado. Estas redes de

trabajo que PROTEX ha generado, permiten respuestas más integrales y eficaces fundamentales en delitos de trata.

S.D: ¿Recibe la PROTEX colaboración efectiva por parte de otros órganos del Estado como ser la Subsecretaría de Derechos Humanos, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Seguridad, etc.?

MAM: Sí, la PROTEX recibe colaboración efectiva de otros órganos del Estado, viéndose esto reflejado en el permanente contacto e intercambio de información con autoridades extranjeras que puedan ayudar en investigaciones transnacionales de trata de personas. Con la Subsecretaría de Derechos Humanos, en la protección de derechos de las víctimas, en especial en lo que respecta a acceso a la justicia, contención psicológica y reintegración social. La colaboración entre PROTEX y el Ministerio de Seguridad resulta fundamental y activa, ya que muchos de los delitos que se investigan, requieren de intervención policial, inteligencia criminal y operativos de rescate. En cuanto a la interacción con organismos locales como ARCA (Agencia de Recaudación y Control Aduanero, ex AFIP) se enfoca en la cooperación para la detección, investigación y combate de la trata de personas y delitos relacionados, incluyendo la explotación laboral y el lavado de activos. La implementación de estrategias conjuntas y el uso compartido de información permiten detectar de manera inmediata, posibles casos de trata laboral en territorio nacional.

S.D: ¿Cree Ud. que la existencia de la PROTEX colabora para que en la Argentina impere el Estado de Derecho? ¿Podría dar ejemplos de ello?

MAM: La existencia y el funcionamiento de la PROTEX representan un aporte fundamental al fortalecimiento del Estado de Derecho en Argentina. Su rol especializado en la investigación y persecución de delitos de trata y explotación permite no solo enfrentar con mayor eficiencia y eficacia estas formas graves de criminalidad, sino también garantizar el acceso a la justicia para las víctimas, muchas veces invisibilizadas o desprotegidas, y atravesadas por graves situa-

ciones de vulnerabilidad. Además, su capacidad para articular con distintas instituciones – tanto a nivel nacional como internacional – refuerza la presencia del Estado frente a organizaciones delictivas que operan en redes complejas. A través de la recopilación de datos, la elaboración de diagnósticos y la promoción de políticas públicas, PROTEX también contribuye a una mayor transparencia y a la formulación de respuestas efectivas. En definitiva, su intervención no se limita a la dimensión penal, sino que incide directamente en la protección de los derechos humanos, el fortalecimiento institucional y la vigencia del principio de legalidad. Por todo esto, puede afirmarse que la PROTEX no solo colabora, sino que es un actor clave en la consolidación del Estado de Derecho en Argentina.

SD: En su experiencia, ¿cree que la existencia de la PROTEX y organismos similares fortalecen la Democracia? ¿Por qué?

MAM: Sí, la existencia de la PROTEX y organismos similares –también integrantes de este MPF– fortalecen la democracia porque estos buscan garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, especialmente de las personas más vulnerables. Su labor en la investigación y sanción de delitos como la trata y explotación, refuerza la igualdad ante la ley, promueve el acceso a la justicia y mejora la respuesta del Estado frente a problemáticas complejas. Al generar información y coordinar políticas públicas, contribuyen a una democracia más inclusiva, transparente y comprometida con la protección de todas las personas. Además, brinda a las víctimas del delito de trata de personas un extenso reconocimiento de derechos y garantías judiciales, brindando mecanismos de protección, asistencia, contención y acompañamiento a quienes por regla general se encuentran en una situación de vulnerabilidad social que merece una especial consideración.

En Santiago de Chile, en el año 2011 se forma en el seno de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), la REDTRAM de fiscales especializados contra la trata de personas y tráfico ilícito de Migrantes. Los distintos Ministerios funcionan como una red de cooperación que facilita la protección

de las víctimas en tiempo real y permite superar inconvenientes de lentitud y formalismos. Contemplando en su Protocolo el intercambio de información, a los fines de que las investigaciones llevadas a cabo por los países intervinientes sean más efectivas. Asimismo, contiene obligaciones como realizar capacitaciones de delito de trata de personas y tráfico de migrantes desde una perspectiva de género y derechos humanos, como una manera de prevenir adecuadamente estos delitos. Es así que, REDTRAM contribuye al fortalecimiento de la democracia teniendo como pilares la defensa de los derechos humanos, el estado de derecho y la justicia. Al fortalecer la capacidad de los fiscales para investigar y sancionar crímenes complejos, la red contribuye a que haya justicia efectiva. Un sistema judicial fuerte, es un componente básico para cualquier democracia.

Received on 09/04/2025

Approved on 12/04/2025



CRITICAL REVIEW

DÍAZ, B. C., DIR. *DERECHO DE FAMILIA INTERNACIONAL EN UN CONTEXTO DE CRECIENTE MIGRACIÓN: CUESTIONES VINCULADAS CON EL REGLAMENTO 2019/111*. ARANZADI, 2024.

Raúl Lafuente Sánchez¹

En un contexto de creciente migración, los aspectos relativos al derecho de familia internacional, ya sean derivados de divorcios, separación legal y nulidad matrimonial, o de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, y las cuestiones que los mismos plantean desde la perspectiva del Derecho internacional privado, llevó al Consejo a adoptar el Reglamento 2019/1111. Con su aplicación, este texto contribuye a reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, y a garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos en la UE.

Transcurridos dos años desde que comenzase a aplicarse el mencionado Reglamento, la presente obra, bajo la dirección de la profesora Beatriz Campuzano Díaz, reúne diecisiete trabajos ordenados en capítulos que, a su vez, se agrupan en seis apartados, en los que se tratan y analizan diversas cuestiones relacionadas con el Reglamento, desde una perspectiva multidisciplinar, que abarca diversas ramas de conocimiento-Derecho internacional privado, Derecho civil, derecho procesal y Derecho internacional público.

En el capítulo 1, "*Tratamiento de la diversidad de estructuras familiares en los reglamentos europeos y continuidad de estatuto personal*", la profesora Sánchez Jiménez hace un análisis pormenorizado de la diversidad de estructuras familiares que existen en los Estados de la UE y los obstáculos que plantean

1. Profesor Titular de Derecho internacional privado, Universidad de Alicante.

para el ejercicio de la libre circulación de ciudadanos europeos prevista en los Tratados. Para ello, emprende un análisis no solo del Reglamento 2019/111 sino, igualmente, de los Reglamentos 2016/1103 en materia de REM y el 2016/1104 de uniones registradas, así como de la Propuesta de Reglamento sobre filiación. Y pone de relieve los problemas que puede generar esta diversidad de estructuras familiares, cuando los cónyuges se trasladen a un país que no reconozca el matrimonio homosexual o el vínculo de parentalidad, y como afecta a la continuidad del estatuto personal. Así como las dificultades para aplicar las normas de CJL previstas en el Reglamento que podrían conducir a la denegación de justicia, debido a la elección por el legislador europeo de un modelo de familia restrictivo que ampara el modelo de familia tradicional. A su juicio, la jurisprudencia del TJUE ofrece algunas soluciones a estos problemas, como se desprende de sus decisiones *Coman* y *Pancharevo*. Empero, concluye la autora que la solución que aporta la jurisprudencia no casa bien con el sistema conflictual previsto en los actuales Reglamentos, por lo que hace una valoración negativa de las respuestas que estas normas otorgan a la diversidad de las estructuras familiares y aboga por la adopción de un Reglamento con base en la cooperación reforzada que dé cobertura legal a la diversidad de las estructuras familiares existentes actualmente en la UE.

En el capítulo 2, titulado *“La filiación en el DIPr de la UE: entre la situación actual y las perspectivas de cambio”*, la profesora Campuzano Díaz aborda desde una perspectiva muy sugerente el estudio de la Propuesta de Reglamento sobre filiación. En primer lugar, define el “método de reconocimiento de situaciones jurídicas”, en contraposición al concepto de reconocimiento de resoluciones judiciales. Y, tras analizar los convenios internacionales que acogen el método de reconocimiento de situaciones jurídicas, y la jurisprudencia del TEDH en esta materia, la autora se refiere a la doctrina del TJUE respecto a las situaciones de estado civil que incluyen desde el nombre y apellidos de la persona hasta el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, -decisión *Konstantidinis* y sentencia *Coman*-, o el reconocimiento de la filiación homo-

parental -sentencia *Pancharevo*-. A continuación, se centra en la Propuesta de Reglamento cuyo resultado considera que es incierto por las divergencias existentes en el derecho de familia en los EEMM, si bien considera que tiene “... un importante valor jurídico, pues vendría a completar la jurisprudencia del TJUE en relación con la filiación, contribuyendo a su reconocimiento y acreditación más allá de la libre circulación de personas”. A continuación, la autora ilustra al lector sobre la situación actual de la filiación en la UE en relación a la libertad de circulación y residencia, comparando las soluciones que recoge la Directiva 2004/38 y la propuesta de Reglamento de filiación y los límites que estas normas imponen. Finalmente, la profesora Campuzano reflexiona sobre las aportaciones que puede hacer la Propuesta de Reglamento al sistema de reglamentos sobre cooperación judicial civil en los que no se regulan ni la filiación ni el matrimonio -Reglamentos 4/2009; 650/2012; 2016/1103; y 2019/1111-. Destacando la importancia del foro para cuestiones incidentales que puede contribuir a solventar los problemas que genera la fragmentación de soluciones derivadas de los diferentes reglamentos existentes; la relevancia de la incorporación de normas de conflicto uniformes; o las ventajas que ofrece la Propuesta con el establecimiento de normas para el reconocimiento de resoluciones judiciales y documentos públicos que determinan la filiación con efecto jurídico vinculante.

El capítulo 3 está dedicado al estudio de “*Los mecanismos de solución de la litispendencia internacional en materia de responsabilidad parental y la comprobación de la competencia judicial internacional. Perspectiva española*”. Aquí, la profesora Elena Cano Bazaga aborda un tema clásico en la disciplina de Derecho internacional privado, la litispendencia, que cobra especial relevancia en el ámbito de la responsabilidad parental. Para ello, lleva a cabo un interesante y riguroso examen sobre la aplicación de las reglas y mecanismos para solucionar estos conflictos desde la perspectiva española, analizando las normas recogidas tanto en el régimen institucional -Reglamento 2019/1111-, cuanto en el convencional -Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996- y el autónomo -LCJIMC-que aplican los tribunales españoles para resolver

las situaciones de litispendencia internacional en materia de responsabilidad parental. Resulta de gran ayuda este análisis de la autora sobre las diferentes soluciones que cada uno de estos instrumentos aporta y las consecuencias que ello comporta a la hora de aplicar uno u otro instrumento. Así, destaca el principio de confianza mutua que se da en el contexto intracomunitario con el fin de reforzar la colaboración y cooperación entre autoridades, lo que constituye un mecanismo imperativo y aplicable de oficio en el que no existe margen de valoración. Frente a ello, considera que el sistema del Convenio de La Haya de 1996 aporta un mayor grado de flexibilidad, mientras que en el contexto interno el mecanismo previsto en la LCJIMC aporta soluciones más flexibles y permite a los tribunales españoles un amplio margen de valoración de las circunstancias que concurren en cada caso.

La siguiente contribución, el capítulo 4, *“El derecho del menor a ser oído y su articulación en el Derecho procesal español. Especial referencia al procedimiento de restitución o retorno”*, es obra de la profesora Pilar Martín Ríos y en ella acomete uno de los problemas más complejos que pueden surgir en el ámbito del Derecho de familia internacional: la retención o traslado ilícito del menor a otro Estado por parte de uno de los progenitores y su restitución o retorno. Parte la autora del derecho que asiste al menor a ser oído en estos casos, que el Reglamento 2019/1111 *“... consagra como un verdadero derecho del niño y no como mera posibilidad del juez”*. Para abordar, a continuación, la naturaleza jurídica que ha de atribuirse a la audiencia al menor -como medio de prueba o como una diligencia judicial para salvaguardar el derecho del niño a ser oído- y las consecuencias que tal calificación puede acarrear. En su estudio, la autora lleva a cabo un análisis muy ilustrativo de los diferentes instrumentos jurídicos internacionales que regulan este derecho en el ámbito internacional y en ámbito interno, desgranando los principales aspectos procesales referidos a la audiencia, el momento y modo de la práctica y la documentación del acto de audiencia al menor, tal y como viene regulado en la normativa española. Para finalizar, la profesora Martín Ríos extiende este análisis al contexto de la mediación, al hilo

de lo dispuesto en el Reglamento 2019/111 que fomenta la utilización de este sistema de resolución de controversias en los asuntos que afecten a menores.

Continuando con el tema de la restitución de menores, el capítulo 5, cuya autoría corresponde al investigador Antonio J. Calzado Llamas, se centra en el *"Análisis de la jurisprudencia sobre el procedimiento de restitución de menores y su regulación en la LEC"*. Tras mencionar los instrumentos internacionales en materia de restitución de menores de los que España forma parte, el autor disecciona el ámbito de aplicación de la norma nacional, la LEC, en esta materia; analiza la competencia judicial de los tribunales españoles, destacando la concentración competencial -territorial y objetiva- que esta norma prevé y el posible conflicto de competencia que ello puede generar; aborda las particularidades que establece la norma y la jurisprudencia respecto a la legitimación para promover el procedimiento de restitución previsto en la LEC; estudia de manera detallada y minuciosa el procedimiento urgente de restitución previsto en la ley; y, finalmente, se detiene en el tratamiento de otros aspectos no menos relevantes como son la audiencia al menor y las medidas cautelares. Para concluir con una comparativa entre el procedimiento de restitución previsto en la LEC y en el Reglamento 2019/111 y la interacción entre ambas normas.

En estrecha relación con los dos capítulos anteriores, el capítulo 6, titulado: *"Problems related to the procedure of minors' returning decisions, with reference to Polish law"*, obra de Monika Walachowska, nos introduce en el estudio de esta materia desde la perspectiva del derecho polaco, ofreciendo una visión de derecho comparado. Para ello, tras una breve pero interesante introducción al sistema judicial polaco, la autora hace referencia a la doctrina del Tribunal Supremo polaco, destacando los aspectos más relevantes y prestando especial atención a la valoración que confieren los tribunales polacos a la opinión del menor como requisito para denegar o autorizar su retorno cuando ha sido trasladado ilícitamente.

El capítulo 7, dedicado a otro de los sectores clásicos del DIPr, *"Medidas para facilitar la aplicación en España de las normas sobre reconocimiento y ejecución"*

del Reglamento 2019/111: *propuestas de lege ferenda*” ha sido redactado por la profesora M^a Ángeles Rodríguez Vázquez. Ante la ausencia de adaptación de la LEC al Reglamento 2019/1111, la autora sugiere en este trabajo algunas propuestas de *lege ferenda* que presentan gran interés en materia de reconocimiento y ejecución. Respecto a las reglas sobre el reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en materia matrimonial, la profesora Rodríguez Vázquez destaca la importancia de considerar al notario como órgano jurisdiccional y calificar la escritura de divorcio como resolución, y propone que así se incorpore en la LEC. En materia de responsabilidad parental, su propuesta pasa por la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico del control de oficio de los motivos de denegación del reconocimiento. A su vez, en materia de reconocimientos de las resoluciones privilegiadas, la autora propone la expedición de la certificación de estas resoluciones por el juez de forma separada y mediante providencia. Y, en relación a las reglas de ejecución de las resoluciones, es destacable la propuesta en materia de plazos que plantea la autora. En fin, sobre la eficacia de los documentos públicos, la autora sugiere la incorporación en nuestro derecho interno de distintas reglas dependiendo de la autoridad competente que haya expedido el certificado.

La mediación es objeto de tratamiento en el capítulo 8, “*Mediación en procesos de responsabilidad parental*”. Se trata de un capítulo muy sugerente en el que su autora, la profesora Antonia Durán Ayago pone de relieve la importancia de la mediación en los conflictos sobre responsabilidad parental. La autora parte del análisis de los instrumentos internacionales que regulan esta materia; y continua con una exégesis sobre las novedades que incorpora el Reglamento 2019/1111, en la que destaca, como logros más significativos, el impulso que esta norma pretende dar al uso de los medios alternativos de resolución de conflictos en esta materia. A su vez, en materia de reconocimiento y ejecución de los acuerdos entre las partes, destaca la definición de acuerdo entre las partes (por contraposición al documento público) y la dualidad de vías para el reconocimiento y ejecución de los acuerdos adoptados a través de la

mediación –ya sea por la vía de su equiparación a las resoluciones judiciales o por la vía del reconocimiento público de los documentos públicos–, si bien, como acertadamente señala la profesora Durán Ayago la mayoría de estos acuerdos requerirán la homologación por los órganos jurisdiccionales. Por último, la autora pone de relieve la fragmentación del modelo europeo en materia de familia, por los diferentes instrumentos que se aplican a las diversas cuestiones que implica, y, como colofón, llama la atención sobre la necesidad de dotar de coherencia al sistema de DIPr europeo de familia.

El capítulo 9 corresponde al profesor Miguel Checa Martínez, que aborda la *“Cooperación judicial internacional en materia matrimonial y de responsabilidad parental con el Reino Unido y Gibraltar tras el Brexit”*. Tras una breve referencia al Acuerdo de retirada del Reino Unido de la UE, y del análisis de las disposiciones transitorias en materia de cooperación judicial civil, el autor pone de relieve que, tras la derogación de los instrumentos de DIPr de la UE en materia de familia por el Reino Unido, no existe un nuevo modelo bilateral de cooperación entre ambas partes. Empero, el autor recuerda que esta situación puede quedar mitigada por la existencia de los Convenios de La Haya (1996 sobre protección de menores; 1980 sobre sustracción internacional de menores; y 2007 sobre cobro de alimentos), a los que dedica una parte de su estudio. Para concluir, el profesor Checa Martínez, lleva a cabo un solvente análisis de la situación respecto a Gibraltar y el nuevo modelo de relación con la UE, haciendo referencia a las reformas legislativas que se han producido en este territorio en esta materia y la necesidad de que el Reino Unido extienda el ámbito de aplicación de los Convenios de La Haya en materia de Derecho de familia al territorio de Gibraltar.

En el capítulo 10, su autora Salma El Ouazzani Chahdi aporta su visión sobre *“El reconocimiento del divorcio marroquí en España. El método comparado como alternativa”*. El análisis y aproximación comparada a los ordenamientos español y marroquí en esta materia, que lleva a cabo la autora en este trabajo, resulta muy acertado y de gran interés. En el mismo, parte de la justificación del método y la equivalencia funcional para el reconocimiento de decisiones

dictadas en Marruecos en materia de divorcio, porque en palabras de la autora, esta técnica “... empleada en el ámbito del DIPr, concretamente en el reconocimiento de las situaciones privadas internacionales, evitaría la actuación del orden público desde un primer momento y, llegaría a paralizarlo en algunas ocasiones. Así pues, la interpretación del orden público con arreglo al principio de equivalencia funcional evitaría generar inútilmente situaciones claudicantes”. Y, a continuación, se centra en comparar las diferentes formas de disolución del matrimonio en ambos sistemas. Para concluir con una breve referencia a otras formas de disolución del matrimonio propias del derecho marroquí, en particular, las que permiten la disolución unilateral abierta al marido o a la mujer.

Muy relacionado con el tema anterior, en el capítulo 11 la profesora M^a Dolores Adam Muñoz aborda con solvencia un tema de gran relevancia que afecta a los ordenamientos jurídicos español y marroquí: *“Las resoluciones sobre filiación y las relaciones paternofiliales dictadas por las autoridades españolas y su incidencia en los ordenamientos jurídico español y marroquí: una perspectiva de género”*. La autora comienza este sugerente y riguroso estudio poniendo de manifiesto los principios antagónicos sobre los que descansa la filiación en el sistema español -*favor filii*- y el marroquí -*favor legitimatis*- y las cuestiones de DIPr que ello suscita cuando se trata de relaciones jurídicas entre progenitores conectados con ambos ordenamientos jurídicos. Para ello, analiza las cuestiones relacionadas con el matrimonio o las uniones de hecho registradas o sin registro entre estas personas como elemento esencial para la atribución de la filiación; así como la diferente casuística que puede plantearse en el ámbito de la filiación dependiendo de la relación entre los progenitores. Finalmente, focaliza su estudio en los aspectos de CJl y LA recogidos en el Reglamento 2019/1111 y el Convenio de La Haya de 1996 para concluir que las relaciones paternofiliales vienen condicionadas por la diferente concepción de los hijos en ambos sistemas, dependiendo de su procedencia y su incidencia a la hora de reconocer efectos jurídicos de una resolución dictada en España -donde el hijo tiene todas las prerrogativas frente al padre y la madre- que puede resultar claudicante en

Marruecos -donde el hijo puede ser considerado ilegítimo respecto al padre y acarrear que la madre considerada madre soltera tenga que hacer frente a todas las obligaciones respecto al hijo-

Continuando con las relaciones con terceros estados, el capítulo 12 aborda *“El papel de las autoridades brasileñas en la lucha contra la sustracción internacional de niños”*, y es obra de Aline Beltrame de Moura y Fellipe Leal. Después de recordar que en Brasil existe pendiente una causa judicial en la que se somete el Convenio de la Haya de 1980 a un control constitucional, la autora se centra en el examen de las autoridades competentes para intervenir en casos de restitución de menores al amparo del mencionado Convenio de La Haya. Para concluir en un análisis crítico que las decisiones judiciales, al interpretar las disposiciones del Convenio y, en particular la excepción al retorno de menores, no siempre cumplen con lo dispuesto en el Convenio, pues como indican los autores, *“El principio del interés superior del niño debe tenerse en cuenta al interpretar las normas, no para apartarse de ellas”*.

En el ámbito de los menores, familia, derecho de extranjería y protección internacional, el Capítulo 13, *“¿Novedades en el derecho de familia de los extranjeros en España? Un nuevo derecho de familia también para los extranjeros en España”*, corresponde a la profesora Elena López Barba. En el mismo, la autora ilustra al lector sobre el derecho de familia para los extranjeros, analizando, a través de un enfoque muy sugerente, las cuestiones relativas a la vida en familia de los extranjeros en España y, en particular, la reagrupación familiar a la luz de la legislación vigente en nuestro país. Con ese fin, comienza la autora desgranando las principales novedades introducidas por la legislación española en materia de extranjería, no solo en la LOEX sino, igualmente, en el resto de normas que regulan los regímenes particulares. Posteriormente, acomete la cuestión de la reagrupación familiar de las personas extranjeras con discapacidad en la Ley 8/2021. Y, finalmente, pone de relieve la trascendencia de los cambios introducidos en el derecho español en esta materia, fruto del reconocimiento por el

legislador de la transformación que el concepto de familia ha experimentado en las últimas décadas.

Relacionado con la protección de los extranjeros, en este caso, de los menores que llegan a la UE como solicitantes de protección internacional, encontramos el capítulo 14 de esta obra *“Menores refugiados, una aproximación a las medidas: del reglamento Dublín al Reglamento Bruselas, pasando por Ucrania”*, obra de la profesora Casilda Rueda Fernández. En primer lugar, la autora pone de manifiesto la necesidad de protección de este colectivo y los instrumentos internacionales en los que se recoge este derecho, distinguiendo tres categorías: menores refugiados acompañados, menores extranjeros no acompañados y menores separados. Considera la autora que esta protección ha de darse tanto desde el ámbito del Derecho internacional público, para lo cual lleva a cabo un análisis detallado del Sistema Europeo Común de Asilo y de su regulación normativa –con especial referencia al Reglamento Dublín III y los criterios que establece para su aplicación en el caso de menores–; cuanto del Derecho internacional privado, a la luz de las medidas de protección, la competencia judicial y la ley aplicable reguladas en el Reglamento 2019/1111. Para concluir, la profesora Rueda Fernández se adentra en la Directiva de protección temporal aplicable a los menores ucranianos recibidos en la UE, valorando la misma de manera especialmente positiva.

El capítulo 15, obra de Lucía Padilla Espinosa, aborda *“El derecho de la infancia migrante no acompañada a reunirse con sus familiares en situaciones transfronterizas”*. En el mismo, analiza cómo pueden reunirse de nuevo con sus familiares los menores que han salido de sus países de origen. El punto de partida para su estudio es el derecho de los menores a no ser separados de sus progenitores, de conformidad con los instrumentos internacionales de aplicación (CNUDN y CEDH) y la jurisprudencia del TEDH. A partir de ahí, procede al análisis de las disposiciones de la LOEx en materia de retorno del menor con sus familiares, siempre que sea adecuado en aras a asegurar el interés superior del menor, o de reagrupación, en el supuesto de que el menor no pudiese retornar

a su país de origen, afirmando que esta opción no se desprende del articulado de la ley, ya que mientras sean menores contempla la posibilidad de que sean reagrupados, pero no que actúen como reagrupantes. No obstante, como bien indica, la Directiva 2003/86 sí recoge este derecho por lo que la autora aboga *"... porque los Estados interpreten el derecho a la reagrupación familiar de una forma flexible y expansiva utilizando criterios que atiendan a las situaciones específicas de estos/as menores y, especialmente, a su interés superior.*

Uno de los capítulos más sugerentes que encontramos en esta obra es el 16, *"Protección de menores víctimas de matrimonios forzados en el derecho migratorio de la UE. Especial referencia al derecho de reagrupación familiar"*, donde la profesora Cristina Zamora Gómez aborda tres situaciones que pueden plantear problemas complejos y de gran calado, como son: los matrimonios forzados; las menores no acompañadas refugiadas; y su reagrupación familiar. La autora inicia su trabajo con una referencia a la violación de los derechos humanos en la que incurren algunos Estados al ignorar los acuerdos internacionales que prohíben la práctica de los matrimonios infantiles forzados que afectan a las niñas y que, además, representan una clara manifestación de violencia de género. Para continuar desarrollando esta cuestión en el ámbito de la UE, al socaire de la decisión del TJUE C-230/21 que analiza con rigor, presentando al lector de una manera clara las conclusiones de esta sentencia que permiten la reagrupación familiar de una menor con sus progenitores, aun cuando se encuentre casada, porque, en primer lugar, ese matrimonio no es válido en la UE y por lo tanto se considera una menor no acompañada y, además, porque de no ser así, se estaría reconociendo de manera tácita este tipo de matrimonios infantiles forzados. Debate que incardina la profesora Zamora Gómez en el ámbito de las diferentes categorías de protección del menor (*Model of individual child*) dependiendo de cuál sea, en cada caso, el interés superior a proteger.

Cierra esta obra el capítulo 17, que analiza *"El Derecho internacional privado y su incidencia en la protección jurídica de las mujeres víctimas de violencia de género. Especial referencia al Reglamento 2019/1111"*. En el mismo, su autora

M^a de los Ángeles Toledo Larrea aborda el tema de los Recursos Integrales de atención y acogida y, desde su experiencia práctica, ilustra al lector de una forma muy gráfica sobre la protección de las mujeres víctimas de violencia de género, haciendo un repaso de la normativa internacional y nacional en la que se regula esta materia. Así, después de enumerar las diversas tipologías de violencia de género identificadas en el Convenio de Estambul, la autora se aproxima a la Propuesta de Directiva del PE y del Consejo sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, que constituirá la primera norma que regule esta materia de manera integral en la UE, resaltando, finalmente, el papel relevante que juega tanto el Reglamento 2019/1111 como el Convenio de La Haya de 1996 en supuestos de traslado y retención de menores.

En definitiva, esta obra representa una excelente contribución en el ámbito del derecho de familia internacional, que aporta como indudable mérito, no solo la variedad y riqueza de las contribuciones que incluye sino, igualmente, el enfoque y tratamiento de los temas que cada autor aborda en relación a una materia sumamente compleja y con múltiples aristas que plantea problemas importantes a los que tratan de aportar soluciones y sugerencias. Se trata, por tanto, de una obra de referencia y de obligada lectura tanto para los académicos cuanto para los profesionales que desarrollan su actividad en el ámbito del Derecho de familia internacional.

Received on 17/02/2025

Approved on 25/02/2025