



## **LA PROTECCION MULTINIVEL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN UNA PRIMAVERA COMPLICADA\***

Pablo Rafael Banchio<sup>33</sup>

*Facultad Interamericana de Ciencias Sociales (FICS)*

Recibido / received: 8/3/2023  
Aceptado / accepted: 21/4/2023

### **Resumen**

La protección multinivel de los derechos humanos constituye un modelo de tutela complejo, que requiere la armonización del entramado de mecanismos del sistema de derechos y libertades fundamentales y las relaciones existentes entre los organismos nacionales e internacionales y supranacionales que se encargan de su cumplimiento y fiscalización.

El Triángulo jurisdiccional europeo es quizás el mejor ejemplo para simbolizar la protección multinivel ya que se encuentra conformado por derechos fundamentales contenidos en una a) Dimensión normativa: a.1) las constituciones nacionales de cada país, a.2) el Derecho de la Unión Europea (DUE) para los 27 que integran la Unión Europea, y a.3) los contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 que entró en vigor en 1953.

Por ende, la b) Dimensión judicial tiene como tribunales competentes: b.1) los locales de cada Estado miembro de ambas organizaciones regionales, b.2) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con asiento principal en Luxemburgo, que es su principal órgano judicial y, b.3) la Corte Europea de Derechos Humanos que tiene su sede en Estrasburgo. Cada uno de ellos con jurisdicción para niveles distintos de protección de los derechos humanos, y como lógica consecuencia normativa y judicial, tres dimensiones interpretativas de las consecuencias jurídicas de sus actos.

---

<sup>33</sup> Posdoctor *cum laude* en Nuevas Tecnologías y Derecho, Università degli Studi di Reggio Calabria (Italia). Posdoctor en Principios Fundamentales y Derechos Humanos y Doctor en Derecho Privado (UCES). Magíster en Derecho Empresario (UA). Especialista en Asesoría Jurídica de Empresas (UBA). Coordinador académico de Maestría y Doctorado en Ciencias Jurídicas, Facultad Interamericana de Ciencias Sociales (FICS). Miembro Titular del Centro de Estudios de Derecho Privado (CEDEP) de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Miembro de la Rede de Pesquisa Direitos Humanos e Transnacionalidade (REDHT). Miembro académico de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS).

\* International Conference "The Challenges of Human Rights in Europe, Asia and Latin America" promoted within the Post-Doctoral Programme in New Technologies and Law and the LL.M, in European Private Law (Università "Mediterranea" di Reggio Calabria - Italy). Session The Multilevel Protection of Human Rights. Relazione: "La protección multinivel de los derechos humanos en una primavera complicada". Saturday 22 October 2022.



Se trata de un diálogo dotado de alta complejidad, plagado de obstáculos sobre todo, derivados de la interpretación de las competencias comunitarias sobre las soberanías plenas de cada Estado que pone en dificultad el pluralismo jurídico existente generando una creciente tensión en las relaciones interordinamentales. Las mismas comenzaron a manifestarse a principios del presente siglo y se agravaron gradualmente para llegar a la crisis existencial que hoy atraviesan dentro de un contexto restrictivo de vigencia del sistema de derechos humanos en gran parte de la Unión Europea, poniendo en duda la eficacia del sistema tal cual fue concebido a fines del siglo pasado.

El trabajo luego de un análisis resumido de los fallos que fueron provocando esta situación pone foco especial en las violaciones sistemáticas de los derechos humanos y del derecho internacional de las migraciones por parte de varios países de la Unión Europea en cuanto al trato a solicitantes de asilo y refugiados en la llamada "crisis del Mediterráneo", provocada en gran parte por los países que la integran.

**Palabras clave**

sistema multinivel, derechos humanos, derechos de las migraciones, sistema interamericano de derechos humanos, Unión Europea, Tribunal de Justicia, Consejo de Europa

**THE MULTILEVEL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN A COMPLICATED SPRING****Abstract**

The multilevel protection of human rights constitutes a complex model of protection, which requires the harmonization of the framework of mechanisms of the system of fundamental rights and freedoms and the existing relations between national, international, and supranational bodies responsible for their enforcement and monitoring.

The European jurisdictional triangle is perhaps the best example to symbolize multilevel protection, since it is made up of fundamental rights contained in a) the normative dimension: a.1) the national constitutions of each country, a.2) the European Union law (EUL) for the 27 member states of the European Union, and a.3) those contained in the European Convention on Human Rights (ECHR) adopted by the Council of Europe on 4 November 1950, which entered into force in 1953.

Therefore, the b) judicial dimension has as its competent courts: b.1) the local courts of each Member State of both regional organizations, b.2) the Court of



Justice of the European Union, with its main seat in Luxembourg, which is its main judicial body, and b.3) the European Court of Human Rights, which has its seat in Strasbourg. Each with jurisdiction for different levels of human rights protection, and as a logical normative and judicial consequence, three interpretative dimensions of the legal consequences of their acts.

This is a highly complex dialogue, plagued by obstacles, especially those deriving from the interpretation of Community competences over the full sovereignty of each State, which hampers existing legal pluralism and generates growing tension in inter-governmental relations.

These tensions began to manifest themselves at the beginning of this century and gradually worsened to reach the existential crisis they are currently experiencing within a restrictive context of the human rights system in force in a large part of the European Union, calling into question the efficacy of the system as it was conceived at the end of the last century.

After a summary analysis of the failures that led to this situation, the paper focuses on the systematic violations of human rights and international migration law by several EU countries in the treatment of asylum seekers and refugees in the so-called "Mediterranean crisis", which was largely caused by the countries that make up the European Union.

### **Keywords**

multilevel system, human rights, migration rights, inter-American human rights system, European Union, Court of Justice, Council of Europe

## **1. Horizonte de Historia del Derecho**

Recién en el siglo pasado los derechos humanos tomaron su actual significado como cuerpo normativo más concreto, a partir de la conformación de las Naciones Unidas. Hasta entonces, las voces "derechos humanos", en un sentido genérico, aludían a cuestiones vinculadas con el respeto de la condición del hombre en toda forma de organización política de cualquier comunidad o grupo social.

La noción de persona, entretanto, se había ido precisando poco a poco a través, de las controversias entre el racionalismo e idealismo modernos y la compleja riqueza del cristianismo<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> BANCHIO, Pablo; "De individuos en personas. El proyecto de vida y el principio supremo de justicia", en *Doctrina Jurídica*, Año IV, número 10, Buenos Aires, 2013 y BANCHIO, Pablo; "El derecho al proyecto de vida: La protección jurídica del Código Civil y Comercial Argentino". Primera parte:



En el sentido específico que actualmente lo conocemos tuvieron su origen en la Edad Moderna a partir de la expresión “*droits de l’homme*”. Fue la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano emitida por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789 el momento de la afirmación normativa de la dignidad humana bajo el lema de la libertad, igualdad y fraternidad<sup>36</sup>.

La solemne manifestación, expuso los principios simples e indiscutibles, naturales e inalienables del hombre, que los ciudadanos podían reclamar como fines de toda institución política ante los actos de cualquiera de los poderes del Estado. De este modo, los derechos allí señalados se convirtieron en principios constitutivos de las obligaciones y facultades de todo ciudadano como miembro del Estado Nación surgido en Europa un siglo atrás con los tratados de Westfalia.

Así fueron avanzando, no sin tropiezos, hacia la abolición de la esclavitud, que perduró en Mauritania hasta 2007<sup>37</sup>; la igualdad de hombre y mujer, la concepción de la patria potestad como una tarea, la protección del gobernado contra el gobernante, del administrado contra la administración, del consumidor y del usuario, la igualdad económica y política, la responsabilidad social empresaria, la tutela jurídica del daño moral, *ex multis*, empresas de excepcional importancia que en una minoría de estados funcionan satisfactoriamente.

El Derecho, fue construyendo de este modo, durante siglos de desarrollo cultural con formulaciones normativas de diversa índole, una maravillosa obra milenaria erigida con lucha, sangre y lágrimas de millones de personas para ofrecer una respuesta jurídica adecuada a los derechos humanos, basada en su valor más elevado que es la justicia.

## 1.2 Internacionalización normativa

A lo largo del referido un proceso evolutivo, intentando su protección, no han sido solamente las constituciones políticas de los Estados las normas jurídicas donde fueron reconocidos los derechos humanos. Cerca de la segunda mitad del siglo XX, luego de los horrores de la Segunda Guerra Mundial de ambos bandos

---

bases iusfilosóficas de su inclusión como daño resarcible. *Revista Argentina de Derecho Civil*, Año II, Número 5, 2019.

<sup>36</sup> “Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”; “el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...” (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; Francia, 20 al 26/08/1789, Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>).

<sup>37</sup> A pesar de que la esclavitud fue abolida por ley en 1981, el Parlamento la penalizó recién en 2007 y luego en 2014, las equiparó a un crimen de lesa humanidad. <https://www.ngenespanol.com/travel/mauritania-fue-el-ultimo-pais-en-abolir-la-esclavitud/amp/>.



del conflicto se apreció la necesidad del reconocimiento de dichos derechos en Declaraciones y Tratados Internacionales.

Así el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional entró en vigor el 24 de octubre del mismo año la Carta de San Francisco<sup>38</sup> que afirma su fe en los “derechos humanos fundamentales”, aunque no llega a definirlos.

La semilla estaba plantada, ya que pocos años después, en 1948, la Asamblea General promulgó la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) proclamando los derechos civiles y políticos junto a los derechos económicos, sociales y culturales que, en 1966, aprobados por el mismo organismo, alcanzarían también carácter internacional<sup>39</sup>. Estas respuestas jurídicas consolidaron el paso a la cuarta fase de la dimensión normológica, del estado de derecho legal al estado de derecho constitucional, surgido especialmente en Alemania, que consagra una juridicidad reconocida -no creada- de carácter universal e inalienable ya que ni el constituyente ni el legislador individualmente pueden dictar la ley si ello implica violar el Derecho<sup>40</sup>.

De esta manera nacieron, luego de procesos de difícil y maravillosa construcción jurídica colectiva, distintos instrumentos internacionales de protección de la persona humana. Entre ellos se destacan inicialmente, los mencionados Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con su intención por lograr la eficacia universal de los mismos y las posteriores Convenciones contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sobre los Derechos del Niño, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, *inter alia*.

Luego de este camino de consolidación del Derecho Internacional, comenzó uno de “descenso” de dicha normativa hacia la regionalización de la misma, conformándose los Sistemas interamericano, africano y europeo conforme los conocemos actualmente, fruto también, de años de trabajo formativo.

No obstante, los limitados avances de todas estas fuentes formales de derechos humanos, a su práctica concreta en la realidad fáctica de los hechos, la inferioridad del progreso moral, en comparación con el científico-técnico, no consiste en lo logrado hasta ahora, sino que; está más bien en su precariedad y, por ello, debe necesariamente seguir en constante desarrollo<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Disponible en: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>.

<sup>39</sup> Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

<sup>40</sup> BANCHIO, Pablo; *Desarrollos Trialistas*. Buenos Aires: Perspectivas Jurídicas, 2018, p. 92. Esta cuarta etapa simboliza la defensa de los principios del derecho natural del siglo XVI sobre la aplicación lisa y llana del positivismo del siglo XIX cuando la ley provoca una mayor injusticia, cómo se evidencio, *v.g.* con las leyes de Nuremberg, como ejemplo mas claro, pero no el único.

<sup>41</sup> GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción filosófica al Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 438.



## **2. Tutela multinivel de los derechos fundamentales**

Todo este desarrollo, llevado a cabo en la segunda mitad del siglo pasado, permitió que los derechos humanos, además la tutela en cada uno de los órganos estatales, obtengan actualmente, en virtud de los tratados y convenciones internacionales que se fueron suscribiendo, una protección a nivel supranacional e internacional.

A los derechos reconocidos en la constituciones nacionales, tutelados por los tribunales judiciales de cada país, se suman de esta manera los consagrados en los Convenios supranacionales de derechos humanos, cuya defensa se atribuye a su vez a Tribunales judiciales de ámbito internacional.

Esta protección multinivel de los derechos humanos constituye un modelo de tutela complejo, con rasgos y problemas específicos que requieren ser convenientemente acoplados. La articulación entre los ordenamientos y organismos de garantía de cada país plantea dificultades prácticas que necesitan una reflexión y búsqueda de soluciones, siendo de gran utilidad el intercambio de conocimientos. La intención de esta exposición es, por tanto, crear una puesta en común y reflexión sobre la dimensión multinivel de la protección de los derechos humanos, a fin de mejorar la interrelación entre los ordenamientos y organismos judiciales de los países a los que pertenecemos.

En un mundo jurídico globalizado, en el que los Estados tejen complejas relaciones a nivel supranacional e internacional, los ordenamientos jurídicos estatales y el Derecho Internacional no pueden observarse aisladamente, máxime cuando, dada la ausencia de cualquier rango jerárquico entre las jurisdicciones destinadas a aplicarlos, el principio sobre el que se basan esas relaciones es el de colaboración.

### **2.1 Niveles de tutela**

La expresión “tutela multinivel” alude al entramado de mecanismos de protección de derechos y libertades y a las relaciones existentes entre los organismos nacionales e internacionales y supranacionales que se encargan de su cumplimiento y fiscalización.

Se destacan tres niveles principales, no obstante incluiremos preliminarmente la posibilidad de uno anterior que es el nivel sub nacional ya que en algunos Estados federales como Argentina y Brasil, *ex multis*, las unidades sub nacionales (estados o provincias) pueden consagrar en sus órdenes jurídicos ciertos derechos humanos, que pueden ser protegidos a ese nivel.



Si bien es excepcional, a pesar de sus posibles implicaciones internacionales, los derechos reconocidos en la esfera sub estatal tienen relación jerárquica con su orden constitucional y la protección multinivel se confunde con el derecho nacional del respectivo Estado<sup>42</sup>. Si bien no profundizaremos en tal análisis, y tomaremos como punto de partida el siguiente nivel (nacional) lo mencionamos ya que el Reino Unido -aunque dejó de pertenecer a la UE- no tiene un texto constitucional escrito y tanto Escocia como Inglaterra tienen diversas protecciones de estas características (*v.g.* homicidio empresarial)<sup>43</sup>. En consecuencia los niveles generalmente reconocidos son los tres que siguen.

a) Nivel nacional: las constituciones nacionales de cada Estado Nación incluyen en el texto de su articulado los derechos humanos que el mismo reconoce a sus ciudadanos y residentes.

b) Nivel supranacional: En la llamada “pequeña” Europa los derechos humanos son también protegidos por el Derecho de la Unión Europea (en adelante DUE); inicialmente, mediante la expansión jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia<sup>44</sup> y desde el 1 Diciembre de 2009 mediante la Carta de Derechos Fundamentales, en virtud de la remisión del artículo 1 (8) del Tratado de Lisboa, que enmendó el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (en adelante UE)<sup>45</sup>. A este nivel, los instrumentos están dirigidos primordialmente a proteger los derechos humanos de violaciones por parte de la asociación económica y política y sus órganos, así como de los Estados miembro, cuando los mismos apliquen el DUE a través del artículo 51 (1). En el Mercosur y la Comunidad Andina consideramos que no existe este nivel, como veremos *infra*.

c) Nivel internacional: son protegidos mediante tratados y tribunales internacionales creados al efecto. En Europa por el Sistema Europeo de derechos humanos (Convención Europea de Derechos de 1950 en el Consejo de Europa), cuya corte competente es la Corte Europea de Derechos Humanos, en América el tratado más importante es la Convención Americana sobre Derechos Humanos

<sup>42</sup> URUEÑA, René; “Luchas locales, cortes internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina”. Revista Derecho Estado n° 30 Bogotá Jan. /June 2013.

<sup>43</sup> La ley de homicidio empresarial y corporativo (*Corporate manslaughter and Corporate homicide Act*) aprobada el 26 de julio de 2007, que entró en vigor el 6 de abril de 2008 creó un nuevo delito, denominado homicidio “empresarial” en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte y homicidio “corporativo” en Escocia alineando la responsabilidad penal de la persona jurídica en ambos regímenes de la familia anglosajona al norte y sur de la frontera<sup>43</sup>. BANCHIO, Pablo; “Desarrollo del compliance en el Derecho anglosajón”, *Revista de Derecho Empresario*, Número 2, mayo 2020.

<sup>44</sup> La expansión de los derechos en este contexto se hace clara a partir del caso Stauder (Tribunal de justicia, Caso 29/69, *Stauder v. Ciudad de Ulm*, 1969 E.C.R. 419). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61969CJ0029>

<sup>45</sup> Polonia, como veremos *infra*, estableció la reserva que ni la corte ni los tribunales comunitarios, podrán encontrar que normas y actuaciones adoptadas u ocurridas en el estado estarían en violación de la Carta.



(también llamado “Pacto de San José de Costa Rica”) suscripto, tras la Conferencia Especializada Interamericana, el 22 de noviembre de 1969 y en vigencia desde el 18 de julio de 1978. Cuenta con un tribunal internacional investido de funciones para respetar y garantizar su aplicación que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH).

### **3. ¿Protección multinivel en América Latina?**

En la región existe la protección de los derechos humanos a nivel nacional, reconocida por las respectivas constituciones políticas de los países y también la protección internacional, otorgada fundamentalmente por el Pacto de San José y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

No existe, sin embargo, protección a nivel supranacional, como demuestran las experiencias del Mercosur y de la Comunidad Andina. Es por esta razón que no puede hablarse de protección multinivel de los derechos humanos en América Latina aunque bien podría considerarse la relevancia de este modelo para mejor defensa y protección de los mismos en la región.

En el ámbito del Mercosur, se planteó en 1992 la necesidad de una Carta de Derechos Humanos con la Declaración de Las Leñas, aunque la misma no ha llegado a concretarse. Existen numerosos instrumentos de cooperación intergubernamental para la promoción de derechos humanos, así como otros que protegen derechos específicos. En especial, la Decisión del Consejo del Mercado Común (CMC) n° 40/04 creó la Reunión de Altas Autoridades en el Área de Derechos Humanos, un órgano subsidiario del CMC, que actúa en coordinación con el Foro de Consulta y Concertación Política (FCCP), que ha servido como foro para interesantes desarrollos relacionados con derechos humanos en el marco del Mercosur.

A diferencia de la situación en el Mercosur, en la Comunidad Andina existe la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, aprobada en el año 2002 y un Tribunal de Justicia<sup>46</sup>. Si bien la jurisprudencia de los países andinos no ha contribuido a la protección de los derechos humanos a nivel comunitario, existe hasta ahora un único caso en el que el Tribunal Andino en esta materia<sup>47</sup>.

El Tribunal con sede en Ecuador fue creado en 1979 pero inició sus funciones en 1984 y tiene carácter permanente, supranacional y comunitario ya que fue instituido para declarar la legalidad del derecho de la Comunidad y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en los 4 países miembros.

<sup>46</sup> Puede verse: <http://www.sice.oas.org/labor/Carta%20Andina.pdf>

<sup>47</sup> Tribunal Andino de Justicia. Caso 56-DL-2001 (sentencia del 20 de febrero de 2002)





### **3.1 Situación global en el continente**

Ante la insuficiencia de la protección nacional de los derechos humanos en varios Estados de América Latina, bien sea por incompetencia o falta de voluntad de las autoridades, la perspectiva interna muestra que el modelo multinivel puede ser útil para ampliar el espectro de protección.

El nivel internacional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no se convierte aun en una amenaza creíble para autoridades nacionales reticentes a proteger los derechos humanos, si bien esta posibilidad de litigio internacional es un claro incentivo en el proceso de protección de los derechos humanos.

La delicada situación de los mismos y las notables y reiteradas violaciones, pese a los contundentes informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que se registran en Venezuela<sup>48</sup>, Cuba y Nicaragua, no presenta una gran eficacia. El panorama actual nos permite desarrollar el siguiente cuadro de situación en los dos niveles actualmente existentes:

#### **3.1.1 Nivel nacional**

En los países del subcontinente a esta categoría analítica de protección pertenece el debate respecto al denominado "bloqueo de constitucionalidad" que integra a las cartas fundamentales los tratados de derechos humanos.

Esta doctrina hace referencia en términos generales a un canon constitucional expandido que incluye normas no contempladas en el texto expreso de la Constitución escrita.

Proveniente del derecho francés y tomada en Argentina entre otros por Bidart Campos que lo caracteriza como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución documental, cuyo fin es actuar como parámetro para el control de constitucionalidad de las normas de inferior rango<sup>49</sup>.

Es el marco conceptual para explicar la integración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) en los sistemas constitucionales nacionales, una mecánica adoptada e impulsada por la Corte Suprema, Corte Constitucional y Tribunales Constitucionales respectivamente en

<sup>48</sup> Puede verse: <https://www.ohchr.org/es/statements/2022/06/dialogo-interactivo-sobre-el-informe-de-la-alta-comisionada-sobre-venezuela>

<sup>49</sup> BIDART CAMPOS, Germán; *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 265-267.



Argentina<sup>50</sup>, Colombia<sup>51</sup>, Perú<sup>52</sup> y Ecuador<sup>53</sup>.

### 3.1.2 Nivel internacional

El Pacto de San José de Costa Rica es una especie de documento constitucional básico en este sentido. En este marco el artículo 41 de la Convención y el 18 de su Estatuto establecen que la CIDH tiene por función principal promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y está facultada para requerir a los gobiernos de los Estados del hemisferio que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.

La CIDH solicita a los Estados de la región información sobre hechos que le interesan o preocupan en materia de derechos humanos, incluyendo las medidas adoptadas por los Estados para hacerles frente. Las solicitudes de información permiten a un país miembro identificar los asuntos que pudieran comprometer su responsabilidad internacional y, a su vez, permiten a la CIDH conocer cuál es la posición del Estado y las medidas que ha adoptado, facilitando que se realice una evaluación objetiva sobre el cumplimiento estatal de las obligaciones internacionales que corresponden<sup>54</sup>.

Estas fuentes formales no han podido salir del campo teórico y su aplicación práctica es menor. Por supuesto que el carácter político de la conformación del organismo y el bajo nivel moral de alguno de sus ex integrantes ha contribuido al desprestigio de sus sentencias, pero es de resaltar la siempre vigente esperanza que la situación mejore y que las calificadas normas que veremos *infra* lleguen a cumplirse.

### 3.2 Instrumentos Interamericanos en materia de derechos humanos

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue el primer instrumento internacional de derechos humanos de carácter general a

<sup>50</sup> Fallos "Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", vol. 856, XXXVIII, 9 de febrero de 2004, paras. 5, 13, 39 y 57; "Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones arts. 104 y 89 del Código Penal", causa n° 3221, L. 486. XXXVI, 17 de mayo de 2005, paras. 7, 22 y 28; "Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/Homicidio calificado por el vínculo y por alevosía", causa n° 120/02, D. 81, XLI, 6 de agosto de 2006, opinión del Procurador, at 5.

<sup>51</sup> Sentencias C-488 de 2009 (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio) y SU-039 de 1997 (M.P.: Antonio Barrera Carbonell).

<sup>52</sup> Decisión 0047-2004-AI/TC (José Claver Ninaquispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín), par. 22; Decisión caso 5854-2005-AA/TC (Pedro Andrés Lizana Puelles), at par. 23; Decisión 00007-2007-PI/TC (Colegio de Abogados del Callao), paras. 12-17; Decisión 05427-2009-PC/TC (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva), para. 9.

<sup>53</sup> UREÑA, René; op. cit.

<sup>54</sup> Idem



nivel mundial ya que fue adoptada por los representantes de los Estados Americanos presentes en la Novena Conferencia Internacional Americana, que tuvo lugar en Bogotá (Colombia), entre el 30 de marzo y el 2 de mayo de 1948, es decir previamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Además de ella y el también mencionado Pacto de San José de Costa Rica de 1969 podemos enumerar los siguientes documentos interamericanos:

a) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, del 9 de diciembre de 1985.

b) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" del 17 de noviembre de 1988.

c) Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte del 8 de junio de 1990.

d) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, "Convención de Belém do Pará" del 9 de junio de 1994.

e) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas del 9 de junio de 1994.

f) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad del 7 de junio de 1999.

g) Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia del 5 de junio de 2013.

h) Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia del 5 de junio de 2013.

i) Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores del 15 de junio de 2015.

#### **4. Sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos**

Quizás la normativa regional más desarrollada en materia de derechos humanos se encuentre en Europa donde se puede distinguir entre la regulación a nivel del Consejo de Europa y la regulación a nivel de la Unión Europea. El Consejo de Europa surgido tras la Segunda Guerra Mundial -que comprende los 27 Estados de la UE, cada uno de los cuales también lo integra- es una organización supranacional europea fundada en Londres el 5 de mayo de 1949 que agrupa 47 Estados del continente<sup>55</sup> -Rusia fue excluida el 16 marzo 2022-.

---

<sup>55</sup> Todos con excepción de Bielorrusia y Kazajistán que son candidatos, pero por ahora solo adherentes.



En la UE, comunidad política subcontinental, la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 supuso el reconocimiento en el Derecho Originario de la UE de un catálogo explícito y propio de derechos fundamentales que se impone a los poderes públicos europeos y a los poderes públicos nacionales, cuando apliquen el DUE (art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea -en adelante TUE-)<sup>56</sup>.

Esa eficacia jurídica presenta la importante cuestión de su articulación en aquellas situaciones que caen dentro de un triple ámbito de aplicación ya que se trata de escenarios en los que también son, en principio, aplicables tanto los derechos constitucionales nacionales como los derechos recogidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales también conocido como Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH).

El Triángulo jurisdiccional europeo para estos países quedó entonces conformado por: a) el DUE, b) las normas nacionales de derechos fundamentales y c) los contenidos en el CEDH adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 que entró en vigor en 1953.

Por ende, los tribunales competentes, además de los nacionales de cada Estado miembro de ambas organizaciones regionales, son: a) la Corte Europea de Derechos Humanos que tiene su sede en Estrasburgo y que no debe ser confundida con b) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con asiento principal en Luxemburgo, que es el órgano judicial de la UE.

Esta distinción es importante para los fines de esta exposición, pues cada uno de estos tribunales es la Corte con jurisdicción para uno de dos niveles distintos de protección de los derechos humanos: el supranacional (el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y el internacional (la Corte Europea de Derechos Humanos).

#### **4.1 Dimensiones de los circuitos interpretativos**

El referido triángulo jurisdiccional de la así llamada “pequeña Europa” presenta también, como lógica consecuencia normativa y judicial, tres dimensiones interpretativas de las consecuencias jurídicas de sus actos.

---

<sup>56</sup> El primer tratado de la UE fue adoptado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (en vigor desde el 1 de noviembre de 1993). Creó la UE como ente político (no como organización internacional). Fue modificado y completado por posteriores tratados, como los sucesivos tratados de adhesión de nuevos Estados miembro, Tratado de Ámsterdam (1997) y Tratado de Niza (2002). El Tratado de Lisboa (2007) eliminó la Comunidad Europea, que fue sustituida y sucedida por la Unión Europea, dotada de personalidad internacional.



La primera de estas dimensiones está vinculada al ordenamiento jurídico nacional identificado en la *carta magna* de cada Estado miembro como centro de la ordenación jerárquica de sus normas jurídicas que deben aprobar el “test de constitucionalidad” cuya competencia corresponde al “guardián de la Constitución”, ya sean Tribunales Constitucionales, Cortes Constitucionales o Salas Constitucionales de la Corte Suprema de Justicia.

A ella se agrega, una segunda dimensión, propia del ordenamiento jurídico de la organización internacional intergubernamental que esta referenciada en los tratados fundacionales incluida –de acuerdo con el artículo 6.1 (TUE)- la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de Niza 2000 (en adelante CDFUE), cuyos principios, derechos y libertades son reconocidos por el TUE con el mismo valor jurídico que los tratados. Aquí la relevancia jurídica está dada por el “test de comunitariedad” a cargo del Tribunal de Justicia que, como adelantamos, tiene su sede en Luxemburgo.

Finalmente, la tercera dimensión señala al ordenamiento jurídico construido a partir de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), sometida al “test de convencionalidad” que se encuentra a cargo del TEDH, también denominado, como vimos, por su sede, Tribunal de Estrasburgo, que es el órgano que asume la centralidad de esta dimensión interpretativa.

Este triángulo jurisdiccional europeo muestra la variante multidireccional de los circuitos interpretativos en materia de la protección multinivel de los derechos humanos y libertades fundamentales dentro de su territorio continental y extensiones de ultramar<sup>57</sup>.

#### **4.2 Interpretación diversa y ámbito territorial común**

Los tres ordenamientos jurídicos se presentan como autónomos e independientes y se caracterizan conforme sostienen enfáticamente cada uno de sus intérpretes finales por la primacía de sus propias normas primarias de referencia (ya sean las constitucionales o las que integran los tratados fundacionales regionales y subregionales). Esta primacía no obstante es interpretada no como “superioridad jerárquica”, sino como “garantía de no desplazamiento” de aquellas normas frente a un conflicto normativo extra-sistémico.

La cualidad más relevante de esta perspectiva es que como anticipamos, los tres ordenamientos jurídicos se encuentran integrados en un mismo ámbito

<sup>57</sup> PIZZOLO, Calogero; *El sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos en su laberinto*, 1a ed. Córdoba: Editorial de la UNC, 2022.



territorial compuesto tanto por los 47 Estados miembros del CEDH como los 27 de la UE.

Se trata entonces de un diálogo dotado de alta complejidad, plagado de obstáculos sobre todo, derivados de la interpretación de las competencias comunitarias sobre las soberanías plenas de cada Estado ya que la defensa en términos absolutos de la primacía por cada uno de los interpretes finales conduce a ignorar el pluralismo jurídico existente y a una creciente tensión en las relaciones interordinamentales.

Las mismas comenzaron a manifestarse, conforme veremos *infra*, a principios de siglo con el fallo “Melloni” y pasaron luego de “castaño a oscuro” motivando el título esta exposición, ya que parece que la primavera pluralista de fines del siglo pasado se está convertido en un “invierno otoñal”.

### **4.3 Naturaleza jurídica del sistema multinivel “a tres bandas”**

Además de las tensiones referidas en el punto anterior, el sistema multinivel “a tres bandas” plantea una complejidad adicional en cuanto a su naturaleza jurídica ya que se trata de un régimen compuesto donde cada uno de los sistemas concurrentes posee características propias que lo definen.

El orden de derechos estatal referenciado en la constitución nacional, el comunitario en los tratados fundacionales, y el CEDH en el DIDH. El primero mira entonces hacia la Constitución y su supremacía; el segundo defiende su primacía y consiguientemente su efecto directo desde la condición de derecho supranacional; y el tercero su primacía y su carácter subsidiario. Los tres corresponden a la suma de tres lógicas jurídicas diferenciadas que impactan directamente en el desarrollo de las relaciones interordinamentales<sup>58</sup>.

El triángulo jurisdiccional europeo -en tanto sistema de protección multinivel- tiene que lidiar al mismo con un problema adicional a todos los que señalamos ya que uno de sus vértices responde a las características propias del régimen supranacional del Derecho Comunitario ya que su funcionamiento posee particularidades específicas, como el efecto directo a los particulares y la primacía del orden jurídico comunitario por encima de los ordenamientos jurídicos internos, incluso las constituciones nacionales.

Implica el desafío, por lo tanto, de conciliar el principio de primacía del DUE con el principio de “mayor protección” -previsto en el artículo 53 de la CDFUE- como regla clásica de solución de conflictos entre sistemas de derechos concurrentes<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Idem

<sup>59</sup> STJ de 26 de febrero de 2013, Åkerberg, asunto C-617/10 [ECLI:EU:C:2013:105].



Cada sistema de tutela de los derechos responde a una *ratio* y una finalidad diversa. Una Constitución nacional, es el fundamento y cúspide de todo el ordenamiento estatal; el CEDH busca asegurar un estándar mínimo común a los Estados partes y “opera solo en vía subsidiaria respecto de las garantías nacionales”; y la CDFUE “opera en ámbitos limitados, pero tiende a procurar en ellos un estándar común y uniforme de tutelas de los derecho entre los Estados miembros”<sup>60</sup>.

#### **4.4 Evolución del Derecho supranacional**

##### **4.4.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos**

El Consejo de Europa surgido tras la Segunda Guerra Mundial fue una reacción frente a la barbarie y la destrucción causada por todos los involucrados en el conflicto. Es una organización supranacional europea fundada en Londres el 5 de mayo de 1949 y tiene como una de sus misiones centrales, precisamente, velar por el respeto, la protección y la garantía de los derechos humanos en su territorio, además de salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen el patrimonio común europeo y favorecer su progreso económico y social<sup>61</sup>.

Actualmente está integrado, como ya sostuvimos, por cuarenta y siete estados europeos, es decir, los veintisiete que forman la Unión Europea actualmente y todos los demás, con excepción de Bielorrusia y Kazajistán que son candidatos, pero por ahora solo adherentes y Rusia que está suspendido.

La CEDH constituye la Carta por la que se rigen los cuarenta y siete Estados, desde la perspectiva de su compromiso en materia de derechos humanos al acceder a la entidad supranacional<sup>62</sup>. Tiene la gran virtualidad de que la acompaña un órgano jurisdiccional que tiene la misión de velar por su respeto. Es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o también, conforme anticipamos “el Tribunal de Estrasburgo”, en referencia a la ciudad francesa en la que tiene su sede<sup>63</sup>.

Si bien el Convenio fue elaborado en 1950 se va actualizando de dos maneras: a) mediante su incorporación en protocolos adicionales y b) mediante la denominada “jurisprudencia evolutiva”, que implica el reconocimiento e

---

<sup>60</sup> CARTABIA, Marta; “Convergenze e divergenze nell’interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”, *Rivista AIC/Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 3/2017, pp. 3-12.

<sup>61</sup> Puede verse: <https://www.coe.int/it/web/portal/home>.

<sup>62</sup> Disponible en: <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114>.

<sup>63</sup> Puede verse: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>.



interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el progreso de los tiempos<sup>64</sup>.

Aunque no es derecho específico de la Unión Europea, es fuente de aplicación a los estados miembros, en especial, por su compatibilidad con el Protocolo n° 6 de la Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos Fundamentales y la Libertad sobre la abolición de la pena de muerte, firmado en Estrasburgo el 28/04/1983, que entró en vigor el 01/03/1985.

#### **4.4.2 Derecho primario**

El Derecho primario establece el reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembro y proporciona el marco jurídico en el que las instituciones formulan y aplican sus políticas. Esta evolución del derecho supranacional, en tanto derecho autónomo, parte de un hecho jurídico característico que es la atribución de competencias –otrora estatales- a instituciones de la UE.

El ordenamiento jurídico comunitario, entonces, se caracteriza por constituirse en receptor de la atribución de competencias que, los Estados Miembros, dejan de ejercer por sí mismos. Dicha atribución es la causa, en la práctica diaria de la integración europea, de una modificación estructural de la noción clásica de soberanía estatal.

Esta legislación tiene su origen en los Tratados de los cuales, los mas significativos para esta temática son el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada, modificada por el Tratado de Lisboa)<sup>65</sup>, y el Tratado de la Unión Europea, también en la versión consolidada, modificada por el Tratado de Lisboa<sup>66</sup>.

El estatuto básico en materia de derechos humanos es la ya mencionada CDFUE del 7 de diciembre de 2000, modificada el 12 de diciembre de 2007, con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009<sup>67</sup> y cuando se aplica el DUE, es decir, existe ese “vínculo o conexión”, el juez nacional debe aplicar esta Carta.

No es considerada un simple tratado de derechos, ni tampoco un “tratado de mínimos sobre el contenido de los derechos que ha de respetar el intérprete y aplicador” del derecho nacional. Debe interpretarse como “la carta constitucional básica” de la UE y como tal, los jueces locales deben aplicarla “exactamente igual” que el resto del DUE porque el principio de autonomía del

<sup>64</sup> BOUAZZA ARIÑO, Omar, “Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, enero-abril 2003, vol. 160, pp. 167-202.

<sup>65</sup> En (2012) Diario Oficial de la Unión Europea C 326, p. 47.

<sup>66</sup> Entrada en vigor: 1 de diciembre de 2009. Videre [2012] DO C 326, p. 13.

<sup>67</sup> Puede verse: [2007] DO C 303, p. 1.





ordenamiento jurídico de la UE es el insoslayable punto de partida con las consecuencias lógicas expresadas por el monopolio de los principios de primacía y efecto directo, así como, en alguna medida, el resto de los principios básicos del DUE.

Ahora bien, puede darse el caso que un Tribunal Constitucional de cualquier Estado miembro tuviera una opinión divergente con la del Tribunal de Justicia de la UE -considerado el intérprete último del DUE-, sobre el alcance de un derecho reconocido tanto en la CDFUE como en la Constitución del Estado de la cuál es intérprete final.

En este caso nos encontramos frente a un dilema que genera difíciles controversias ya que presenta un conflicto interordinamental que involucra a los magistrados de ambos organismos, intérpretes máximos de la misma norma en ambos ordenamientos<sup>68</sup>.

Estas disyuntivas comenzaron a plantearse tímidamente en la última década como veremos sintéticamente a continuación terminando en una ruptura sistémica que produjo, entre otras causas de debilitamiento y corrupción del organismo comunitario, la deriva autoritaria en materia del tratamiento de los derechos humanos de las personas migrantes y un claro conflicto del DUE con el DIDH y el Derecho Internacional de las Migraciones.

#### **4.5 Ejercicio del control *ultra vires* en la última década**

Porqué y cómo construir una identidad constitucional nacional se convierten en interrogantes que ya no sólo buscan preservar un área de reserva inmune a las interpretaciones del Tribunal de Justicia, sino que en muchos casos, se avanza sobre principios y valores que las autoridades comunitarias interpretan fundamentales y que los jueces de Luxemburgo sostienen que desde siempre integran una pretendida "tradición constitucional común" que orienta la búsqueda de la unidad subcontinental, aunque esto no parezca ser lo que percibe gran parte de la población y parecen recoger los Tribunales constitucionales de cada estado miembro<sup>69</sup>.

La coherencia del sistema exige que la competencia para constatar la invalidez de un acto esté reservada al Tribunal de Justicia y, por ello, los arts. 19, 263, 265 y 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) le confían con carácter exclusivo el control de la legalidad. Esa fue la voluntad de los "dueños de los Tratados" ("*Herren der Verträge*") contra la que ahora se rebelan los Tribunales Constitucionales de varios Estados miembro.

<sup>68</sup> PIZZOLO, Calogero; *op. cit.*

<sup>69</sup> Idem



Hungría apoyándose en la Constitución del país para defenderla frente amenazas externas, fue el primer país, pero no el único en hacer tambalear el frágil compromiso comunitario<sup>70</sup>. Quizás sea el resultado de una crónica anunciada o estemos ante una crisis existencial del DUE.

#### **4.5.1 Cuestión prejudicial e identidad constitucional (España e Italia)**

La cuestión prejudicial, establecida en el artículo 267 (TFUE), es un instrumento reglado de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales que pretende aportar a estos “los elementos de interpretación del [DUE] por parte del primero. Es el único caso en el derecho comparado de diálogo reglado y presenta una cuestión muy fuerte entre lo prejudicial y el derecho que tienen los órganos jurisdiccionales y nacionales ya que la mayoría de las constituciones establecen que planteada la cuestión de constitucionalidad, la deben resolver los tribunales constitucionales.

En los fallos “Melloni” del 2013 (España)<sup>71</sup> y “Taricco” del 2015 (Italia)<sup>72</sup> entran en disputa dos ordenamientos jurídicos penales nacionales, donde un tribunal constitucional tiene la idea de revisar lo que pasa en otro ordenamiento jurídico nacional en materia penal y en materia de protección de derechos fundamentales.

Hay reticencia de los Estados miembro a someter su tribunal constitucional a la subordinación de la aplicación e interpretación del DUE por parte del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Este dilema representa un amenaza extra-sistémica para la identidad uniformadora de los veintisiete ordenamientos jurídicos involucrados en la UE: o se cumple con la interpretación del Tribunal de Justicia garante de la primacía, efecto directo y aplicación uniforme del DUE o bien, en defensa de la identidad de cada país se reconocen los alcances de la interpretación constitucional de los mismos y se abandona la del Tribunal de Luxemburgo con las consiguientes consecuencias contrarias a la unidad del DUE que parece haber entrado en un aparente debilitamiento que, como veremos *infra*, comienza a agravarse.

#### **4.5.2 Desconocimiento parcial de sentencias (Chequia y Dinamarca)**

La ola expansiva de estos fallos de tribunales nacionales “garantes de la constitución” produjo una profundización de estas diferencias. Si bien rasgos

<sup>70</sup> BANCHIO, Pablo; *Derecho humano a no emigrar*. Buenos Aires, Editorial Perspectivas Jurídicas, 2020, p. 83.

<sup>71</sup> STJ de 26 de febrero de 2013, Melloni, asunto C 399/11 [ECLI:EU:C:2013:107].

<sup>72</sup> STJ de 8 de septiembre de 2015, Taricco y otros, asunto C-105/14, [ECLI:EU:C:2015:555].



distintivos de esta radicalización quedan expuestos sobre todo en el lenguaje utilizado en la sentencia “Weiss” de 2020 (Alemania)<sup>73</sup>, pueden encontrar antecedentes en el caso de las “Pensiones eslovacas” de 2012 (Chequia)<sup>74</sup> y el “Dansk Industri/Ajos” de 2016 (Dinamarca)<sup>75</sup>.

Estos pronunciamientos, más allá de su hostilidad hacia el DUE, pudieron ser contenidos dentro del diálogo y controlados por el accionar conjunto de las instituciones comunitarias y gubernamentales involucradas. En todo caso, se puede hablar de dichas sentencias, atribuyéndole toda la responsabilidad que les corresponde, como detonantes de una etapa de transición hacia una nueva etapa caracterizada por la ruptura intersistémica.

El primer caso de control *ultra vires* positivo<sup>76</sup> se produjo en el Superior Tribunal Constitucional de la República Checa que concluyó con el desconocimiento de una sentencia del Tribunal de Justicia en 31 de enero de 2012 en el caso de las “Pensiones eslovacas” [Pl. ÚS 5/12], Sección VII<sup>77</sup>.

Todo se inicia con un acuerdo internacional establecido en el momento de la proclamación de independencia de la República Checa y de Eslovaquia, destinado a la regulación del tratamiento del régimen de las pensiones de los ex ciudadanos checoslovacos. En particular, según este acuerdo, el régimen aplicable en materia de pensiones debía ser individualizado sobre la base del criterio de residencia del empleador. La aplicación de este criterio dio lugar a una compleja situación, según la cual, ciertos ciudadanos checos se vieron sujetos al más pobre sistema de pensiones eslovaco, recibiendo de este modo pensiones más bajas que las que habrían recibido si hubieran sido incluidos en el sistema de pensiones nacional.

En un primer momento, el TC checo sentenció, en nombre de la igualdad y de la obligación constitucional de garantizar la seguridad social a los jubilados, la “obligación de integrar o complementar las pensiones eslovacas de los ciudadanos checos que hubieran residido de forma permanente en territorio nacional”<sup>78</sup>. En un segundo momento, y en un evidente intento de no ejecutar dicha medida, el Tribunal Supremo Administrativo checo interpeló al Tribunal de Justicia con dos cuestiones prejudiciales, en las que pedía que se verificara si dicha obligación de integración no suponía una lesión del Reglamento CEE 1408/71 (con el que, inmediatamente al ingreso de la República Checa en la UE, se procedió a europeizar el referido acuerdo internacional origen del conflicto),

<sup>73</sup> TJ de 11 de diciembre de 2018, *Weiss*, asunto C-493/17 [ECLI:EU:C:2018:1000].

<sup>74</sup> STC checo de 31 de enero de 2012, *Pensiones eslovacas* [Pl. ÚS 5/12].

<sup>75</sup> STS danés de 6 de diciembre de 2016, caso 15/2014.

<sup>76</sup> Considera nulos aquellos actos que extralimitan la ley.

<sup>77</sup> STC checo de 31 de enero de 2012, *Pensiones eslovacas* [Pl. ÚS 5/12].

<sup>78</sup> STC checo n° 405/02 de 3 de junio de 2003, *Seguro de pensión* [Pl. ÚS 405/02]



o, en todo caso, si ello no suponía entonces una lesión del principio de no discriminación en razón a la nacionalidad.

Finalmente, sentenció que en ese caso hubo exceso por parte de un organismo de la Unión Europea y que se produjo una situación en la que un acto de un organismo europeo excedió las competencias que la República Checa había transferido a la Unión Europea en virtud del art. 10 bis de la Constitución.

En otro caso, de características similares en cuanto a su resolución, como anticipamos *supra*, el Tribunal Supremo, con sede en Copenhague, que es el órgano de última instancia en Dinamarca sostuvo que el derecho escrito nacional prevalece sobre los principios generales del DUE.

Rechazó en base a tales argumentos la sentencia del Tribunal de Justicia en “Dansk Industri/Ajos”<sup>79</sup> por violar el reparto de competencias fijado en la Ley danesa de adhesión a la UE

En particular, dicho instrumento no contempla la posibilidad que los principios generales del DUE (cfr. art. 6.3 TUE) sean directamente aplicables *inter privatos* en Dinamarca y no proveen la base jurídica para no aplicar la norma nacional que los contradiga y, con ello, desestima el recurso del demandante, una vez recaída la prejudicial<sup>80</sup>.

#### **4.6.3 Desconocimiento total. Se profundizan las diferencias (Alemania)**

El Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante TCFA) es uno de los más acreditados de los países que integran la Unión Europea. Sus decisiones han contribuido a la construcción de la integración europea y a la definición de sus límites. Con su histórica sentencia del 5 de mayo de 2020, considera *ultra vires* un acto comunitario y la “Sentencia Weiss/PSPP” del Tribunal de Justicia, por haber excedido las competencias otorgadas por los Estados miembro. En la misma sostiene que el programa de compra de bonos del sector público conocido como *Public Sector Purchase Programme* (PSPP)<sup>81</sup> excede las competencias que Alemania cedió a la Unión Europea al firmar los tratados comunitarios.

La sangre llegó al río con esta sentencia donde el TCFA. Por primera vez en su historia, declara (parcialmente) *ultra vires* una sentencia del Tribunal de Justicia (y las previas decisiones del Banco Central Europeo) y la considera sin efectos ni carácter vinculante en Alemania desatando una “crisis constitucional” en la

<sup>79</sup> STS danés de 6 de diciembre de 2016, caso 15/2014.

<sup>80</sup> PIZZOLO, Calogero; *op. cit.*

<sup>81</sup> Adoptado el 4 de marzo de 2015 y sucesivamente modificado en varias ocasiones, se trata de un programa del Eurosistema para la compra de títulos emitidos por los gobiernos, agencias públicas e instituciones internacionales situadas en la zona euro. Idem.



relación entre Luxemburgo y Karlsruhe, transformándose en una verdadera y propia rotura institucional.

El TCFA terminó reconociendo a la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia solo un “carácter presuntivo” que, en el desempeño de su función de control de la identidad o de *ultra vires*, le cabría soslayar siempre que no se hubiese atendido el Tribunal de Justicia a su mandato jurisdiccional y se declara competente para determinar la plausibilidad y la coherencia interna de las sentencias del Tribunal de Justicia, reivindicando la última palabra sobre la interpretación misma de los Tratados, la cual puede considerarse arbitraria “desde una perspectiva objetiva”.

#### **4.6.4 Ruptura sistémica (Polonia)**

Si la sentencia “Weiss” pudo ser el inicio del otoño de los conflictos jurisdiccionales, extiende sus manos al invierno que comenzó con la sentencia “K 3/21” donde el Tribunal Constitucional de Polonia (en adelante TCP) declaró lisa y llanamente la “inconstitucionalidad” del TUE y del TFUE haciendo una defensa de su soberanía constitucional y consumando la ruptura con el sistema comunitario del monopolio del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

El TCP, acogiendo las predicas del TCFA, se sumó a los defensores de la existencia de un área de reserva desde donde proyectar una identidad constitucional nacional con una finalidad defensiva-protectora -en tanto técnica de cohabitación- la cual, llegado el caso más hipotético que real, permitiera a sus jueces resguardarla frente a la primacía del DUE y su interpretación expansiva impulsadas desde Luxemburgo, la supremacía constitucional establecida en el art. 8.1 de la constitución polaca<sup>82</sup>.

En un prologo de lo que acontecería luego en Hungría, con la sentencia “Xero Flor” (2021)<sup>83</sup> el TEDH condena a Polonia por violar la independencia de los miembros del TCP en relación al poder ejecutivo y el poder legislativo y establece su “ilegitimidad” a causa del proceso de selección de sus jueces. En respuesta a ello, el TCP, cuestionó el pronunciamiento, diciendo que fue emitido sin fundamento legal, extralimitándose en la jurisdicción del TEDH, y constituyendo una injerencia ilegal en el ordenamiento jurídico interno, en particular en cuestiones que están fuera de su jurisdicción. Por estas razones “debe considerarse como una sentencia inexistente ya que el TEDH se extralimitó

---

<sup>82</sup> Idem.

<sup>83</sup> STEDH [sección primera] de 7 de mayo de 2021, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia [no 4907/18].



injustificadamente en su jurisdicción al evaluar la legalidad de la formación de los miembros del TCP<sup>84</sup>.

Tiempo después, el TCP se pronunció sobre la “incompatibilidad” del artículo 6.1 (CEDH) con la Constitución polaca, en la medida en que también incluye al propio TCP en la noción de “tribunal”.

Como respuesta la organización política comunitaria que había surfeado los conflictos anteriores, mediante el Parlamento Europeo aprobó un documento “Crisis del Estado de derecho en Polonia y primacía de la Unión” mediante una Resolución de octubre de 2021, donde sustenta su postura<sup>85</sup>.

#### **4.6.5 Identidad constitucional nacional como categoría histórica (Hungria)**

El ataque a la independencia judicial en Hungría ha sido más profundo que en Polonia ya que el gobierno contó con una gran mayoría en el Parlamento, lo cual le permitió aprobar el 18 de abril de 2011, por la Asamblea Nacional de la República Húngara una nueva constitución: la Ley Fundamental de Hungría.

En el nuevo texto la estructura del sistema de justicia fue modificada drásticamente considerado un “ataque sistémico” a la independencia del poder judicial por parte del TEDH ya que permite al gobierno controlar o influir fuertemente en los asuntos judiciales, hacia una pendiente autoritaria.

En lo que aquí es objeto de análisis, podemos resaltar tres niveles donde operó la reforma: a) el primero, un cambio en el marco regulatorio del TC húngaro (en adelante TCH) que volvió a su antiguo nombre de *Kúria*; b) el segundo, un cambio en los integrantes y el marco normativo del TS junto a los tribunales generales; y c) el tercero, fue un cambio en la administración de los tribunales que obliga a cesar en su actividad profesional a los jueces, fiscales y defensores que alcanzaron la edad de 62 años<sup>86</sup>.

El TEDH, por su parte, también cuestionó la política de protección del derecho a la intimidad en el caso “Szabó y Vissy c. Hungría” (2016) donde se sentenció que, la legislación húngara relativa a la vigilancia secreta de cara a la lucha contra el terrorismo -introducida en 2011-, había constituido una violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> STC polaco de 15 de junio de 2021[P 7-20].

<sup>85</sup> Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0439\\_ES.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0439_ES.html).

<sup>86</sup> La función principal del TS (*Kúria*) es garantizar la aplicación uniforme de la ley. La Ley Fundamental encarga al presidente de la Oficina Nacional del Poder Judicial (ONPJ), elegido por el Parlamento, la administración central de los órganos jurisdiccionales. PIZZOLO, Calogero; *op. cit.*

<sup>87</sup> STEDH [sección cuarta] de 12 de enero de 2016, *Szabó y Vissy c. Hungría* [no 37138/14].



El agravamiento de esta situación llevó al Parlamento Europeo, de conformidad con el citado artículo 7.1 (TUE)-, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la UE<sup>88</sup>.

El Tribunal de Justicia compartió el criterio del informe y sentenció que Hungría había incumplido sus obligaciones derivadas del DUE al “al establecer restricciones discriminatorias e injustificadas”<sup>89</sup>.

En sintonía con este contexto, el TCH emitió una sentencia bajo el “nº 22/2016”<sup>90</sup> donde sostiene que la identidad constitucional de Hungría tiene sus raíces en su “constitución histórica” y se trata de “un valor fundamental no creado por la Ley Fundamental, sino que es meramente reconocido por la Ley Fundamental”. En consecuencia –razona el TCH-, no se puede renunciar a la identidad constitucional por medio de un tratado internacional: Hungría solo puede ser privada de su identidad constitucional a través de la extinción definitiva de su soberanía, de su condición de Estado independiente. La protección de la identidad constitucional, por lo tanto, seguirá siendo deber del Tribunal Constitucional mientras Hungría sea un Estado soberano<sup>91</sup>.

En el fallo del TCH puede verse la teoría de Jellinek para quien la norma de más alto grado sobre la cual no existe ninguna otra es la norma fundamental<sup>92</sup> o hipotética (se halla debajo *-hypo-* de todas las normas puestas *-these-* como condición ineludible de su vigencia).

La norma supuesta es, en la Teoría Pura de Kelsen, el fundamento último de validez y unidad del orden jurídico y manda obedecer al poder constituyente histórico. En grado inmediatamente inferior a esta norma primaria o fundamental encontramos lo que denomina constitución histórica en sentido jurídico positivo<sup>93</sup>, la cual representa el primer escalón positivo para la creación del derecho según la tradicional estructura piramidal concebida por Merkl y

---

<sup>88</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, [2017/2131 (INL)] (DO 2019, C 433, p. 66). Idem.

<sup>89</sup> STJ de 18 de junio de 2020, Comisión c. Hungría, asunto C 78/18 [ECLI:EU:C:2020:476].

<sup>90</sup> El caso fue iniciado por el Defensor del Pueblo, quien solicitó la interpretación de dos preceptos de la Ley Fundamental húngara: la cláusula de “prohibición de expulsión colectiva” del artículo XIV, y la cláusula de “ejercicio conjunto de competencias” atribuidas a la UE contenida en el artículo E) (2). La petición fue motivada por la decisión de la UE de ordenar el traslado de 1294 solicitantes de asilo de Italia y Grecia a Hungría (Decisión del Consejo (UE) 2015/1601 de 22 de septiembre de 2015). El Defensor preguntó –entre otras cuestiones- si este traslado colectivo vulneraba la prohibición del artículo XI, ya que el procedimiento no contempla el “examen exhaustivo sobre el fondo de las situaciones individuales de los solicitantes”. PIZZOLO, Calogero; *op. cit.*

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> JELLINEK, Walther; *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Mohr: Tübingen, 1913, pp. 26-ss.

<sup>93</sup> KELSEN, Hans; *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1979, p. 109.



desarrollada por el maestro vienés<sup>94</sup> en la construcción escalonada del orden jurídico<sup>95</sup>

En cambio, la posición del Tribunal de Justicia de Luxemburgo es más afín a Goldschmidt quien se refirió a una norma disyuntiva que predice el cumplimiento de los pactos o la obediencia al constituyente histórico<sup>96</sup>.

## **5. Una política migratoria contraria al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional de las migraciones**

Dentro de este contexto restrictivo de vigencia del sistema de derechos humanos en gran parte de la UE, el trato a solicitantes de asilo y refugiados demostrado en Hungría está lejos de cumplir con los postulados teóricos pero inefectivos del DUE en general y del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) en particular<sup>97</sup>.

Como ya expusimos en diversas obras a las cuales *brevitatis causae* nos remitimos<sup>98</sup> la llamada crisis de Mediterráneo desatada en 2015 por responsabilidad de la OTAN y la propia política de la UE la presión continua sobre las fronteras sur de Europa (especialmente en España, Italia, Malta, y Grecia), las instituciones comunitarias establecieron un sistema de reparto de migrantes basado en cuotas obligatorias especialmente en beneficio de Italia y Grecia, activando el principio de solidaridad del artículo 80 (TFUE)<sup>99</sup>.

Hungría se opuso y junto a Eslovaquia y apoyados por Polonia presentaron un recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia contra la asignación de cuotas de migrantes llegados en 2015 a Grecia e Italia que fue rechazado (cfr. art. 263, TFUE), pero llevó a las instituciones de la UE "a reconocer de inmediato los flujos

<sup>94</sup> MERKL, Adolf; Die Lehre von der Rechtskraft, pp. 81-ss. apud GOLDSCHMIDT; op. cit. p. 339.

<sup>95</sup> BANCHIO, Pablo; La noción trialista del derecho. Editorial Perspectivas Jurídicas, Buenos Aires, 1<sup>o</sup> edición 2006, p. 72.

<sup>96</sup> GOLDSCHMIDT; op. cit. p. 341.

<sup>97</sup> En 2017, de 3.397 solicitudes de protección internacional presentadas en Hungría se rechazaron 2.880, lo que representa un porcentaje de rechazo del 69,1 %. En 2015, de 480 recursos judiciales relativos a solicitudes de protección internacional, se emitieron cuarenta resoluciones positivas, es decir, el 9 %. En 2016, con 775 recursos, fueron cinco las resoluciones positivas, es decir un 1 %, y en 2017 fueron cero.

<sup>98</sup> BANCHIO, Pablo; *Derecho humano ... cit.*; BANCHIO, Pablo; *Proyecciones del derecho humano a "no emigrar"*. Buenos Aires, Perspectivas Jurídicas, 2021; BANCHIO, Pablo; *Temas de Derecho Internacional de las Migraciones*. Buenos Aires, Perspectivas Jurídicas, 2022 y BANCHIO, Pablo; *Due saggi sul diritto umano a non emigrare*. Buenos Aires: Forum Accademico, 2020.

<sup>99</sup> La norma citada dice: "Las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo [se refiere a las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración] y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio". PIZZOLO, Calogero; op. cit.





migratorios excepcionales en esta región” y a exigir “medidas concretas de solidaridad para con los Estados miembros de primera línea”<sup>100</sup>.

Para el Tribunal de Justicia, si la reubicación debiera quedar estrictamente condicionada a la existencia de vínculos culturales o lingüísticos entre el solicitante de protección internacional y el Estado miembro de reubicación, sería imposible proceder a un reparto de dichos solicitantes entre todos los Estados miembros dentro del respeto del principio de solidaridad a que obliga el artículo 80 del TFUE y, por tanto, a la adopción de un mecanismo de reubicación imperativo.

A lo que el Tribunal de Justicia añade que “no se pueden tener en cuenta consideraciones relacionadas con el origen étnico de los solicitantes de protección internacional dado que son palmariamente contrarias al DUE y, en particular, al artículo 21 de la CDFUE<sup>101</sup>.

Como respuesta, Hungría realizó un *referendum* celebrado el 2 de octubre de 2016 en el que por una abrumadora mayoría rechazó las cuotas. Menos de la mitad de la población con derecho a voto participó en el mismo por lo que dada la baja participación no fue válido pero el término “asentamiento forzoso” fue acuñado entonces en el discurso público para describir la obligación de reasentamiento como un ataque a la “identidad constitucional”.

## **5.2 Vallas y muros en la Fortaleza Europa**

El conjunto de medidas legales restrictivas en contra de los requirentes de asilo y refugiados constituyeron una constante desde 2015 hasta la actualidad. Se construyó una valla de alambre de púas de 175 km de largo a través de toda la frontera con Serbia, y más tarde a lo largo de la frontera de 377 km. con Croacia, es decir, en el interior del espacio Schengen, que ambos países integran<sup>102</sup>.

El 15 de septiembre de 2015, cuando se cerró la frontera con Serbia, comenzaron a operar dos zonas de tránsito -que luego se transformaron en zonas

---

<sup>100</sup> 240 STJ de 6 de septiembre de 2017, República Eslovaca y Hungría c. Consejo de la Unión Europea, a asuntos acumulados C 643/15 y C 647/15 [ECLI:EU:C:2017:631], apartados 304-305

<sup>101</sup> La norma citada dice: “(No discriminación) 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”.

<sup>102</sup> El cierre de la frontera húngara con Croacia llevó a desviar las corrientes migratorias hacia Eslovenia, provocando nuevos desastres administrativos y humanitarios, que ahondaron el desorden fronterizo compartido entre aquellas, Serbia, Hungría, y Austria. Rumanía por su parte reforzó la frontera con Serbia, a pesar de no recibir una presión migratoria en aumento y de que sus seis centros de acogida tan sólo se hallaban ocupados entre un 20 y un 30%. BANCHIO, Pablo; *Derecho humano ... cit.* p. 84.



de detención- una en Röszke y otra en Tompa, curiosamente similares a la que los húngaros cruzaron cerca en el paso fronterizo de Sopron para huir a Austria en 1989 luego de la caída del muro de Berlín.

Paralelamente se modificó el Código Penal creando nuevos delitos entre los cuales se encuentran el de "ingreso ilegal al territorio nacional" o el de "daños al patrimonio nacional" como la rotura de los cercos levantados<sup>103</sup>. El 7 de marzo de 2017, el Parlamento húngaro aprobó una enmienda a la Ley de asilo que obliga a todos los solicitantes de asilo a permanecer en campos de detención vigilados. Mientras se deciden sus casos, los solicitantes de asilo, incluidos mujeres y niños mayores de 14 años, son transportados a contenedores rodeados por una alta valla de púas del lado húngaro de la frontera, una externalización "de facto" al estilo de la Agencia de la Guardia de Fronteras y Costas de la UE, comúnmente conocida como Frontex.

Estas medidas restrictivas no tardaron en ser denunciadas ante el Tribunal de Justicia por la Comisión Europea quien presenta un recurso por incumplimiento contra Hungría por violación de la Directiva 2013/32/UE; de la Directiva 2013/33/UE; y de la Directiva 2008/115/CE, en relación con los artículos 6, 18 y 47 de la CDFUE<sup>104</sup>.

Los jueces de Luxemburgo condenaron a Hungría por violar la normativa citada al "disponer que las solicitudes de protección internacional de nacionales de terceros países o apátridas que llegan desde Serbia y desean acceder en su territorio al procedimiento de protección internacional solo pueden formularse en las zonas de tránsito de Röszke y de Tompa, al tiempo que adopta una práctica administrativa continuada y generalizada que limita drásticamente el número diario de solicitantes a los que se autoriza a entrar a dichas zonas de tránsito".

De igual modo condena al país magyar, por "establecer un sistema de internamiento generalizado de los solicitantes de protección internacional en las zonas de tránsito, sin respetar las garantías recogidas en los artículos 24, apartado 3, y 43 de la Directiva 2013/32 y en los artículos 8, 9 y 11 de la Directiva 2013/33"<sup>105</sup> al "permitir la expulsión de todos los nacionales de terceros países en situación irregular en su territorio, a excepción de aquellos sospechosos de haber cometido una infracción, sin respetar los procedimientos y garantías que se establecen en los artículos 5, 6, apartado 1, 12, apartado 1, y 13, apartado 1, de la Directiva 2008/115" y, finalmente, "al supeditar a requisitos contrarios al

<sup>103</sup> PIZZOLO, Calogero; *op. cit.*

<sup>104</sup> Idem.

<sup>105</sup> Sobre la legalidad de estas zonas de tránsito puede observarse una divergencia interpretativa entre el Tribunal de Justicia y el TEDH, *videre* STEDH de 21 de noviembre de 2019 [Gran Sala], *Ilias y Ahmed c. Hungría* [no 47287/15]. Idem.



DUE el ejercicio del derecho a permanecer en su territorio por los solicitantes de protección internacional”.

Mas tarde, Hungría volvió a ser condenada por el Tribunal de Justicia -entre otras violaciones al DUE- por “sancionar penalmente en su Derecho interno el comportamiento de todo aquel que, en el marco de una actividad de organización, preste asistencia para formular o presentar una solicitud de asilo en su territorio, cuando pueda demostrarse, más allá de toda duda razonable, que era consciente de que dicha solicitud no podía prosperar con arreglo a ese Derecho” y por “privar del derecho a aproximarse a sus fronteras exteriores a toda persona sospechosa de haber cometido tal delito”<sup>106</sup>.

### **5.3 El jardín no solo debe construir mas muros sino ir y atacar a la jungla**

Pese a lo sostenido por el “ala” judicial, el sector político, mediante el Alto Representante de la Unión Europea para la Política Exterior (PESC), Josep Borell un español con nacionalidad argentina -país multicultural hace mas de un siglo- ha manifestado claramente el ideario de la entidad geopolítica subcontinental: “Europa es un jardín. Todo funciona. Es la mejor combinación de libertad política, prosperidad económica y cohesión social que la humanidad ha logrado construir, las tres cosas juntas [...] La mayor parte del resto del mundo es una jungla, y la jungla podría invadir el jardín”. “Los jardineros deberían cuidarlo, pero no podrán cuidar el jardín construyendo muros [...] los jardineros tendrán que ir a la jungla ... de lo contrario, el resto del mundo nos invadirá de diferentes maneras” (17 de octubre de 2022)<sup>107</sup>.

Veamos, una vez mas la hipocresía reinante en la institución que representa, protagonizada por su propio país (España) que en mayo, devolvió sumariamente a miles de personas, incluidos niños no acompañados, desde Ceuta después de que unas 10.000 personas entraran en el enclave español del norte de África en 24 horas con la presunta facilitación de Marruecos.

Otros tres países, Lituania, Letonia y Polonia declararon estados de emergencia, desplegaron tropas y empujaron ilegalmente a personas de regreso a Bielorrusia después de decir que las autoridades bielorrusas estaban facilitando la entrada de personas, incluidos iraquíes y afganos, en los estados de la UE.

En agosto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ordenó a dos de ellos, Letonia y Polonia que prestaran asistencia a grupos de solicitantes de asilo

<sup>106</sup> Idem

<sup>107</sup> “Los jardineros europeos deben ir “a la jungla”. Disponible en: <https://legrandcontinent.eu/es/2022/10/16/los-jardineros-europeos-deben-ir-a-la-jungla/>



iraquíes y afganos, respectivamente, atrapados en la frontera con Bielorrusia, pero reservó para una audiencia completa la cuestión de si debían ser admitidos en su territorio. La situación se intensificó significativamente en noviembre, con miles de personas en condiciones invernales terribles en la frontera entre Polonia y Bielorrusia, y se estima que al menos nueve personas habían muerto en la zona debido a esa situación.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) estima que 1.563 personas murieron en el Mediterráneo y registró 785 muertos o desaparecidos en el Océano Atlántico en su camino a las Islas Canarias de España en los primeros ocho meses de 2022.

En este espantoso y cruel marco de externalización de fronteras<sup>108</sup>, la UE y los Estados miembro continuaron cooperando con Libia, incluso para facilitar las interceptaciones en el mar y el desembarco en Libia bajo el falaz “programa de retorno asistido”<sup>109</sup>, a pesar de los riesgos conocidos de detención arbitraria, tortura y otros abusos violando el principio fundamental del *non-refoulement* del Derecho Internacional (art. 33 de la Convención de 1951 sobre Refugiados y su Protocolo de 1967). Una investigación de la ONU publicada en octubre dijo que la letanía de actos inhumanos contra migrantes en Libia puede constituir crímenes de lesa humanidad, y agregó que la responsabilidad de otros países debe ser investigada<sup>110</sup>.

El comisario del Consejo de Europa para los derechos humanos y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, en marzo y mayo, respectivamente, instaron a la UE a llevar a cabo búsquedas y salvamentos en el mar Mediterráneo, dejar de obstruir el trabajo de las organizaciones no gubernamentales de rescate y condicionar la cooperación con Libia al respeto de los derechos humanos.

En junio, Dinamarca modificó su ley de inmigración para poder enviar a los solicitantes de asilo a otro país para que examinen su solicitud, sin ninguna

<sup>108</sup> Videre BANCHIO, Pablo; *Derecho humano ... cit.*

<sup>109</sup> Hipocresía a la cual la UE nos tiene acostumbrados como hemos expuesto en el caso del conflicto de Ucrania (ayuda) la hipocresía del Fondo Europeo de Apoyo a la Paz con 2 500 millones de euros de “ayuda” que no van ni para el cambio climático ni el hambre del mundo -ideales de la UE- sino para la compra de armas y en Mundial de Qatar ya que mientras odian a los migrantes celebran sus goles. Puede verse: BANCHIO, Pablo; *Temas ... cit.*, pp. 116 146 y 148; la declaración de “puertos no seguros” producida en 2020 bajo la falacia del principio de protección de la salud de los pasajeros e igualdad de trato con los ciudadanos europeos para la prohibición de desembarco humanitario; el nombre de Misión de Asistencia y Gestión Integrada de las Fronteras en Libia para financia con 61,6 millones de Euros la prisión (“centro de acogida”), para luego deportar (“repatriar”) o reubicar (“recolocar”) a los detenidos en el mar por parte del gobierno libio. BANCHIO, Pablo; *Derecho humano ..., cit.*, p. 74.

<sup>110</sup> “Libia: informe de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/10/libya-un-human-rights-report-details-violations-migrants-rights-amid>.



garantía de reubicación en Dinamarca si tiene éxito. También Reino Unido ha adoptado el procesamiento extraterritorial.

Una investigación del Parlamento Europeo concluyó en julio que Frontex, no tomó medidas para detener las devoluciones ilegales, ignorando los informes y retrasando deliberadamente la contratación de observadores de derechos. A pesar de contar con numerosos mecanismos de rendición de cuentas, la Agencia de la Guardia de Fronteras y Costas no ha investigado ni mitigado de manera creíble las devoluciones en el lugar donde estaban operando. A finales de octubre, el Parlamento Europeo congeló parte del presupuesto de la agencia hasta que realice mejoras relacionadas con los derechos humanos.

## **6. Conclusión**

El caso Hungría y las vallas y muros en “fronteras” interiores y exteriores de la Fortaleza Europa es una clara muestra de los que puede ocurrir si falla de la protección multinivel. La deriva política, las denuncias de corrupción y el laberinto de salida para la crisis existencial que afrontan las instituciones europeas que buscan silenciar las tonalidades multicolor de las diferentes culturas en aras de un europeísmo único y peligroso bajo la ideología posmodernista está haciendo terminar la primavera de la protección multinivel nacida a finales del siglo pasado de la jurisprudencia (*Caso Stauder*) y a partir de este con la legislación mediante los Tratados (Carta de Niza).

Si bien ha comenzado el otoño del modelo de protección multinivel no podemos permitir que se convierta en el frío invierno de las naciones del este Hungría, Polonia, Eslovaquia, Lituania y Letonia que parece desparramarse como una mancha de aceite a otros estados miembro del organismo geopolítico subcontinental.

Debemos, desde el Derecho, y especialmente con los magníficos postulados de su dimensión dikeológica y el principio supremo de justicia de todo orden que lo persiga, impedir que se silencie al individuo restringiendo la libertad de expresión bajo cortapisas con apariencias seudolegales sesgadas, la imposición del posmodernismo como la nueva religión atea, las políticas de destrucción de la cultura, el totalitarismo y opresión del individuo mediante la destrucción del tejido social y de la esfera de libertad, tan necesaria para la personalización de cada uno

Todo sistema abierto -y el Derecho lo es- tiene que contar con categorías sensibles a los cambios y brindar marcos para la reorganización y en lo personal sostenemos una protección multinivel que pueda captar las reestructuraciones



normativas sin necesidad de salirse del mundo jurídico en la forma de justicia y dignidad como ella se concibe

La articulación de los ordenamientos y órganos de garantía de cada país plantea dificultades prácticas que necesitan de una búsqueda de soluciones, siendo de gran utilidad el intercambio de conocimientos. Esa es, por tanto, la propuesta de esta exposición hacia la puesta en común y reflexión jurídica de las perspectivas que hemos desarrollado.

## **7. Bibliografía citada**

Banchio, Pablo; *Derecho humano a no emigrar*. Buenos Aires: Perspectivas Jurídicas, 2020.

Banchio, Pablo; "De individuos en personas. El proyecto de vida y el principio supremo de justicia", *Doctrina Jurídica*, Año IV, número 10, Buenos Aires, 2013, pp. 3-27.

Banchio, Pablo; *Desarrollos Trialistas*. Buenos Aires: Perspectivas Jurídicas, 2018.

Banchio, Pablo; *Temas de Derecho Internacional de las Migraciones*. Buenos Aires: Perspectivas Jurídicas, 2022.

Bidart Campos, Germán; *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995.

Bouazza Ariño, Omar, "Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Administración Pública*, enero-abril 2003, vol. 160, pp. 167-202.

Cartabia, Marta; "Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea", *Rivista AIC/Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 3/2017, pp. 3-12.

Jellinek, Walther; *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, Mohr: Tübingen, 1913.

Kelsen, Hans; *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1979.



Goldschmidt, Werner; *Introducción filosófica al Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

Pizzolo, Calogero; *El sistema europeo de protección multinivel de derechos humanos en su laberinto*, 1a ed. Córdoba: Editorial de la UNC, 2022.

Urueña, René; "Luchas locales, cortes internacionales. Una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina". *Revista Derecho Estado* n° 30 Bogotá Jan. /June 2013.